

49

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉV IDE ET PRO

Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

Penal

Enero 2022



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 49

Sumario

Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (traje ex post), por *Ivó Coca Vila* 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amez*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M^a Ángeles Rueda Martín* 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial

Lavinia Messori / Matteo Caldironi*

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

Ficha Técnica

Autores: Lavinia Messori y Matteo Caldironi

Adscripción institucional: Lavinia Messori es Becaria de Investigación en Derecho Penal de la Universidad de Módena y Reggio Emilia. Matteo Caldironi es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Bolonia.

Title: The question of surrogacy in the Italian legal system. The coexistence of a prohibition of criminal penalties with the imperative need to recognize the filial bond

Sumario: 1. Las prohibiciones administrativas y penales de la Ley nº 40/2004 y las intervenciones del Tribunal Constitucional. 2. La posibilidad de aplicar el delito de subrogación a los actos cometidos en el extranjero. 3. La evolución de la jurisprudencia sobre la protección del niño nacido como consecuencia del delito de gestación subrogada. El impulso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4. El contraste entre la jurisprudencia nacional sobre la legitimidad y el dictamen de la Grand Chambre. 5. El resultado final: la sentencia del Tribunal Constitucional nº 33/2021 y los “derechos tiránicos”. 6. La técnica adoptada por el Tribunal: ¿advertencia o inconstitucionalidad suspendida?

Summary: 1. The administrative and criminal prohibitions of Law No. 40/2004 and the interventions of the Constitutional Court. 2. The possibility of applying the crime of subrogation to acts committed abroad. 3. The evolution of jurisprudence on the protection of the child born as a consequence of the crime of surrogacy. The impulse of the European Court of Human Rights. 4. The contrast between the national jurisprudence on legitimacy and the opinion of the Grand Chambre. 5. The final result: the ruling of the Constitutional Court nº 33/2021 and the “tyrannical rights”. 6. The technique adopted by the Court: warning or unconstitutionality suspended?

Resumen: En la primera parte, el artículo analiza la legislación italiana sobre la procreación médicamente asistida y, en particular, sobre la maternidad subrogada, resumiendo las intervenciones del Tribunal Constitucional en la materia, que en ocasiones han deformado considerablemente la estructura original pretendida por el legislador. Una vez abordada la cuestión de la punibilidad del delito de gestación subrogada consumada en el extranjero, se pone de manifiesto el contraste entre la existencia de una conducta punible y la presión supranacional a favor del reconocimiento pleno y efectivo del vínculo de filiación. La segunda parte del documento analiza la última intervención del Tribunal Constitucional sobre la gestación subrogada. En particular, el debate se centra en el derecho del niño a que se le reconozca su relación de filiación con ambos progenitores (incluido el progenitor intencional, y por tanto más allá del vínculo genético), en contraposición a la prohibición de la maternidad subrogada en Italia como principio de orden público.

Palabras clave: gestación subrogada - paternidad intencional - adopción - derechos fundamentales - orden público - equilibrio.

* Lavinia Messori: §§ 1, 2 y 3; Matteo Caldironi: §§ 4, 5 y 6.

Abstract: In the first part the paper analyzes the Italian legislation on medically assisted procreation and, in particular, on surrogacy, summarizing the interventions of the Constitutional Court on the subject, which have sometimes distorted the original structure intended by the legislator. Once addressed the issue of the punishability of the crime of surrogate motherhood consumed abroad, the contrast between the existence of a criminally sanctioned conduct and the supranational pushes in favor of the full and effective recognition of the bond of filiation will be highlighted. In the second part the paper analyzes the latest intervention of the Constitutional Court on surrogacy. In particular, the discussion focuses on the right of the child to see recognized his filiation relationship with both parents (including the intentional parent, and therefore beyond the genetic link), as balanced with the prohibition of surrogacy in Italy, intended as a principle of public order.

Keywords: surrogacy - intentional parenthood - adoption - fundamental rights - public order - balance

Rec.: 12-10-2021 **Fav.:** 02-11-2021

1. LAS PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES DE LA LEY Nº 40/2004 Y LAS INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Ley italiana sobre la procreación médicamente asistida (en adelante, PMA) (Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004) es, sin duda, la expresión de una particular concepción ética de la procreación y del embrión, hasta el punto de que se ha definido como una Ley de lucha *contra* la PMA¹. El objetivo aquí es dar cuenta del panorama legal y jurídico de la prohibición de la maternidad subrogada y, en particular, de las consecuencias para el niño nacido como resultado de la violación de esta prohibición.

La subrogación de la maternidad o “maternidad subrogada” se refiere a todos los casos en los que una mujer lleva a cabo un embarazo inducido artificialmente en nombre de otra mujer, que, tras el nacimiento, asumirá el papel social de madre, lo que da lugar a la separación de la maternidad y el embarazo. La prohibición de esta práctica forma parte de una Ley Orgánica de 2004, que regula y castiga toda una serie de conductas relacionadas con la procreación artificial, en aplicación de un mismo plan de política criminal, por lo que parece útil ofrecer en primer lugar una visión general de la legislación vigente, también en relación con otros fenómenos distintos a la gestación subrogada en sentido estricto.

En las intenciones declaradas por el legislador de 2004, se permite el recurso a las prácticas de procreación “para facilitar la solución de los problemas repro-

ductivos derivados de la esterilidad e infertilidad humana”, pero siempre “en las condiciones y forma previstas en esta Ley, que garantiza los derechos de todas las personas implicadas, incluido el concebido”. En cualquier caso, el recurso a estas prácticas sólo está (o más bien estaba) permitido “en ausencia de otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de esterilidad o infertilidad” (art. 1 de la Ley 40/2004). Además, sólo las parejas de distinto sexo, casadas o unidas, en edad potencialmente fértil y con convivencia (art. 5 de la Ley 40/2004), pueden acceder a las técnicas de PMA.

Antes de la demoledora intervención del Tribunal Constitucional, estaba expresamente prohibido recurrir a las técnicas de procreación médicamente asistida heterólogas, es decir, las que se realizan no con gametos propios de ambos miembros de la pareja, sino con ayuda de gametos de un donante. Por otro lado, sigue prohibida la maternidad subrogada, es decir, la técnica por la que una persona ajena a la pareja interviene en la gestación: en este caso, el embrión se crea utilizando el patrimonio genético de los miembros de la pareja comitente o de uno solo de ellos, con el patrimonio genético de otra mujer ovo-donante (que también puede coincidir con la gestante) o de otro hombre donante de semen, con posterior implantación del embrión en el útero de una (segunda o tercera) mujer (la llamada madre gestacional).

La normativa se rige por un complejo sistema de infracciones que van desde las infracciones administrativas relacionadas con el acceso a las técnicas de fecundación médicamente asistida (se castigan con multa las

¹ E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, en *Corr. merito*, 2007, 1425 ss.; *Id.* *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 ss. Véase también S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, en *Dir. pen e proc.*, 2004, 419 ss. Sobre la posición adoptada por la Iglesia católica en relación con la Ley examinada, véase E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, en *Dir. pen. cont.*, 3 y ss.

infracciones de la prohibición de la fecundación heteróloga, de la prohibición de acceso a menores o personas del mismo sexo que no estén casadas o no convivan, de la obligación de obtener el consentimiento informado y de la prohibición de operar en instalaciones distintas de las autorizadas) hasta las infracciones penales relacionadas con el embrión.

Sin embargo, los hombres y mujeres a los que se aplican técnicas de PMA no son sancionables administrativamente: la amenaza de sanciones administrativas (severas) se dirige a quienes gestionan y aplican estas prácticas. A lo sumo, los solicitantes serán responsables, en caso de declaraciones falsas sobre la posesión de los requisitos de acceso, en virtud del artículo 76, apartados 1 y 2, del Texto Refundido de las disposiciones legislativas y reglamentarias sobre la documentación administrativa (Decreto Presidencial n.º 445 de 28 de diciembre de 2000).

Como ya se ha mencionado, el contenido de la Ley en cuestión se vio fuertemente influenciado y, en ocasiones, radicalmente reescrito por las intervenciones del Tribunal Constitucional, que emitió tres conocidas declaraciones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, en su sentencia n.º 151/2009, el Tribunal de Justicia estimó las cuestiones de constitucionalidad planteadas sobre el artículo 14, apartados 2 y 3, que, al regular la producción de embriones y su transferencia al útero, prohibía la creación de más *embriones* de los estrictamente necesarios para *una implantación única y simultánea*, pero *no más de tres*².

El Tribunal, señalando que de esta disposición bien puede inferirse que el legislador había optado discretionalmente por una protección no absoluta del embrión (dado que se admite que algunos embriones no den lugar a un embarazo y que el número de embriones garantice una expectativa real de embarazo), señala la existencia, tras ese automatismo numérico, de una vulneración del derecho a la salud de la mujer y de los principios de razonabilidad e igualdad³.

De hecho, el límite legislativo de tres embriones y de una única implantación simultánea puede producir, alternativamente, dos efectos perjudiciales para la mujer: por un lado, al ser necesario recurrir a la repetición de varios ciclos de estimulación ovárica (en los que el

primer ciclo dio lugar a la creación de tres embriones que no arraigaron), aumenta el riesgo de aparición de patologías en la mujer relacionadas con dicha sobreestimulación; por otro lado, si, por el contrario, el arraigo tiene éxito, en parte por las condiciones subjetivas de la mujer, ésta se verá expuesta al riesgo de embarazos múltiples, lo que puede ser perjudicial para su salud. El punto objetable lo representa, pues, el hecho de que el legislador reserve el mismo tratamiento para situaciones disímiles, que pueden ser perjudiciales para la salud de la mujer y del feto. En efecto, escribe el Tribunal de Justicia, “la disposición legislativa no reconoce la posibilidad de que el médico evalúe, sobre la base de los conocimientos técnicos y científicos más actualizados y acreditados, el caso individual sometido a tratamiento, con la consiguiente determinación, caso por caso, del límite numérico de embriones a implantar, que se considere adecuado para garantizar un intento serio de procreación asistida, reduciendo al mínimo el riesgo concebible para la salud de la mujer y del feto”.

Cinco años más tarde, el Tribunal Constitucional⁴ volvió a pronunciarse sobre la Ley 40/2004, declarando esta vez que la prohibición de la fecundación heteróloga era ilegal en todos los casos en los que se hubiera diagnosticado esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible⁵.

La opción de una pareja por la paternidad es una expresión de la libertad fundamental y general de autodeterminación, libertad que está consagrada en los artículos 2 (principio de solidaridad social), 3 (principio de igualdad) y 31 (la salud como derecho fundamental) de la Constitución italiana; en consecuencia, las limitaciones a dicha libertad, y en particular la prohibición absoluta impuesta a su ejercicio, deben estar razonable y adecuadamente justificadas por la imposibilidad de proteger de otro modo intereses de igual rango. En este caso, por el contrario, el libre acceso a la fecundación heteróloga no supondría una vulneración de otros valores constitucionales, ni de la salud de los donantes (según reiterada jurisprudencia, los actos de disposición del propio cuerpo, cuando tienen por objeto la protección de la salud, deben considerarse lícitos) ni del niño nacido, ya que la limitación del acceso a la fecundación heteróloga en los casos de esterilidad y/o

2 A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, 225 ss.; G. BALDINI, *Legge 40/2004 e diagnosi genetica di preimpianto. Rilevi sull'evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, en AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Florencia, FUP, 2011, 99 ss.

3 Sobre el principio de proporcionalidad en materia de procreación médicamente asistida, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2020, 185 ss.

4 Tribunal Constitucional, sentencia n.º 162/2014.

5 P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, en www.forumcostituzionale.it; ver también las reflexiones, previas a la sentencia del Tribunal, de M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra i principi costituzionali ed europei*, en M. D'AMICO, B. LIBERALI (ed.), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milán, Franco Angeli, 2011, 18 ss.

infertilidad permite excluir de raíz cualquier posible utilización de la misma con fines eugenésicos ilícitos. Por otra parte, el artículo 9 ya prevé la protección del derecho del menor a un vínculo filial y el derecho a conocer sus orígenes, dado que, por un lado, el cónyuge o pareja de hecho cuyo consentimiento puede deducirse de actos concluyentes no puede interponer una acción de repudio de la paternidad y, por otro lado, la madre de un niño nacido tras la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida no puede declarar su voluntad de no ser nombrada.

La prohibición impuesta por la legislación italiana acabó provocando una diferencia injustificada en el trato de las parejas que padecen la patología más grave, “en función de su capacidad económica, que se convierte de forma intolerable en un requisito para el ejercicio de un derecho fundamental, negado únicamente a quienes carecen de los recursos económicos necesarios para poder recurrir a esa técnica acudiendo a otros países”.

En 2015, el Tribunal Constitucional dio una nueva redacción a la Ley 40/2004, señalando que se levantaba la prohibición de la fecundación heteróloga en el caso de las parejas fértiles pero portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles, cuando el diagnóstico preimplantacional establece que la enfermedad se ha transmitido al embrión mediante la fecundación homóloga (sentencia nº 96/2015). En los motivos se afirma que la prohibición es irrazonable y perjudicial para la salud tanto del feto como de la mujer que da a luz. Da lugar a una “flagrante antinomia normativa” dado que “nuestro ordenamiento jurídico permite que tales parejas persigan el objetivo de procrear a un hijo no afectado por la concreta enfermedad hereditaria de la que son portadores, mediante el método innegablemente más traumático de la interrupción voluntaria (incluso reiterada) de los embarazos naturales (...) cuando, a partir de las investigaciones prenatales usales, se constatan “procesos patológicos [...] relativos a anomalías o malformaciones importantes del feto, que determinan un grave peligro para la salud física o mental de la mujer”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en una sentencia desestimatoria (núm. 221/2019), consideró ilegal la prohibición de acceder a las prácticas de fecundación heteróloga por parte de dos mujeres del mismo sexo. Según el Tribunal, se trataría de una opción discrecional legítima (e incuestionable) del legislador. La admisión de las parejas del mismo sexo a la fecundación heteróloga supondría el desconocimiento directo de las directrices que subyacen en el sistema trazado por la legislatura de 2004, que se caracteriza

por el equilibrio entre el interés por la paternidad y el interés por mantener un vínculo biológico entre el niño no nacido y los futuros padres⁶.

Además, no habría ninguna incoherencia dentro de la disciplina legislativa de la materia, teniendo en cuenta que la infertilidad “fisiológica” de la pareja homosexual (femenina) no es en absoluto comparable a la infertilidad (absoluta e irreversible) de la pareja heterosexual que padece patologías reproductivas: al igual que no lo es la infertilidad “fisiológica” de la mujer soltera y de la pareja heterosexual en la vejez. “Se trata de fenómenos clara y ontológicamente distintos. La exclusión de las parejas formadas por dos mujeres de la reproducción médicamente asistida no es, por tanto, fuente de ninguna distorsión o discriminación por razón de la orientación sexual”, sino una opción destinada a reconocer que la reproducción médicamente asistida tiene una finalidad pura y exclusivamente terapéutica.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional nunca ha abordado la prohibición de la gestación subrogada, al considerar que nunca ha sido objeto directo de una cuestión de constitucionalidad; no obstante, en un *obiter dictum* de 2017⁷, se definió la práctica de la “maternidad subrogada” como una práctica que, al prevenir la gestación y la posterior cesión contractual del hijo a la pareja comitente, “ofende intolerablemente a la dignidad de la mujer y atenta profundamente contra las relaciones humanas”; mientras que la citada sentencia núm. 221/2019 se limitó a recordar cómo la jurisprudencia considera que es expresivo de un principio de orden público. Por el contrario, el papel principal en relación con la identificación de las *rationes* y las consecuencias de la prohibición ha sido desempeñada por la jurisprudencia de los tribunales comunes. Según esta interpretación, no es tolerable que una mujer emprenda y lleve a término un embarazo en nombre de otra persona: como se aclarará en breve, aquí entra en juego la necesidad de garantizar y proteger la dignidad de la mujer.

Por tanto, la prohibición penal de los vientres de alquiler sigue plenamente vigente: “el que, de cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la gestación subrogada será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros”. (Art. 12, párrafo 6 de la Ley nº 40/2004).

Según cierta tesis, en este caso se castigaría la conducta activa únicamente del médico que realiza el tratamiento, siendo la pareja comitente responsable de la complicidad en el delito del artículo 110 del Código Penal, pero hay que tener en cuenta que el fenómeno

6 S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riforma*, en www.costituzionalismo.it, 2015.

7 Tribunal Constitucional, sentencia nº 272/2017.

de la gestación subrogada no termina en el momento de la implantación, sino que requiere la realización de un *proceso* más complejo que finaliza con el nacimiento y, más concretamente, con la entrega del niño a la pareja solicitante. Además, el propio artículo 12.8, al excluir la responsabilidad de las personas que se someten a prácticas de PMA, no menciona la maternidad subrogada.

Sin embargo, el principal problema lo representa la legalidad de esta práctica en otros países, incluidos los europeos, a los que suelen acudir parejas heterosexuales u homosexuales para hacer realidad su sueño de ser padres (el llamado turismo procreativo), con la consecuencia de que frecuentemente son interrogador, de un lado, por la aplicación del delito de maternidad subrogada ex art. 12, apartado 6 de la Ley nº 40/2004, así como por los actos cometidos en el extranjero y, por otra parte, sobre la posibilidad de la anotación registral en Italia de las resoluciones extranjeras (administrativas o judiciales) que reconocen la paternidad del padre sólo de intención.

2. LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL DELITO DE GESTACIÓN SUBROGADA A LOS ACTOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO

Un problema importante que se ha planteado en el ordenamiento jurídico italiano es el relativo a la posible relevancia penal de la conducta de dos padres italianos que viajan a un país extranjero (incluso a un país europeo⁸) en el que la gestación subrogada no está prohibida, y luego solicitan, una vez de vuelta en Italia, la anotación registral del certificado de nacimiento. En particular, deseamos aclarar aquí si la pareja puede ser considerada responsable del delito contemplado en el artículo 12, apartado 6, de la Ley nº 40/2004 en relación con la práctica de la maternidad subrogada realizada íntegramente fuera del territorio italiano⁹.

El delito en cuestión incrimina a los que “realizan” (así como a los que “organizan” o “anuncian”) la maternidad subrogada, es decir, a los que la llevan a cabo “plenamente” los actos necesarios para la consumación, que conlleva el nacimiento real y la entrega efectiva del niño a los futuros padres. Según la interpretación predominante, tanto el médico como los futuros

padres son responsables, al igual que la madre subrogada¹⁰. *¿Quid iuris* si todo el *procedimiento se llevó a cabo* fuera de las fronteras territoriales?

El Código Penal italiano establece las condiciones de aplicabilidad de la Ley penal italiana a los delitos cometidos íntegramente en el extranjero en los artículos 7 y siguientes del Código penal. Debe tratarse de un delito que atente contra los bienes públicos fundamentales (por ejemplo, la personalidad del Estado), los delitos políticos o los delitos comunes cometidos por un ciudadano italiano, siempre que se trate de un delito castigado con cadena perpetua o con un mínimo de tres años de prisión o, si la pena de prisión es inferior, a petición del Ministro de Justicia o a petición o por denuncia de la parte perjudicada.

En el caso de la maternidad subrogada, se prevé una pena de prisión de tres meses a dos años (acompañada de una multa de 600.000 a 1 millón de euros), por lo que la punibilidad del acto cometido en el extranjero está ciertamente anclada en la petición del Ministro de Justicia de perseguir este delito.

El punto más problemático, sin embargo, está representado por la necesidad —a efectos de punibilidad— del llamado requisito de la doble incriminación: es decir, ¿es necesario que el hecho sea constitutivo de delito tanto en la legislación italiana como en la extranjera?

El Código no dice nada al respecto y no exige tal requisito previo (exigido en cambio por el artículo 13.2 del Código Penal a efectos de extradición). Sin embargo, la opinión afirmativa se ha apoyado en la invocación de los trabajos preparatorios del Código Penal (que mencionaban expresamente este requisito), pero sobre todo en la invocación del principio de previsibilidad de las consecuencias jurídico-penales de los propios actos y, en particular, en la necesidad de investigar en el caso concreto el conocimiento del individuo de la aplicabilidad de la Ley penal italiana a los actos realizados fuera del territorio nacional. De hecho, es perfectamente concebible que la pareja haya optado por llevar a cabo la gestación subrogada en un país en el que dicha práctica no está tipificada como delito, con la plena convicción de no estar infringiendo la Ley¹¹.

Esto ha dado lugar a la aparición de dos enfoques jurídicos opuestos: uno que considera que la doble incriminación (incluso con un *nomen iuris* diferente) es

8 Por otra parte, la penalización de las prácticas de gestación subrogada no procede de una obligación supranacional.

9 Si incluso sólo una parte del hecho hubiera tenido lugar en Italia, no habría duda en cuanto a la aplicabilidad de la Ley italiana en virtud del artículo 6, apartado 2, del Código penal, que considera que el delito ha tenido lugar en Italia si la acción u omisión tuvo lugar en su totalidad o en parte en territorio italiano o si el hecho se produjo en el mismo.

10 T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1402; A. CHIBELLI, *La maternità surrogata e il diritto penale: l'intervento della Corte di cassazione*, en *Cass. pen.*, 2017, 2746 ss.

11 Ciertamente sería un caso diferente si la pareja decidiera simular un embarazo natural, habiendo recurrido en cambio a la maternidad subrogada en el extranjero (véase T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., 1411).

un requisito previo indispensable para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero¹²; y otro, en cambio, que se mantiene fiel a la literalidad que no exige que los hechos sean penalmente relevantes ni siquiera en el territorio del Estado donde se cometen efectivamente¹³.

Más recientemente, el Tribunal de Casación¹⁴ ha declarado, precisamente por la existencia de un conflicto jurisprudencial tan radical, que una pareja que recurre a la maternidad subrogada en el extranjero se encuentra ciertamente en un estado de incertidumbre en cuanto a las consecuencias penales de sus actos, incurriendo en un error invencible en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley penal. Tal y como están las cosas actualmente, la pareja no puede prever si será condenada o absuelta debido a la ausencia del requisito de la doble incriminación¹⁵.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO NACIDO COMO CONSECUENCIA DEL DELITO DE GESTACIÓN SUBROGADA. EL IMPULSO DADO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Ley italiana sobre la procreación médicamente asistida no establece ningún precepto sobre la adquisición de la condición de hijo por parte de una persona nacida de una “madre subrogada”, lo que expone al niño bien a la separación de la pareja comitente y, por tanto, a la adopción por parte de terceras parejas, o bien, si puede establecerse el vínculo de filiación con uno solo de los miembros de la pareja, a la ausencia de vínculos jurídicos con el progenitor que no ha realizado ninguna aportación genética¹⁶.

12 Tribunal de Casación Penal, sección I, nº 38401/2002: “En materia de delitos cometidos en el extranjero, además de los casos perentoriamente indicados en el artículo 7 del Código Penal, es condición indispensable para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero por un extranjero que éstos sean sancionables como delitos no sólo por la ley penal italiana, sino también con arreglo a la ley del lugar en que fueron cometidos, y que el delito sea sancionado por la ley italiana, aunque con “nomen iuris” y sanciones diferentes (en aplicación de este principio, el Tribunal anuló sin remisión la medida coercitiva impugnada relativa a la transferencia de armas de guerra que tuvo lugar exclusivamente en territorio extranjero en violación del embargo establecido por las resoluciones de la ONU, que, además, no se tradujo en normas vinculantes dentro del ordenamiento jurídico italiano)”.

13 *Ex multis*, Tribunal de Casación Penal, sección II, nº 2860/1991.

14 Casación penal, sección V, nº 13525/2016.

15 M. PELLISERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, en *Dir. pen. cont. (rev. trim.)*, 2021, 30 y ss. El autor, en relación con los dos recientes proyectos de ley (nº. 2599 y 306) destinados a extender la aplicabilidad de la Ley italiana a la maternidad subrogada y (sólo el nº. 306, también) a la comercialización de óvulos cometidos en el extranjero, afirma que “es, por tanto, irrazonable la opción de extender, como excepción a la disciplina del art. 9 c.p., la aplicación de la Ley penal italiana en relación con un caso cuyo valor, en términos de sanciones, no expresa en absoluto esa fuerte necesidad de protección y reparto de los bienes que se pretenden proteger”.

16 A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, en *Riv. dir. int. priv.*, 2018, 839 ss.; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, en *Riv. dir. int.*, 2017, 1070 ss.; M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2020, 290 ss.; A. POMES, *Il riconoscimento dei figli nati mediante maternità surrogata: fra interessi coinvolti, valori costituzionali e nuove prospettive della giurisprudenza*, en *Cultura e diritti*, 2020, 59 ss.; V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1109; U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, *Corr. giur.*, 2020, 910 ss.; S. SERRAVALLE, *Divieto di maternità surrogata e contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero attestante la duplice paternità*, en *Rass. dir. civ.*, 2019, 1378 ss.; C. LICINI, M. CASTELLANETA, *Maternità surrogata e trascrizione*, en *Notariato*, 2019, 316; G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, en *Foro it.*, 2019, 4027 ss.; A. G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, *Riv. dir. priv.*, 2017, 553; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1722 ss.

La jurisprudencia de los tribunales comunes ha desempeñado, como ya se ha dicho, un papel esencial en la definición del terreno en el que se insertó posteriormente la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional de 2021, que marcó la ruptura definitiva entre la necesidad de reprimir penalmente a los autores de la maternidad subrogada y la necesidad de proteger al niño¹⁷.

El primer paso lo dio el Tribunal de Casación en secciones unificadas en 2019 (Cass. civ., sez. un., n.º 12193/2019), que anuló la decisión adoptada por el Tribunal de Apelación. Este último había estimado la solicitud de dos padres que se habían opuesto a la denegación por parte del funcionario del registro civil de la anotación de una resolución judicial extranjera que reconocía su filiación. En particular, el Tribunal de Apelación de Trento había considerado que dicha transcripción era admisible en virtud de la Ley 218/1995 porque no era contraria al orden público internacional, ya que no podía decirse que el acto extranjero entrara en conflicto con la necesidad de proteger los derechos humanos fundamentales, como se deduce de la Carta Constitucional, los Tratados europeos, la Carta de Niza y el CEDH. En el presente caso, el Tribunal de Apelación había considerado que era primordial el interés del menor en preservar el estatuto del niño reconocido en un documento válidamente redactado en otro Estado, interés que habría quedado completamente devaluado al impedir el reconocimiento en Italia de los derechos del progenitor y privar así de significado jurídico a la identidad familiar y al derecho de familia legítimamente adquiridos en el extranjero.

El Tribunal de Apelación consideró que las normas sobre reproducción médicamente asistida no constituían la expresión de principios fundamentales constitucionalmente obligatorios, sino simplemente el punto de equilibrio alcanzado por el derecho común en cuanto a la protección de los intereses fundamentales en juego. En consecuencia, la infracción de las prohibiciones —incluidas las sanciones penales— contenidas en la Ley 40/2004 no puede repercutir negativamente en el niño nacido, que tiene el derecho fundamental al reconocimiento del vínculo filial, incluso en ausencia de un vínculo biológico, que ciertamente no debe considerarse un elemento esencial para el inicio de la responsabilidad parental. La responsabilidad parental se manifiesta en la elección consciente de criar y cuidar al niño, y el hecho de que no sea necesaria una relación biológica puede deducirse de la existencia de formas permitidas de fecundación heteróloga (así como de las normas sobre adopción).

Sin embargo, las Secciones Unificadas del Tribunal de Casación han adoptado un enfoque diferente y opuesto. En primer lugar, las Secciones Unificadas han corregido ligeramente el concepto de orden público y, por tanto, el juicio de compatibilidad con el mismo, afirmando que dicha compatibilidad debe valorarse a la luz no sólo de los principios fundamentales de la Constitución, y de los afirmados en las fuentes internacionales y supranacionales, sino también a la luz del modo en que dichos principios son “hechos vivos” en los institutos singulares de derecho interno, así como son interpretados por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, que conforman el conocido como derecho “vivente”.

Las Secciones Unidas en este caso destacan la relevancia penal de la maternidad subrogada y desautorizan el razonamiento seguido por el Tribunal de Apelación en la parte en la que “pretendió sustituir su propia valoración por la realizada con carácter general por el legislador, dando prevalencia al interés del menor en la preservación del *status filiationis*, a pesar de la indiscutible ausencia de relación biológica con el progenitor intencional”. Por otra parte, añade el Tribunal de Justicia, esta conclusión no se traduce necesariamente en la anulación del interés del menor, dado que el ordenamiento jurídico italiano dispone de un instrumento jurídico capaz de crear un vínculo con el progenitor intencional, a saber, el artículo 44, apartado 1, letra d), de la Ley 184/1983, que prevé la adopción en casos especiales.

Esta solución puede utilizarse cuando es necesario salvaguardar la continuidad de una relación afectiva y educativa en presencia de una imposibilidad constatada de acogimiento preadoptivo; en este caso, sin embargo, no se trata de una imposibilidad de hecho sino de una imposibilidad de derecho. A juicio del Tribunal, esta solución no vulnera el derecho del menor al reconocimiento de su relación de filiación, ya que se le garantiza una existencia equiparable a la de otras familias: no se discute aquí la relación de filiación con el progenitor biológico, sino sólo con el progenitor intencional, “cuyo no reconocimiento no impide la inclusión del menor en la unidad familiar de la pareja parental ni el acceso al tratamiento jurídico vinculado al *status filiationis*, incuestionablemente reconocido respecto del otro progenitor”.

Por lo tanto, las Secciones Unidas afirman el principio del derecho según el cual “el reconocimiento de la eficacia de la medida jurisdiccional extranjera por la que se establece la relación de filiación entre un niño nacido en el extranjero por gestación subrogada y el

17 Habla de una verdadera antinomia entre el endurecimiento de la propuesta de control penal de los hechos cometidos en el extranjero y las normas de derecho civil sobre el reconocimiento de las partidas de nacimiento y el procedimiento de adopción M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 36.

progenitor intencional con ciudadanía italiana se ve obstaculizado por la prohibición de la maternidad subrogada en virtud del artículo 12, apartado 6, de la ley n° 40/2004, que puede calificarse de principio de orden público, ya que protege valores fundamentales como la dignidad humana y la institución de la adopción; la protección de tales valores, no irrazonablemente, considera que prevalece sobre el interés del menor, en el ámbito de un acto de ponderación realizado directamente por el legislador, el cual el juez no puede sustituir por su propia voluntad, sin excluirse la posibilidad de dar protagonismo a la relación parental recurriendo a otros instrumentos jurídicos como la adopción en casos particulares”.

Unos meses después de la sentencia de las Secciones Unidas (e incluso un mes antes de la presentación de los motivos, que tuvo lugar el 8 de mayo de 2019), los jueces de Estrasburgo intervinieron añadiendo una pieza importante al debate sobre la correcta ordenación de las protecciones. El 10 de abril de 2019, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió un dictamen previo solicitado por la *Cour de cassation* francesa sobre la gestación subrogada, destinado a aclarar las obligaciones de protección impuestas por el artículo 8 del CEDH en relación con el reconocimiento de una relación de filiación con una madre intencional de gemelos nacidos en Estados Unidos de un vientre de alquiler. Era la primera vez que el Tribunal utilizaba este instrumento, previsto por el Protocolo Adicional n° 16 anejo al CEDH (que aún no ha sido ratificado por Italia¹⁸), para responder a tres cuestiones de interpretación: ¿es compatible con el CEDH la negativa incondicional a anotar la resolución extranjera de reconocimiento de la maternidad subrogada en el caso de la gestación subrogada? ¿es legítima la diferencia de trato jurídico entre (sólo) la madre intencional y (también) la madre biológica? ¿puede satisfacerse el interés del menor mediante la adopción?

Este dictamen preventivo se enmarca en una línea interpretativa constante desde 2014 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH) (sentencia en el *leading case* Mennesson contra Francia¹⁹), que vuelve a afirmar en primer lugar la primacía del *interés superior* del menor respecto del interés del Estado en reprimir las prácticas de gestación subrogada. En efecto, hasta el citado dictamen previo, el TEDH había

puesto de relieve la necesidad de reconocer el vínculo filial únicamente en el caso de que existiera un vínculo genético entre el hijo nacido como resultado de la maternidad subrogada y el progenitor no gestante. En esencia, el TEDH no ha aclarado si el reconocimiento de la paternidad en relación con el padre biológico debe implicar también el reconocimiento de la maternidad de la madre intencional (es decir, sin ningún vínculo biológico con el niño).

En su dictamen de 10 de abril de 2019, el Tribunal aclara que el no reconocimiento de la relación de filiación entre un niño nacido de la gestación subrogada realizada en el extranjero y la madre intencional/no biológica podría dar lugar a efectos negativos en cuanto al reconocimiento, por ejemplo, de la ciudadanía, de los derechos sucesorios, de los recursos en caso de separación de los cónyuges o en caso de denegación de cuidados y asistencia por parte de la madre intencional. En esencia, el derecho a conocer los propios orígenes (es decir, a conocer a la madre gestante) y el interés en la supresión de los abusos de las prácticas de gestación subrogada deben ser superados por el interés superior del niño en obtener un reconocimiento jurídico estable de la relación con la madre intencional. La denegación incondicional de dicho reconocimiento violaría el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH, *especialmente cuando la madre intencional es también la madre biológica*, al haber aportado el óvulo para la fecundación. En esencia, la legislación nacional del Estado requirente debe garantizar la posibilidad de reconocer la relación filial con la madre intencional en deferencia al derecho del niño a que se respete su vida privada. Por lo tanto, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional apreciar el interés superior en cada caso y evaluar, en particular, si el vínculo legalmente establecido en el extranjero se ha convertido en una “realidad práctica”²⁰.

En cuanto a la adopción, el CEDH se limita a señalar que puede servir como medio de protección adecuado (ya que no es necesario que cada Estado contratante prevea la transcripción de la medida extranjera) siempre que, no obstante, cumpla los requisitos de eficacia y rapidez, produciendo efectos idénticos a los de la transcripción de la medida extranjera en los registros nacionales del estado civil²¹.

18 G. STAMPANONI BASSI, *Protocollo 16 alla CEDU: al via (non ancora per l'Italia) la possibilità di chiedere pareri consultivi alla Corte EDU*, en *Giur. pen.*, 2018.

19 T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della cedu lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, en *Dir. pen. cont.*, 2014. Véase también *Labasee v. Francia*.

20 A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, en *Genius*, 2019, 10 f.

21 E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1722 ss.

En esencia, el TEDH parece sugerir una especie de política pública “diferenciada”²², que distingue las consecuencias para el niño nacido (al que necesariamente se le debe reconocer el derecho a conservar el estatus de hijo reconocido en el extranjero) de las que se derivan de la pareja que ha recurrido a la gestación subrogada. Además, en Italia ya se ha reconocido en el pasado que la falta de reconocimiento de los hijos incestuosos, es decir, los hijos que son el resultado de una relación entre personas vinculadas por una relación de parentesco en línea directa o colateral de segundo grado o por una relación de afinidad en línea directa, y, por tanto, entre los autores del delito de incesto previsto en el artículo 564 del Código Penal, sería perjudicial²³. Manteniendo la prohibición de sanciones penales, no se pueden atribuir consecuencias negativas al menor, que de otro modo sufriría una “violación del derecho al *status filiationis*, al que se refiere el artículo 2 de la Constitución, y del principio constitucional de igualdad, como igual dignidad social de todos los ciudadanos y como prohibición de diferenciaciones legislativas basadas en las condiciones personales y sociales”²⁴.

Como ya se ha dicho, Italia aún no ha ratificado el Protocolo Adicional nº 16 y, por tanto, al día siguiente de la emisión del dictamen, se dudaba de su carácter vinculante y de su capacidad para influir realmente en

el debate nacional²⁵; de hecho, el contenido de dicho dictamen sirvió de base para una valiente iniciativa del Tribunal de Casación, que, con el auto nº 8325/2020, planteó una cuestión sobre la legitimidad constitucional del apartado 6 del artículo 12 de la Ley nº 40/2004 y de las normas que regulan la anotación de los actos formados en el extranjero en la parte del reconocimiento de los actos transcritos en el extranjero en la medida en que excluyen la posibilidad de reconocer en Italia las resoluciones judiciales extranjeras que establecen la relación de filiación con el progenitor intencional.

4. EL CONTRASTE ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA LEGITIMIDAD Y EL DICTAMEN DE LA *GRAND CHAMBRE*

Mediante el auto nº 99 de 29 de abril de 2020²⁶, la sección civil primera del Tribunal de Casación planteó una cuestión de legitimidad constitucional en relación con las normas relativas al reconocimiento de los hijos nacidos (en el extranjero) mediante el procedimiento de “gestación subrogada”²⁷. En particular, existían dudas sobre la compatibilidad con los artículos 2, 3, 30, 31, 117, primer párrafo, de la Constitución —este último en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el art. (2), (3), (7), (8), (9) y (18)

22 A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, en *BioLaw Journal*, 2019, 385.

23 El artículo 251 del Código Civil, modificado por la Ley 219/2012, dice ahora lo siguiente: “el hijo nacido de personas entre las que exista una relación de parentesco en línea directa hasta el infinito o en línea colateral hasta el segundo grado, o una relación de afinidad en línea directa, podrá ser reconocido previa autorización del tribunal teniendo en cuenta el interés del menor y la necesidad de evitar cualquier perjuicio para éste. El reconocimiento de una persona menor de edad deberá ser autorizado por el tribunal”. La redacción anterior, en cambio, establecía que “los hijos nacidos de personas entre las que exista un parentesco, incluso natural, en línea recta indefinida o en línea colateral hasta el segundo grado, o un parentesco de afinidad en línea recta, no podrán ser reconocidos por sus padres, salvo que en el momento de la concepción los padres desconocieran el parentesco existente entre ellos o el matrimonio del que deriva la afinidad fuera declarado nulo. Cuando sólo uno de los progenitores ha actuado de buena fe, el reconocimiento del hijo sólo puede ser realizado por él. El reconocimiento será autorizado por el tribunal teniendo en cuenta el interés del niño y la necesidad de evitar cualquier daño al niño”.

24 Tribunal Constitucional, sentencia 494/2002.

25 Tras la formulación del dictamen previo, destacó los inciertos resultados interpretativos en Estados contratantes no ratificantes como Italia O. FERACI, *Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, en *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 34.

26 Ya lo señaló F. SEVERGNINI, *Genitorialità surrogata: la Cassazione interpella la Corte costituzionale per superare la propria dottrina*, en *Bollettino delle questioni pendenti*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 22-23, disponible en: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/Bollettino-4-2020.pdf>.

27 El caso que dio lugar al procedimiento se refería a un niño nacido en Canadá de una mujer a la que se le había implantado un embrión formado a partir de los gametos de un donante anónimo y de un hombre de nacionalidad italiana casado en Canadá -por una escritura transcrita posteriormente en Italia en el registro de parejas de hecho- con otro hombre, también de nacionalidad italiana, con el que había compartido el proyecto parental. En el momento del nacimiento del niño, las autoridades canadienses habían redactado un certificado de nacimiento en el que sólo figuraba como progenitor el primero, mientras que no se mencionaban ni el llamado progenitor intencional ni la madre de alquiler que había dado a luz al niño (ni la donante de óvulos). Posteriormente, el Tribunal Supremo de la Columbia Británica sostuvo que ambos demandantes debían ser considerados como padres del niño y ordenó la correspondiente rectificación del certificado de nacimiento en Canadá. Los dos hombres pidieron entonces al registrador italiano que rectificara el certificado de nacimiento del niño también en Italia, basándose en la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica. Tras la denegación de esta solicitud, pidieron al Tribunal de Apelación de Venecia que reconociera la medida canadiense en Italia, en virtud del artículo 67 de la Ley 218/1995. En 2018, el Tribunal de Apelación de Venecia había estimado el recurso, reconociendo la eficacia de la medida en Italia. Sin embargo, la Avvocatura dello Stato había recurrido al Tribunal de Casación en nombre del Ministerio del Interior y del alcalde del municipio donde se había transcrito la partida de nacimiento original del niño.

de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸ y el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 12, apartado 6, de la Ley n° 40, de 19 de febrero de 2004, artículo 64, apartado 1, letra g), de la Ley no 218, de 31 de mayo de 1995, y artículo 18 del Decreto Presidencial del Presidente de la República Italiana n° 218, de 31 de mayo de 1995 y del Decreto Presidencial n° 396, de 3 de noviembre de 2000, en la medida en que no permiten, según la interpretación actual del derecho viviente (Sezioni Unite 8 de mayo de 2019, núm. 12193), “que la medida judicial extranjera relativa a la inclusión en el registro del estado civil de un hijo procreado mediante gestión por cuenta ajena (también conocida como “gestación subrogada”) del llamado progenitor intencional no biológico pueda ser reconocida y declarada ejecutiva, por contraste con el orden público”²⁹.

En concreto, el contraste con la legislación europea sería insuperable a la luz del dictamen de 10 de abril de 2019 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el llamado caso *Menesson*) en el que reconoce que en caso de recurrir a técnicas de gestación subrogada en el extranjero, el Estado de origen *debe* reconocer la relación de filiación, con el fin de proteger el interés superior de los hijos, aunque dicha técnica esté prohibida por la legislación nacional. En cuanto al instrumento a utilizar, el Tribunal reitera que los Estados individuales gozan de amplios márgenes de discrecionalidad —tanto la anotación del certificado como los procedimientos de adopción por parte del progenitor no biológico—, pero advierte que el procedimiento de adopción sólo puede considerarse un instrumento respetuoso con el artículo 8 del Convenio si existe un reconocimiento efectivo del vínculo de filiación, y el procedimiento es *rápido* y no expone al niño a una situación prolongada de incertidumbre.

Según el Tribunal de Casación, hay dos aspectos conflictivos que no pueden superarse con la situación actual de Italia, tal y como configura la citada sentencia de las Secciones Unidas. En primer lugar, los Estados no pueden adoptar medidas que afecten negativamente a la situación subjetiva de los nacidos por gestación

subrogada y que tengan como efecto la negación de los derechos inviolables relacionados con la identidad personal del niño y su pertenencia a la unidad familiar de origen, por lo que la prevalencia *a priori* de la prohibición de la gestación subrogada (como obstáculo de orden público) sobre el interés del niño sería ilegítima. En segundo lugar, el principio de primacía del interés del menor impide que el legislador imponga una compresión general y abstracta del interés del menor y, en consecuencia, determine *un* debilitamiento *legal* del derecho al reconocimiento del estatuto legalmente adquirido en el extranjero³⁰. De hecho, la ponderación de los intereses constitucionalmente relevantes realizada por el legislador provocaría un sacrificio y una compresión del interés del menor incompatible con las disposiciones constitucionales y “en todo caso de forma desproporcionada y excesiva y en una medida irracional con el efecto de trastocar la jerarquía de valores que subyace en la Carta Constitucional, centrada en el principio personal de protección de los derechos fundamentales de la persona”.

5. EL ÚLTIMO LUGAR DE ATERRIZAJE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 33/2021 Y LOS “DERECHOS TIRÁNICOS”³¹

En esencia, las cuestiones de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional debe analizar se refieren al estado civil de los niños nacidos mediante la práctica de la maternidad subrogada (prohibida en el Derecho italiano por el artículo 12, apartado 6, de la Ley n° 40 de 2004) y más concretamente la posibilidad de anotar en el certificado de nacimiento de un niño procreado mediante dicho procedimiento no sólo el nombre del progenitor biológico (es decir, el progenitor que aportó sus gametos), sino también del llamado progenitor intencional, que compartió el proyecto parental aunque no participó biológicamente en la procreación. Por lo tanto, se le pide que dé una respuesta a la cuestión de si las conclusiones de las Secciones Civiles Unificadas en el ejercicio de su función nomofiláctica son compatibles con los derechos del niño en virtud de las normas

28 La llamada Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, ratificada y aplicada por la Ley 176 de 27 de mayo de 1991.

29 En la parte dispositiva Cass. ord. n° 99/2020.

30 A este respecto, el Tribunal Constitucional recuerda también cómo con su sentencia n° 494 de 28 de noviembre de 2002 (con notas de A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*, en *Famiglia e diritto*, 2004, 1, 96-104; L. DE GRAZIA, *I diritti dei “figli incestuosi” al vaglio della Corte Costituzionale. Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002*, en *Giurisprudenza italiana*, 2004, 1, 15-18; R. PANOZZO, *La filiazione incestuosa tra inerzia del legislatore e interventi della consulta (Nota a Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494)*, en *Lo Stato civile italiano*, 2005, 2, 88-95) ya ha considerado inconstitucional la norma que prohíbe el reconocimiento de los hijos nacidos del incesto, impidiendo que adquieran el *status filiationis* plena sólo por la conducta penalmente ilícita de sus padres; y cómo la sentencia 29 de mayo de 2020, n° 102, ha suprimido el automatismo de la sanción accesoria de suspensión de la responsabilidad parental para el progenitor que ha cometido un delito grave en perjuicio del menor, porque este automatismo podría ser perjudicial para el interés del menor.

31 “Diritti tiranni”.

constitucionales y supranacionales invocadas por el tribunal remitente³².

De entrada, el Tribunal de Justicia reconoce que la prohibición de la maternidad subrogada como delito ha sido correctamente calificada por la jurisprudencia de legitimidad como *principio de orden público*³³ (y, por tanto, como obstáculo al reconocimiento de la medida extranjera en el ordenamiento jurídico interno), ya que protege valores fundamentales, entre ellos la dignidad humana de la mujer gestante. De hecho, la práctica de la maternidad subrogada “ofende de forma intolerable

la dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas”³⁴. Además, los acuerdos de gestación subrogada conllevan un riesgo de explotación de la vulnerabilidad de las mujeres en circunstancias sociales y económicas pobres que, de existir, afectaría seriamente a su decisión de emprender un embarazo en interés exclusivo de terceros a los que el niño debe ser entregado inmediatamente después del nacimiento. Además, cabe señalar que estas preocupaciones también han sido expresadas por el Parlamento Europeo,

32 Cabe señalar que la “Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica” (Asociación Luca Coscioni para la Libertad de Investigación Científica) a.p.s. y la “Associazione Radicale Certi Diritti” (Asociación Radical Certi Diritti) a.p.s. intervinieron en el procedimiento (en calidad de *amici curiae*) en un dictamen presentado el 11 de septiembre de 2020, esperando que se estimaran las cuestiones, y la Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie (ANFAA) en un dictamen presentado el 14 de septiembre de 2020, esperando que se desestimaran las cuestiones, señalando que la adopción, que se rige por la Ley n.º 184 de 1983., hace realidad el derecho del niño a tener una familia, en el marco de un procedimiento que exige una rigurosa comprobación previa de la idoneidad de los acogedores y adoptantes y en el marco de un sistema que prevé severas sanciones penales para garantizar el cumplimiento de los procedimientos de adopción. Por supuesto, no es posible entrar aquí en detalles sobre la cuestión de la posibilidad de intervenir en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional, pero nos limitaremos a informar sobre el tema, sin pretender ser exhaustivos: M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, en *Questione Giustizia*, n.º 4/2020, 122-136; M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, en *Rivista AIC*, n.º 2/2020, 402-425; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *Rivista AIC*, n.º 2/2020, 426-437; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, en *Lavoce.info*, 17 de enero de 2020; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, en *Giustizia insieme*, 24 de enero de 2020; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, en *Osservatorio sulle fonti*, editorial n. 1/2020; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, en *federalismi.it*, n.º 16/2020, 407-433; P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, en *federalismi.it*, n.º 2/2020, IV-X; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, en *Giur. cost.*, n.º 1/2019, 4 de marzo de 2019, 120-122; R. ROMBOLI, *I contenuti “non rivoluzionari” della riforma delle norme integrative*, en *Giur. cost.*, n.º 1/2020, 517-519; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, en *Consulta on line*, n.º 1/2019, 123-142; M. MANETTI, *I “falsi amici” del Giudice costituzionale*, en *Giur. cost.*, no. 1/2020, 505-507.

33 Sobre el límite del *orden público* en relación con las cuestiones relativas a las relaciones de filiación-paternidad, véase al menos: 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 S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 119 ss.; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso jurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, *ivi*, 31 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n’è una sola, ma si utero sì. Alcune reflexiones sobre el papel del orden público internacional en los casos de maternidad subrogada*, *ibidem*, 145 y ss.; O. FERACI, *Orden público y reconocimiento en Italia del “estatus” de un niño “nacido de dos madres” en el extranjero: consideraciones críticas sobre la sentencia del Tribunal de Casación n.º 19599/2016*, en *Riv. dir. int.*, 1, 2017, espec. 171 y ss.; S. TONOLO, *Orden público internacional y certificados de nacimiento extranjeros en caso de gestación por cuenta ajena*, en *www.articolo29.it*, 31 de octubre de 2018; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, en *Costituzionalismo.it*, n.º 2/2108; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, en *www.articolo29.it*, 21 settembre 2018; F. ANGELINI, *¿El orden público como instrumento de compatibilidad constitucional o de legalidad internacional? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull’ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, en *Rivista Aic*, 2/2020, 185-211; F. FERRARI, *La legge “presa serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, en *Forum di Quaderni costituzionali. Review*, 31 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/05/34-Ferrari-FQC-2-20.pdf>.

34 Tribunal Constitucional, sentencia de 18 de diciembre de 2017, n.º 272 (4.2. *Consideración en derecho*). Entre los numerosos comentarios sobre esta importante sentencia, nos limitamos aquí a mencionar: O. SPORTELLI, *Maternità surrogata: occorre equilibrio favor veritatis e favor minoris*, en *Il diritto amministrativo*, disponible en el enlace: <https://www.ildirittoamministrativo.it/Nota-a-Corte-Costituzionale-Sentenza-N-272-del-18-dicembre-2017/gciv281>; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 de febrero de 2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 de marzo de 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, en *Costituzionalismo.it*, no. 1/2018, 149-177; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere serio)*, en *Osservatorio sulle fonti*, no. 2/2018.

que ha condenado expresamente “cualquier forma de gestación subrogada con fines comerciales”³⁵.

Aun reconociendo todo ello, el Tribunal de Justicia identifica el núcleo principal de la cuestión, más bien, en el interés del niño nacido por gestación subrogada, en su relación con la pareja (homosexual, como en el caso que dio lugar a la sentencia en cuestión, o heterosexual) que ha compartido desde el principio el camino que ha conducido a su concepción y nacimiento en el territorio de un Estado en el que la gestación subrogada no es contraria a la ley; y que, por tanto, ha traído al niño a Italia, y allí se ocupa de él diariamente³⁶. El principio subrayado por el juez constitucional es que en todas las decisiones relativas a los menores adoptadas por las autoridades públicas, incluidos los tribunales, debe reconocerse la importancia primordial de salvaguardar³⁷ el “*best interests*” o el “*intérêt supérieur*” del niño. De hecho, en las decisiones relativas al menor, “debe buscarse siempre la mejor solución “en concreto” para el interés del menor, es decir, la que mejor garantice, sobre todo desde el punto de vista moral, el mejor “cuidado de la persona”³⁸. Y no cabe duda de que el interés de un niño cuidado desde su nacimiento (en el caso que nos ocupa durante casi seis años) por una pareja que compartió la decisión de traerlo al mundo

es obtener el reconocimiento legal de los lazos que, de hecho, ya le unen a ambos miembros de la pareja. Estos vínculos son parte integrante de la identidad del niño³⁹, que vive y crece en el seno de una determinada familia o, en todo caso, en el seno de una determinada comunidad de afecto, que a su vez está legalmente reconocida⁴⁰ y pertenece ciertamente al conjunto de grupos sociales protegidos por el artículo 2 de la Constitución⁴¹ italiana. Por lo tanto, es indiscutible el interés del niño en que se le reconozcan tales vínculos no sólo socialmente sino también jurídicamente, a todos los efectos que son relevantes para su vida —desde el cuidado de su salud, hasta su escolarización, pasando por la protección de sus intereses patrimoniales y sus derechos sucesorios—, pero también, y más importante aún, a los efectos de ser identificado por la ley como miembro de esa familia o comunidad de afecto, integrada por todas las personas que efectivamente la componen. Esto es así incluso cuando la unidad familiar en cuestión se estructura en torno a una pareja del mismo sexo, ya que la orientación sexual de la pareja no afecta por sí misma a su idoneidad para asumir la responsabilidad parental⁴².

Desde otro punto de vista, existe también “el interés del niño en que los padres estén legalmente facultados para el conjunto de deberes en el interés superior del

35 Resolución de 13 de diciembre de 2016 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2015 (2016/2009 INI) (apartado 82).

36 Cabe señalar que “lo que se discute aquí no es un supuesto “derecho a la paternidad” por parte de quienes se hacen cargo del niño. De lo que se trata es únicamente del interés del menor en que se le garantice el derecho a una serie de deberes en interés del menor que el ordenamiento jurídico considera indisolublemente ligados al ejercicio de la responsabilidad parental” (Tribunal Constitucional, sentencia 33/2021, § 5.4).

37 Tribunal Constitucional Sentencia nº 102/2020. Sobre el tema ver. L. VINCENZO, *L'evoluzione giurisprudenziale del “best interests of the child” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo* in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2014, fasc. 2, 343-362.

38 Así, en relación con el artículo 30 de la Constitución, véase Tribunal Constitucional, sentencia de 10 de febrero de 1981, nº 11; y también ha sido llevado por varias sentencias al ámbito de protección del artículo 31 de la Constitución: Corte Cost. 18 de diciembre de 2017, nº 272; 12 de abril de 2017, nº 76 (véase al respecto E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, en *Processo penale e Giustizia*, 2017, 5, 10. disponible en: http://www.processopenaleegjustizia.it/materiali/Contenuti/RIVISTE/Riviste%20pdf/2017/5_2017/18_farinelli.pdf; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art 47 “quinquies” ord. penit.*, en *Diritto penale e processo*, 2017, 8, 1047-1057; A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, 1518-1521; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2, 733-741; 24 de enero de 2017, n. 17 (véase al respecto: E. APRILE, *Per la Consulta è legittima la scelta di limitare ai figli fino a sei anni il divieto dell'applicazione ai genitori della custodia in carcere*, en *Cassazione penale*, 2017, 4, 1465-1467; A. GASPARRI, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, en *Cassazione penale*, 2017, 9, 3174-3191) y nº 239 de 2014 (véase al respecto: E. APRILE, *Per la Consulta la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies ord. penit. non può essere aprioristicamente negata alla condannata per gravi reati*, en *Cassazione penale*, 2015, 1, 141 ss.; D.M. SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, en *Cassazione penale*, 2015, 3, 1067-1088; L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 2948-2956; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 3940-3948).

39 Tribunal de la UDE, sentencia de 26 de junio de 2014, Mennesson contra Francia, apartado 96.

40 En cuanto a las uniones civiles.

41 Tribunal Constitucional, sentencia 23 de octubre de 2019, nº 221.

42 Así, Tribunal Constitucional, sentencia nº 221/019; Tribunal de Casación, sección civil primera, sentencia nº 12962 de 22 de junio de 2016; sección civil primera, sentencia nº 601 de 11 de enero de 2013.

niño que el ordenamiento jurídico considera inseparablemente vinculados al ejercicio de la responsabilidad parental”. Es impensable que puedan eludir estos deberes ad libitum⁴³. Por otra parte, es precisamente por estas razones por las que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma la necesidad, sobre la base del artículo 8 del CEDH⁴⁴, de que los niños nacidos por gestación subrogada, incluso en los Estados Partes que prohíben el recurso a tales prácticas, obtengan el reconocimiento legal del “*lien de filiation*” con ambos⁴⁵ miembros de la pareja que ha querido que el niño nazca y se haya hecho cargo de él⁴⁶.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, el interés del menor no puede considerarse automáticamente

superior a cualquier otro interés contrario en juego⁴⁷. Su “preeminencia” señala, en efecto, su importancia y su especial “peso” en cualquier acto de ponderación⁴⁸; pero incluso en lo que respecta al interés del menor, no cabe sino recordar que “todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se encuentran en una relación de integración mutua y, por tanto, no es posible identificar uno de ellos como de prevalencia absoluta sobre los demás [...]. De no ser así, se produciría una expansión ilimitada de uno de los derechos, que se convertiría en “*tiranno*” sobre las demás situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que en su conjunto constituyen una expresión de la dignidad de la persona”⁴⁹. El interés del menor

43 Tribunal Constitucional, sentencia 33/2021, § 5.4. Para una observación similar, véase la sentencia n.º 347 de 26 de septiembre de 1998 (con notas de L. BALESTRA, *Fecondazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano procedurale?* en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 366-374; G. FERRANDO, *Regole e principi del disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 360-366; S. PATTI, *Lacune “sopravvenute”, presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l’inseminazione artificiale eterologa*, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 347-350; M. Sesta, *Venire contra factum*. Sesta, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 350-360; M.T. ANNECCA, *La Corte Costituzionale ha sentato: il diritto all’identità ed alla serenità del minore diventa le concrezze speranze di una sua piena tutela*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1999, 1-2, 315-322; G. FERRANDO, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 4/2, 223-229; M. MIDIRI, *Il passo lento delle Camere e le due Corti (a proposito dell’inseminazione artificiale e del disconoscimento di paternità)*, en *Politica del diritto*, 1999, 2, 291-30; G. GRASSO, *Il crepuscolo del disconoscimento, nel caso di fecondazione assistita eterologa*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 3-4, 526-536), que -aunque en un contexto diferente de fecundación heteróloga- ya se refería a los derechos del menor “frente a quienes se han comprometido libremente a aceptarlo y a asumir las responsabilidades correspondientes”.

44 Titulado “Derecho al respeto de la vida privada y familiar” y que establece que:

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

2. Ninguna autoridad pública podrá obstaculizar el ejercicio de este derecho, salvo en la medida en que ello está previsto por la ley y sea necesario en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del bienestar económico del país, de la prevención de desórdenes o delitos, de la protección de la salud o de la moral, o de la protección de los derechos y libertades de los demás.

45 Tribunal Constitucional n.º 33/2021, § 5.4. Considerado en derecho: “Tampoco podría considerarse satisfecho el interés del menor con el reconocimiento de la relación filial sólo con el progenitor “biológico”, como ocurrió en el caso que dio lugar a la sentencia en cuestión, en el que se anotó en los registros del estado civil italiano el certificado de nacimiento original canadiense, que designaba sólo a P. F. como progenitor. Cuando un niño vive y crece en un hogar formado por una pareja de dos personas que no sólo compartieron y llevaron a cabo juntos el proyecto de concepción, sino que también se ocuparon continuamente de él, ejerciendo de hecho la responsabilidad parental conjunta, es evidente que tendrá un interés específico en que se reconozca legalmente su relación con ambos, y no sólo con el progenitor que aportó sus gametos para la gestación subrogada”.

46 Mennesson c. Francia, párr. 100; D. c. Francia, párrafo 64.

47 Hay una literatura interminable sobre el tema del “equilibrio” de los derechos. Por ello, nos limitamos a mencionar aquí en la “teoría general”, además de las imprescindibles aportaciones de R. Alexy (véase al menos: *Teoría dei diritti fondamentali*, Bolonia, il Mulino, 2012), G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bolonia, il Mulino, 2010, espec. 173-199; y con referencia también a la jurisprudencia constitucional: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1992. Sobre las cuestiones particulares aquí tratadas, y por tanto sobre el caso de la procreación médicamente asistida, véase al menos S. FABIANELLI, F. MINNI, *Derechos y ciencia médica: la procreación médicamente asistida*, en A. Morrone (ed.), A. MORRONE (eds.), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padua, Cedam, 2020, 200-214, que se detienen en detalle en las sentencias nn. 151/2009, 162/2014, 96/2015, 221/2019; y más específicamente en el problema del *status filiationis* en caso de maternidad subrogada véase A. CHIUSOLO, F. MINNI, *Maternità surrogata e status filiationis: quale bilanciamento tra interesse del minore e tutela dell’identità genetica?* MORRONE (ed.), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., 215-222 que examinan Corte Cost., sentt. nn. 272/2017 e 237/2019.

48 Sobre este punto véase L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, en *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 86 y ss. y E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milán, FrancoAngeli, 2016, 77 ss.

49 Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85. Para un análisis más profundo de las cuestiones de equilibrio puestas de manifiesto por este pronunciamiento véase al menos: A. MARCHETTI, *Il caso Ilva tra giurisdizioni, pubblica amministrazione e legislatore: un “hard case” per il bilanciamento tra valori costituzionali*, en *Munus*, 2016, 1, 193-210; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire*

debe ponderarse entonces, a la luz del criterio de proporcionalidad, con la finalidad legítima que persigue el ordenamiento jurídico de desincentivar el recurso a la maternidad subrogada, sancionada penalmente por el legislador; finalidad que las secciones civiles unificadas del Tribunal de Casación asumen cuando niegan la anotación de una resolución judicial extranjera, en la parte en la que atribuyen el estatuto parental también al miembro de la pareja que participó en la maternidad subrogada, sin aportar sus gametos.

En esta ponderación, el Tribunal no identifica directamente un “nuevo” punto de equilibrio, sino que se limita a identificarlo en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: es decir, en la necesidad de un reconocimiento del “vínculo de filiación” con los dos miembros de la pareja que se hacen cargo efectivamente del niño, es decir, en la posibilidad concreta de lograr el reconocimiento jurídico de los vínculos entre el niño y el “progenitor intencional”, sea cual sea el instrumento (dejado a la libre apreciación de cada Estado). Al menos en términos abstractos, tal institución parece existir en nuestro ordenamiento jurídico, y parece ser la llamada “adopción en casos especiales” del artículo 44.1.d) de la Ley nº 184 de 4 de mayo de 1983. Sin embargo, entrando en más detalles, parece que se encuentran los primeros puntos críticos. En primer lugar, la adopción en casos especiales *no* atribuye la paternidad al adoptante. Por otra parte, aunque el artículo 74 del Código Civil ha sido modificado por el artículo 1.1 de la Ley 219, de 10 de diciembre de 2012, que reconoce la idoneidad general de la adopción para establecer relaciones familiares, con la única excepción de la adopción de personas mayores de edad, sigue siendo controvertido —dada la persistente remisión que hace el artículo 55 de la Ley 184 de 1983 al artículo 330 del Código Civil— si la adopción en casos especiales puede considerarse también como paternidad, si la adopción en casos especiales también permite establecer lazos de parentesco entre el niño y quienes aparecen socialmente, y él percibe, como sus abuelos, tíos, o incluso hermanos, o si el adoptante ya tiene otros hijos propios. Por último, también se requiere el consentimiento del progenitor “biológico”,⁵⁰ que puede no

darse en situaciones en las que la pareja está en crisis y, por tanto, el niño se ve definitivamente privado de la relación jurídica con la persona que ha compartido el proyecto parental desde el principio y que, de hecho, se ha hecho cargo de él desde el momento de su nacimiento. Si bien el Tribunal de Estrasburgo no excluye a priori que la institución de la adopción pueda ser utilizada para reconocer estas particulares relaciones parentales y paterno-filiales del niño, su conformación específica en nuestro ordenamiento jurídico lo impide de hecho.

6. LA TÉCNICA ADOPTADA POR EL TRIBUNAL: ¿ADVERTENCIA O INCONSTITUCIONALIDAD SUSPENDIDA?

El Tribunal Constitucional ha constatado así una vulneración de la protección del menor incompatible con la Constitución, pero sin embargo considera que no puede intervenir directamente con una declaración de inconstitucionalidad, ya que no se impone ninguna solución como constitucionalmente obligatoria, sino que por el contrario existe un amplio abanico de opciones posibles, todas ellas compatibles con la Constitución.

Reconoce, en efecto, que la tarea de adaptar el Derecho vigente a las exigencias de protección de los intereses de los niños nacidos por gestación subrogada, en el marco de la difícil ponderación con el objetivo legítimo de desalentar el recurso a esta práctica, no puede sino recaer en el legislador en el ejercicio de su discrecionalidad política, al que debe concederse un importante margen de maniobra para identificar una solución que tenga en cuenta todos los derechos y principios en juego. En este caso, por tanto, se establece la inconstitucionalidad, pero no se declara, sino que se rechaza la cuestión, de acuerdo con el principio de discrecionalidad del legislador⁵¹.

Estos métodos operativos, que no son nuevos en la jurisprudencia constitucional, han llevado a algunos estudiosos⁵² a considerar estas decisiones como signos de que el Tribunal ha abandonado sustancialmente su papel de “guardián de la Constitución”. Sin embargo, en estas hipótesis se encuentra casi siempre la formulación de una *advertencia* al legislador. El Juez de las

i reati ambientali? Nota a la sentencia “Ilva”, en Giurisprudenza costituzionale, 2013, 3, 1505-1511; M. MEZZANOTTE, Il “sistema normativo ambientale” nella sentenza Ilva, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti, en Rassegna parlamentare, 2013, 3, 669-679; G. NORI, A proposito della sentenza ILVA, en Rassegna dell’avvocatura dello stato, 2013, 1, 77-80; V. ONIDA, Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente, en Giurisprudenza costituzionale, 2013, 3, 1494-1498; P. PASCUCCI, La salvaguardia dell’occupazione nel decreto “salva Ilva”. Diritto alla salute vs. diritto al lavoro, en Diritti lavori mercati, 2013, 3, 671-688; U. SALANITRO, Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell’occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, en Corriere giuridico, 2013, 8-9, 1041-1049.

⁵⁰ Artículo 46 de la Ley nº 184, de 4 de mayo de 1983, “Reglamento sobre la adopción y el acogimiento de menores”.

⁵¹ Véase también A. CERVATI, *Tipos de sentencias y tipos de fundamentos en el juicio incidental de constitucionalidad de las leyes*, cit., 134: “El Tribunal Constitucional, en algunos casos, si bien no considera fuera de lugar invitar al legislador a adecuar plenamente el derecho existente a la Constitución, considera incluso inadmisibles la cuestión propuesta porque su aceptación exigiría opciones legislativas”.

⁵² G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 305.

Leyes, por tanto, si no se considera capaz de intervenir abiertamente en cuestiones que más bien tocan problemas de “lege ferenda” o de “política legislativa”,⁵³ no renuncia a “recordar” al Legislador, amenazando también con una nueva intervención⁵⁴ (si persiste la inercia respecto a la solicitud de modificación o introducción de una determinada disciplina). Y esto es lo que ha ocurrido también en este caso concreto, ya que se ha invitado expresamente al legislador a intervenir “en la identificación, ya urgente, de soluciones capaces de remediar la actual situación de insuficiente protección de los intereses del menor”⁵⁵.

La cuestión es entonces si estamos ante una sentencia de inconstitucionalidad suspendida y no ante una mera advertencia al legislador. La respuesta que hay que dar necesariamente es que en este caso el Tribunal, a pesar de haber constatado una situación crítica, ha decidido no intervenir directamente en un asunto que requiere necesariamente la intervención discrecional del legislador. Quizá podríamos decir que estamos ante un ejercicio de cierta *autocontención* por parte del Tribunal, que consideró que debía ceder y declararse “incompetente”⁵⁶. Sin embargo, un mero repaso de la jurisprudencia muestra que en varias ocasiones el Tribunal, aun reconociendo explícitamente su incompetencia en determinados asuntos o cuestiones debido a la existencia de opciones políticas de fondo, no ha dudado en pronunciarse sobre el fondo una vez que se le ha vuelto a plantear la misma cuestión.

De hecho, la discrecionalidad se convierte en una verdadera limitación cuando el Tribunal considera que no puede pronunciar un juicio positivo, ya que existen varias soluciones alternativas, ninguna de las cuales se impone constitucionalmente. En otras palabras, la discrecionalidad legislativa no se subrogaría judicialmente ya que la Constitución no identifica ninguna alterna-

tiva precisa que deba preferirse sobre la otra, pero esto no sanciona la validez de la legislación. En estos casos, “al declarar la inadmisibilidad”, el Tribunal acaba por constatar o asumir, o al menos no excluir, la existencia de un vicio constitucional. De hecho, no es infrecuente que se plantee la necesidad de una intervención legislativa para eliminar los inconvenientes que considera que existen⁵⁷ (como efectivamente ocurre en la sentencia aquí comentada). Con “la declaración de inadmisibilidad [...] no se “absuelve” al legislador, no se proporciona un aval de constitucionalidad a leyes cuya compatibilidad con los principios constitucionales es a veces muy dudosa. Cuando el Tribunal, por la razón que sea, tal vez incluso la (hasta cierto punto legítima) del temor a crear vacíos legislativos o desequilibrios normativos con su sentencia, decide no de declarar ilegítima la ley sometida a su juicio” y —como mal menor— prefiere “una declaración de inadmisibilidad con la que, al menos, no se posiciona sobre el fondo”⁵⁸.

Por lo tanto, es sólo la falta de instrumentos lo que inhibe la intervención del Juez Constitucional, pero entonces hay bastantes excepciones. De hecho, cuando están en juego derechos especialmente importantes y persiste la inercia del legislador, el Tribunal ha actuado en varias ocasiones. El esquema de actuación utilizado es el siguiente: inadmisibilidad —aceptación monitoria—, y con la declaración de inconstitucionalidad reconoce (implícita o explícitamente, al haber declarado previamente la inadmisibilidad por la existencia de márgenes de discrecionalidad política) que está actuando más allá de las competencias que le confiere explícitamente la Constitución, pero decide hacerlo de todos modos para no sacrificar derechos considerados especialmente importantes.

Habida cuenta de la naturaleza de los intereses en juego (y de las advertencias explícitas), habrá que ver si el

53 Así, Tribunal Constitucional, sentencia de 4 de mayo de 1973, nº 58.

54 V. Tribunal Constitucional, sentencia de 25 de marzo de 1992, núm. 125, § 5 Considerado en derecho: “La desarmonía del precepto impugnado con respecto a los principios constitucionales citados no puede, sin embargo, conducir a la estimación de la cuestión, dado que, según el planteamiento realizado en el auto de planteamiento, la cuestión se resuelve en una solicitud de resolución aditiva que modifica las condiciones de concesión de la libertad condicional y de la semilibertad a los menores. Es evidente, en efecto, que la elección de las distintas modalidades sólo puede dejarse al arbitrio del legislador, dada la posibilidad, para llevar la legislación a la coherencia constitucional, de una pluralidad de soluciones, que pueden encontrarse bien fijando límites distintos de los ahora previstos, para todas o sólo para algunas de las medidas alternativas, bien resolviendo el problema dentro de una regulación más orgánica de la materia que contemple también la disciplina de la libertad condicional relativa a los menores. Ante este planteamiento del *petitum*, la cuestión no puede sino declararse inadmisibile. Por otro lado, una sentencia que anule la disposición en su totalidad conduciría a un vacío legislativo cuyos efectos, a juicio del Tribunal, deben tenerse en cuenta, dado que, tal y como están las cosas, afectarían a la posibilidad misma de que los menores se acojan a medidas alternativas al internamiento. Sin embargo, habría que llegar a esta conclusión -ya que no es posible mantener en el ordenamiento jurídico durante más tiempo una norma en los límites de la inconstitucionalidad- si el legislador no legisla prontamente sobre la materia, de acuerdo con los principios constitucionales, a la luz de los criterios mencionados”.

55 Tribunal Constitucional nº 33/2021, § 5.9.

56 No es casualidad que la sentencia sea de “inadmisibilidad”, ya que no toca directamente el fondo del asunto.

57 L. CARLASSARE, *Le decisioni d’inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, en AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 62.

58 *Ibid*, 63-64.

legislador resuelve los puntos críticos señalados antes de que se solicite de nuevo al Tribunal, lo que permitiría también comprobar la eficacia de las advertencias. Como se ha señalado, “si las advertencias son eficaces, la discrecionalidad (del legislador) es limitada”⁵⁹.

Esto abre el problema adicional de entender el papel de la discrecionalidad del legislador con respecto a la actividad del Tribunal Constitucional. Sin embargo, esta cuestión merece un estudio mucho más profundo, que aquí, por supuesto, sólo puede mencionarse.

59 ...viceversa, “si la discrecionalidad no se limita, las advertencias son inútiles” (G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, en P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (eds.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 141).