

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA  
IN  
“Diritto delle Persone,  
delle Imprese e dei Mercati”  
XXXV CICLO

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO  
PRIVATO (IUS/01)

**¿Existe un derecho absoluto a la paternidad ?  
Análisis de la normativa italiana  
desde una perspectiva comparativa**

Coordinatore:  
Ch.mo Prof. Massimo Miola

Tutor:  
Ch.mo Prof. Giuseppe Recinto

Candidata:  
Dott.ssa Fabrizia Cesarano

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

## ÍNDICE

### **Introducción**

#### **Capítulo I: La paternidad social en Italia. Evolución de modelos procreativos distintos del natural con vistas al *best interests of the child***

1. ¿El derecho a ser padres?
2. Un difícil equilibrio de los valores en juego
3. Modelos procreativos y *status filiationis*
  - 3.1. Paternidad biológica: procreación natural
  - 3.2. Paternidad social
    - 3.2.1. Procreación médicamente asistida
    - 3.2.2. La adopción
    - 3.2.3. Maternidad subrogada
4. *The best interests of the child* : una forma de ocultar una visión adultocéntrica?

#### **Capítulo II: Procreación y homoparentalidad. Las instituciones de procreación y adopción médicamente asistidas a la luz del Derecho italiano**

Sección I: Homoparentalidad y fecundación heteróloga: la finalidad terapéutica “*latu sensu*” de la Ley 40/2004

1. Procreación médicamente asistida: definición y técnicas. Un breve resumen
2. El debate italiano sobre la PMA: *ratio* y *iter* de aprobación de la Ley 40/2004
3. Breve resumen de la ley. Principios y objetivos
  - 3.1. El carácter terapéutico de la PMA y la protección del concebido
  - 3.2. Requisitos objetivos y subjetivos
  - 3.3 Artículo 6 sobre consentimiento informado
4. Ley 40/2004 y prohibición absoluta de la procreación heteróloga médicamente asistida
  - 4.1. El asunto *S.H. y otros contra Austria*: la intervención del Tribunal de Estrasburgo en materia de fecundación heteróloga
  - 4.2. Las cuestiones de legitimidad constitucional relativas a la heteróloga: los casos italianos que abrieron el camino
  - 4.3 Del Auto nº 150/2012 del Tribunal Constitucional a la Sentencia nº 162/2014 del mismo Tribunal

5. La pretendida legitimidad constitucional de la fecundación heteróloga: sentencia nº 162 de 2014
6. La posición adoptada sobre la prohibición de acceso a las técnicas de PMA a las parejas del mismo sexo y la obstrucción al reconocimiento de los efectos civiles de la paternidad de dichas parejas en el Derecho interno (Sentencias nº 221 de 2019, nº 237 de 2019, nº 230 de 2020)
7. Breves observaciones finales y últimas advertencias del Tribunal Constitucional al legislador sobre el tema *status filiationis* (Tribunal Constitucional. n. 32/2021)

Sección II: La adopción: ¿un modelo de paternidad con una visión verdaderamente centrada en el menor?

1. Evolución de la institución de la adopción
2. Ley nº 183 de 1984: breve descripción de la ley y de las diferentes hipótesis de adopción
- 3 . Rigidez de la legislación: la inadecuación de la adopción plena a la evolución de los modelos familiares
  - 3.1. Adopción en casos especiales: un instrumento más flexible
  - 3.2. La reforma de 2015: el derecho del menor a la continuidad afectiva
- 4 . El canon de la *imitatio naturae* y la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso a la adopción
  - 4.1. La homoparentalidad a la luz de la Ley 76/2016 de uniones civiles
  - 4.2. Adopción en casos especiales de un hijo de la pareja: evolución jurisprudencial de la institución
5. Legislación italiana sobre el reconocimiento de resoluciones de adopción extranjeras
  - 5.1. El rol de suplencia asumido por la jurisprudencia italiana en esta materia
  - 5.2. Transcripción de un acta de adopción constituida en el extranjero (Cass. SS.UU. 9006/2021)
6. ¿Existe el derecho a la adopción? Consideraciones sobre el derecho de adopción de las parejas del mismo sexo.
- 7 . La adopción y el *best interests of the child*: un modelo de paternidad que realmente tiene en cuenta las necesidades del menor.

Breves consideraciones a la luz del análisis de las dos instituciones.

### **Capítulo III: Cuestiones sin resolver relativas a la procreación artificial en Italia: la maternidad subrogada.**

1. La maternidad subrogada entre la ciencia, la ética y el derecho.
2. El marco normativo europeo y mundial: breve panorámica.
  - 2.1 En Italia: la Ley 40/2004 y la prohibición de la maternidad subrogada.
  - 2.2. ...y en las relaciones con Estados extranjeros.

3. La jurisprudencia supranacional del CEDH (*Labassee y Mennesson v. Francia, Paradiso y Campanelli v. Italia, D.B y otros contra Suiza*)
4. La relación de negociación entre la pareja comitente y la madre gestante.
- 5 . Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: la hipótesis de la llamada maternidad subrogada altruista.
- 6 . Subrogación por maternidad e interés real del menor.
- 7 . Posición del Tribunal sobre la prohibición de la maternidad subrogada (Tribunal Constitucional nº 272 / 2017).
8. Breves observaciones finales y últimas reflexiones del Tribunal Constitucional sobre el *status filiationis* (Tribunal Constitucional 33/2021 nº 79/2022)

#### **Capítulo IV: Un análisis comparativo sobre el tema. La búsqueda de una clave de interpretación de las distintas instituciones.**

1. La utilidad de un análisis comparativo sobre el tema.
2. Circulación del *estatuto de filiación* de un hijo: la palabra de la jurisprudencia supranacional (asunto *Pancharevo*)
3. Reproducción asistida en Europa
  - 3.1. Francia
  - 3.2. Alemania
  - 3.3. Reino Unido
4. Legislación española
  - 4.1. La Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
    - 4.1.2. Maternidad subrogada: Artículo 10 Ley 14/2006
  - 4.2 . Adopción homoparental
5. Una mirada a los modelos en Europa: adopción homoparental
  - 5.1. Maternidad subrogada.
6. Una mirada al futuro a la luz del análisis comparativo: notas para el legislador italiano

#### **Observaciones finales. Una hipótesis de lectura de las distintas instituciones como un todo unitario**

#### **Bibliografía**

#### **Jurisprudencia comentada**

## INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico italiano no existe un modelo de paternidad basado exclusivamente en el vínculo biológico entre el progenitor y el hijo.

Hoy en día, de hecho, como resultado del progreso científico-tecnológico y de la evolución cultural, pueden reconocerse tres tipos diferentes de paternidad que constituyen el *status filiationis*: la de procreación natural, la de adopción y la de procreación médicamente asistida. En estos dos últimos casos, en los que el aspecto voluntarista prevalece sobre el hecho biológico-genético, la paternidad se define como "social" o "afectiva". A ellas se añade la institución, prohibida en Italia, de la maternidad subrogada.

En particular, la regulación del parto por fecundación asistida ha dado lugar a un sistema familiar distinto y autónomo del modelo previsto por el código civil italiano.

El resultado es una relación nueva en su génesis respecto al concepto tradicional de familia, basada en un proyecto de paternidad compartida por una pareja, siempre que sean de distinto sexo, casados o convivientes, en edad potencialmente fértil, y que ambos vivan.

Por lo tanto, los menores y las parejas *del mismo* sexo quedan excluidos de esta lista: esta circunstancia, en lo que respecta a la segunda categoría, ha dado lugar al denominado turismo procreativo.

Las diferencias en la legislación sobre este procedimiento han hecho que las parejas que desean recurrir a esta práctica – si está prohibida o sólo permitida de forma limitada en su propio ordenamiento jurídico – acudan a uno de los países donde es legal, y luego soliciten la transcripción del certificado de nacimiento del menor una vez de vuelta en su propio país.

Esta realidad ha dado lugar a una evidente fragmentación de las soluciones jurídicas y a la consiguiente incertidumbre sobre la situación de los menores nacidos en un contexto transnacional, abriendo la puerta a una especie de "derecho a procrear" que va más allá de lo previsto *strictu sensu* por la letra del Derecho nacional.

La jurisprudencia italiana, de hecho, tiende a legitimar *a priori* la formación de la partida de nacimiento, refrendando luego su transcripción, dando gran relevancia en la parte dispositiva de la sentencia al *best interests of the child*.

Esto corre el riesgo de ser engañoso y ocultar la perspectiva real que inspira estos pronunciamientos.

En cambio, parece que los planteamientos alcanzados son indicativos de cómo se aborda el examen de *esta cuestión* de forma frontal y directa desde el punto de vista de los padres.

En este archipiélago de modelos de agrupación familiar, de hecho, los menores se ven a menudo implicados en las elecciones adultocéntricas de sus padres y sufren inconscientemente las consecuencias de sus relaciones afectivas orientadas a la satisfacción exclusiva de las necesidades individuales y existenciales de la vida familiar.

Por ello, en una labor interpretativa encaminada a lograr el mejor equilibrio de los intereses convergentes y contrapuestos en la materia, más que invocar casi extemporáneamente el "*best interests of the child*", sería más provechoso cuestionar críticamente la compatibilidad y los márgenes de extensión de la pretendida autodeterminación individual de los adultos respecto de sus propias opciones familiares cuando se trata de posiciones jurídicas subjetivas vulnerables como en el caso de los menores.

Teniendo esto en cuenta, la investigación del jurista debe dirigirse a encontrar los medios de protección adecuados para garantizar la consolidación del vínculo relacional sin apartarse, no obstante, del panorama legislativo existente.

A este respecto, existe en el ordenamiento jurídico italiano una institución a través de la cual el modelo de paternidad no vinculado al perfil biológico puede encontrar reconocimiento formal. Se trata de la adopción, un instrumento funcionalmente adecuado para proteger al menor, que muestra atención al *favor affectionis* y al principio de responsabilidad parental, situado para garantizar la necesidad primaria del menor de recibir asistencia material y emocional adecuada.

A diferencia de la PMA, que opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de los adultos, puesto que el menor a proteger ni siquiera existe, la adopción, prescindiendo por completo del momento de la procreación, opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de la persona menor de 18 años.

Dicho esto, la investigación pretende resolver una cuestión fundamental: si – y en qué medida – un "derecho a la paternidad" puede configurarse,

abarcando no sólo el *an* y el cuándo, sino también el *quomodo*, y declinándose así también como un derecho a procrear por medios distintos a la procreación natural.

La cuestión pone en juego, en términos nuevos y más marcados que en el pasado, la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de garantizar el uso de las técnicas médicas más modernas, útiles para la procreación por parte de individuos que de otro modo no podrían hacerlo de forma natural, y la necesidad de poner límites al uso de la ciencia médica, especialmente para prohibir prácticas que se consideren excesivamente alejadas del curso natural de la filiación, en una lógica que favorezca efectivamente al menor.

En definitiva, el Trabajo propone encontrar, en una dimensión de *iure condendo*, una clave de lectura capaz de dar una visión uniforme de las instituciones mencionadas y capaz de asegurar una mayor eficacia sin caer del lado de los derechos fundamentales, prestando siempre una atención central a la protección del menor más que a la "satisfacción de las necesidades" de los adultos.

Con el fin de investigar esto en profundidad, el Proyecto no se limitará a tratar esta cuestión examinando únicamente la legislación nacional.

La cuestión del reconocimiento de una relación paterno-filial establecida en el extranjero mediante el recurso a prácticas de procreación artificial no permitidas – o permitidas pero sujetas a condiciones más estrictas – en los ordenamientos jurídicos de origen de los progenitores afectados preocupa desde hace tiempo a los tribunales internacionales y nacionales.

La competencia exclusiva de los Estados para regular el Derecho de familia se traduce en la dificultad de establecer normas compartidas a escala internacional.

En concreto, corresponde por tanto a las autoridades nacionales desentrañar la variedad de causas judiciales relativas a las distintas instituciones procreadoras. Los tribunales nacionales, por tanto, tendrán que encontrar, en cada ocasión, el equilibrio concreto entre la necesidad de garantizar la continuidad espacial de la identidad del menor ahora nacido y la necesidad de proteger las determinaciones legislativas soberanas de cada Estado.

Al tratarse, por tanto, de cuestiones de gran actualidad que animan a la opinión pública internacional, el trabajo incluirá perfiles comparativos

destinados a poner de relieve los distintos enfoques del fenómeno adoptados en los diversos ordenamientos jurídicos europeos, en un intento de identificar puntos de equilibrio que tengan en cuenta los avances de la ciencia médica y las posibilidades que ésta pone a disposición del Derecho, con vistas a estar siempre en consonancia con los principios supremos de la Carta Constitucional italiana.

# Capítulo I

## Paternalidad social.

### **Evolución de modelos procreativos distintos del natural desde la perspectiva del *interés superior del menor*.**

Resumen: 1. ¿El derecho a ser padres? – 2. Un difícil equilibrio de los valores en juego – 3. Modelos procreativos y *estatus filiationis* – 3.1. Paternalidad biológica: procreación natural. – 3.2. Paternalidad social – 3.2.1. Procreación médicamente asistida – 3.2.2. La adopción – 3.2.3. Maternalidad subrogada – 4. *The best interest of the child*: una forma de ocultar una visión centrada en el adulto?

#### 1. ¿El derecho a ser padres?

A principios de los años noventa, Norberto Bobbio escribió que el único signo positivo perceptible entre las muchas desgracias de nuestro tiempo era la creciente atención prestada al problema del reconocimiento de los derechos<sup>4</sup>. Más de treinta años después de estas palabras, podría decirse que asistimos a la transición de "la era de los derechos" a la era de "la inflación de los derechos"<sup>5</sup>. Hoy, de hecho, se tiende a elevar a la categoría de derecho cualquier deseo, aspiración o necesidad más o menos legítima, buscando una norma o un principio constitucional o supranacional que pueda englobarla.

A pesar de saber que fundar una familia es distinto de procrear, pudiendo existir la primera con independencia de la existencia de hijos, no puede ignorarse cómo parte de la doctrina identifica ambos conceptos e incluye en el contenido del derecho a fundar una familia también el derecho a tener hijos, biológicos y no<sup>7</sup>. Los cambios producidos en la medicina y la biología en el

---

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, 45 y ss.

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bolonia, 1995, 152.

<sup>7</sup> I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milán, 2000, 61-62.

ámbito de las condiciones relativas al nacimiento, la muerte y el cuidado de los seres humanos han suscitado siempre cuestiones éticas que han impedido a la doctrina y a la jurisprudencia converger en normas jurídicas compartidas, dando lugar a opiniones encontradas y a diversas reelaboraciones por parte del legislador. No es casualidad que no haya unanimidad sobre la naturaleza y los límites del llamado derecho a procrear.

Actualmente, sólo la libertad de procrear está reconocida pacíficamente por la jurisprudencia italiana<sup>8</sup>. La libertad de procrear se basa en los artículos 2, 13, 30 y 31 de la Constitución y garantiza el derecho del individuo a la autodeterminación en cuanto a la procreación, sin que el Estado pueda condicionarla en uno u otro sentido<sup>9</sup>. Esta libertad se ha discutido a menudo diferenciando un perfil positivo, es decir, la libertad de iniciar un proceso procreativo, de un perfil negativo, que adoptaría la forma de la opción de no procrear o de interrumpir un embarazo en curso<sup>10</sup>. Limitarse a aceptar este enfoque entraña el riesgo de confundir la cuestión de la identificación de las situaciones jurídicas subjetivas relativas a la procreación<sup>11</sup>.

Si, en efecto, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia está de acuerdo con el reconocimiento de una libertad de procreación, que asume las características de la no injerencia en las decisiones personales y en su realización, no se comparte por igual la existencia de un derecho real a procrear, que se sustancia en el derecho de cada persona a ser padres y a tener su propia descendencia.

---

<sup>8</sup> Sobre la distinción entre la libertad de procrear y el derecho a procrear, véase G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, en *biodiritto.org*, 2012; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, en F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 131 ss; T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, *ivi*, 640; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milán, 2011, 1341 ss.

<sup>9</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, en *federalismi.it*, 2021, 39.

<sup>10</sup> En este último sentido, véase F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, en G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 87.

<sup>11</sup> No es éste el lugar para ahondar en el viejo debate sobre las características de los derechos de libertad. Nos remitimos para todos, en particular en lo que se refiere a la crítica de la configurabilidad de los perfiles de libertad positivos y negativos, a A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, en *Giornale di storia costituzionale*, 17, 2009, 11 y ss.

Con el paso de los años, ayudado por los avances médicos y científicos, el deseo de maternidad y paternidad se ha hecho cada vez más fuerte, transformándose en una necesidad que algunos consideran a la altura de un auténtico derecho. Sin embargo, afirmar *tout court* la existencia de un derecho a procrear y, por consiguiente, de un derecho a ser padres, denota una falta de visión completa del fenómeno, distinta de la libertad de procrear<sup>12</sup>.

De hecho, la cuestión implica un complejo conjunto de derechos e intereses que a veces entran en conflicto entre sí.

La reflexión sobre la relevancia de la procreación como derecho se ha desarrollado como consecuencia de la desaparición del vínculo existente entre sexualidad y reproducción. En particular, el uso desde los años setenta de técnicas de procreación artificial<sup>13</sup> ha allanado el camino a la "reproducción sin sexualidad", dando lugar a un sistema familiar distinto y autónomo del previsto por el Código Civil.

---

<sup>12</sup> La primera sentencia del Tribunal Constitucional que menciona la libertad de procreación data del año 2000 y se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que exigían no tener hijos para alistarse y hacer carrera en determinadas fuerzas armadas, Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2000, n° 332, en *Giur. Cost.*, 2000, 2455 y ss. El Tribunal Constitucional basó su decisión en la violación de los artículos 2, 30, 31, refiriéndose a un "derecho a procrear", aunque es evidente que la sentencia se refería a un derecho de libertad: de hecho, esto es particularmente evidente por la circunstancia de que el Tribunal no invoca el artículo 32 de la Constitución, como S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 41. La autora precisa que "al tratarse de una cuestión de autodeterminación sobre el inicio del proceso natural de procreación, el Tribunal Constitucional no considera que la elección afecte a la salud" añadiendo, sin embargo, que en su opinión "hubiera sido más adecuado citar el artículo 13 en lugar del artículo 30 de la Constitución, ya que la autodeterminación del individuo juega un papel fundamental en el reconocimiento de esta libertad". Pero la teoría de la libertad de procreación evoluciona con la evolución de la conciencia social y la ciencia. De hecho, superada la tesis del año 2000, hasta la fecha la jurisprudencia constitucional fundamenta la libertad procreativa en los artículos 2, 13, 31 y 32 de la Constitución"; véase esp. nota 12.

<sup>13</sup> El fenómeno de la procreación médicamente asistida (PMA) ha evolucionado lentamente y alcanzó un punto de inflexión a finales de los años 70, cuando el investigador británico Dr. Robert Edwards realizó la primera fecundación *in vitro* en un ser humano. Para una reconstrucción de la historia de la fecundación artificial, véase C. FLAMINGHI, *La fertilizzazione extra-corporea*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, cit., 1437 ss; C. FLAMINGHI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Il Mulino, Bolonia, 2011.

Anteriormente, dado que la procreación sólo era concebible como un hecho natural, no se planteaba la cuestión de la protección del Estado para proporcionar los medios de hacer efectivo este derecho.

De hecho, la procreación natural, sin la ayuda de las tecnologías modernas, es un acto libre y esta libertad se manifiesta en un momento anterior a la procreación misma, como la libertad de elegir si procrear o no y cuándo hacerlo de forma natural<sup>14</sup>. Después de la concepción, la cuestión de la procreación se impone como derecho social al aborto.

En cambio, en caso de incapacidad para procrear de forma natural, la cuestión del derecho (social) de acceso a la procreación asistida es relevante<sup>15</sup>. Así, el discurso sobre el derecho a procrear tiene sentido y sólo es pertinente en relación con la procreación artificial<sup>16</sup>.

Es necesario, por tanto, centrarse en la posibilidad de procreación artificial como un derecho; en concreto, un derecho social, que legitima la pretensión de que el Estado adopte medidas para poner a disposición medios y recursos para el ejercicio de una posición jurídica<sup>17</sup>. El derecho a la procreación

---

<sup>14</sup> Así también F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, en *Rivista AIC*, 4, 2019, 169 y ss.

<sup>15</sup> En este sentido, la procreación natural y la procreación artificial, aunque se refieran a la misma materia, dan lugar a dos situaciones jurídicas diferentes. El primero se concreta en la libertad de autodeterminación en la procreación y está protegido sobre todo por la abstención estatal, aunque también son importantes los perfiles de información y prevención que, como se verá, se han instrumentado con el derecho a la procreación consciente y responsable del artículo 1 de la Ley 194/78. La segunda, aunque sigue vinculada a la libertad procreativa como expresión del desarrollo de la personalidad conforme al art. 2 de la Constitución, se expresa bajo la forma de un derecho social; es decir, de la pretensión de que el Estado garantice la PMA a todos los individuos con las limitaciones que dicte la protección de intereses antagónicos. Ciertamente, no cabe reconocer aquí el conflicto, que ahora parece superado, entre derechos de libertad y derechos sociales, debate que se ha desarrollado tanto en el ámbito constitucional como en la filosofía del derecho. Véase, entre otros, A. BALDASSARRE, *Derechos inviolables* (voce), en *Enc. Giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989, 10 ss.; A. BALDASSARRE, *Derechos sociales*, (voz) en *Ibidem*, 30 y ss.; E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, en *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 733 ss.

<sup>16</sup> C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, en *Biolaw journal*, 2, 2014, 67.

<sup>17</sup> En cualquier caso, aquí nos referimos específicamente a las técnicas de procreación médicamente asistida (PMA). En cuanto a la maternidad subrogada, como diremos, se impone un debate aparte, ya que esta técnica, aunque *latu sensu* entre las prácticas de procreación asistida, implica valores e intereses diferentes; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, 133; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 311.

artificial (al igual que el derecho al aborto) es, de hecho, el derecho a un servicio sanitario que implica en primer lugar a la mujer, de ahí el vínculo con el artículo 32 de la Constitución<sup>18</sup>.

El legislador puede intervenir sobre la libertad o el derecho a procrear, comprimiéndolos y trazando límites al acceso a los servicios procreativos: ello, sin embargo, sólo para proteger diversos intereses de igual rango constitucional. Por lo tanto, será necesario identificar dichos intereses, diferenciando entre procreación artificial y procreación natural<sup>19</sup>.

Es importante destacar que las prácticas de procreación asistida también incluyen, *latu sensu*<sup>20</sup>, la maternidad subrogada<sup>21</sup>. Sin embargo, esto último implica valoraciones distintas de las relativas a las técnicas analizadas hasta ahora. Por un lado, en efecto, implica, valores e intereses relativos a la relación entre madre e hijo que provocan un desapego que ni siquiera existe en el hijo adoptado, existiendo en este último caso la garantía de poder conocer al menos la identidad del mismo<sup>22</sup>. Por otra parte, implica cuestiones

---

<sup>18</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 40-41.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 42, en el que el autor señala que "en el caso de la procreación natural no hay terceros que interfieran en el proceso iniciado por la pareja y el acto de la cópula es obviamente libre. Por lo tanto, el único interés antagónico sería el del menor por nacer en primer lugar y el del menor nacido en segundo lugar. En nombre de tales intereses, teóricamente podrían imponerse restricciones a la libertad de procrear, impidiendo, por ejemplo, que procrearan sujetos en condiciones sociales, sanitarias y económicas precarias. Sin embargo, el carácter sagrado de la libertad personal *en virtud* del artículo 13 de la Constitución impide que se impongan tales límites en la práctica. La protección del bienestar y el desarrollo equilibrado del menor nacido sólo puede llevarse a cabo después del nacimiento, con los mecanismos de la ley de adopción."

<sup>20</sup> F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 75. El autor precisa, en efecto, que "la maternidad subrogada surge dentro del fenómeno de la procreación artificial aunque no constituya en sí misma ninguna técnica procreadora; la utilización de tales técnicas es un "medio" para alcanzar las diversas hipótesis de la maternidad subrogada".

<sup>21</sup> Sobre el tema véase, más recientemente, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizione Scientifiche, Nápoles, 2017, 97 y ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 25 e 136 ss.

<sup>22</sup> Nos referimos a las modificaciones introducidas en la Ley de Adopción por la Ley 149/2001 y a los principios introducidos en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la sentencia del TEDH en el asunto *Godelli v. Italia*, con la sentencia 278/2013 del Tribunal Constitucional. A partir de hoy, el adoptado puede conocer (bajo ciertas condiciones a partir de los 18 años - salvo que el progenitor haya fallecido o sea ilocalizable - y libremente a partir de los 25 años), la identidad del progenitor o, si la madre ha recurrido al parto anónimo,

relacionadas con la protección de la dignidad de la mujer embarazada, la necesidad de evitar el riesgo de fomentar el tráfico de menores, la protección del menor frente a una dolorosa separación de su madre biológica y la dignidad de la procreación en sí misma, que no puede comercializarse<sup>23</sup>.

Sobre el derecho a procrear hay, por tanto, muchas dudas. ¿Es el derecho a tener un hijo o el derecho a acceder a las técnicas científicas más modernas que facilitan la procreación? Y si existiera, ¿quién sería el titular de este derecho, la pareja o el individuo?

Hecha la distinción con la libertad de procrear, parece claro que hablar de un derecho a procrear equivale, en otras palabras, a un derecho a ser padres.

La cuestión básica que hay que resolver es si – y en qué medida – un "derecho a la paternidad" es configurable, abarcando no sólo el *an* y el *cuándo*, sino también el *quomodo*, y declinándose así también como un derecho a procrear por métodos distintos a la procreación natural.

La cuestión pone en juego, en términos nuevos y más marcados que en el pasado, la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de garantizar el uso de las técnicas médicas más modernas, útiles para la procreación por parte de sujetos impedidos de hacerlo naturalmente, y la necesidad de poner límites al uso de la ciencia médica, sobre todo para prohibir prácticas consideradas excesivamente alejadas del curso natural de la filiación, en una lógica que favorezca efectivamente al menor.

En efecto, la reivindicación de un "derecho fundamental al hijo" podría ocultar una visión unilateral del proyecto parental, tal como la de transformar el deseo de procrear en un derecho absoluto y, por tanto, subordinar los intereses del menor por nacer a la realización de las únicas exigencias-expectativas que toma en consideración, a saber, las del aspirante a padre<sup>24</sup>. En otras palabras, plantear la cuestión en términos de titularidad de derechos, y más concretamente de derecho a tener un hijo, correría el riesgo de ceder a las presiones que pretenden garantizar la protección de un deseo sin límites,

---

puede solicitar al tribunal que un juez interroge a la mujer sobre la posibilidad de eliminar el anonimato. Tras el fallecimiento de la madre, el hijo podrá conocer su identidad con independencia de su voluntad de eliminar el anonimato (Cass., ord. núm. 3004/2018, en *Quotidiano giuridico*, 2018).

<sup>23</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 58 y ss.

<sup>24</sup> L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Turín, 2014, 33.

que debe realizarse a cualquier precio, no importa por qué medios<sup>25</sup>, anteponiendo el derecho de los adultos al de los menores<sup>26</sup>. El riesgo, por tanto, sería el de crear una especie de nexo causal<sup>27</sup>, con relevancia a nivel jurídico, entre la intención de procrear y la conducta adoptada a tal fin (causa), por un lado, y el hecho de tener un hijo y criarlo como propio (efecto), por otro<sup>28</sup>.

Teniendo esto en cuenta, será importante prestar especial atención a la institución de la adopción, que, prescindiendo por completo del momento de la procreación, opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de la persona menor de edad.

En última instancia, al investigar la existencia de tal derecho y al construir una teoría del mismo, será necesario partir del supuesto de que se trataría de un derecho del individuo cuyo ejercicio debe ser limitado y equilibrado por razones relacionadas con la protección de la mayor parte contrainteressada: el concebido primero, el nacido después.

## 2. Un difícil equilibrio de los valores en juego.

Para encuadrar la cuestión y poder valorar la existencia de un derecho absoluto a procrear, *rectius*, a ser padres, es necesario detenerse primero en el análisis de las posiciones subjetivas -la del progenitor y la del hijo- cuyos intereses están en juego.

La paternidad y la filiación deben adscribirse al fenómeno de la familia, institución específicamente contemplada por la Constitución en sus artículos 29 a 31.

Analizando los hechos del caso, resulta que la Carta Fundamental no indica un modelo de paternidad como preferente, ni establece una graduación de la apreciación de las formas en que se puede llegar a ser padre. En

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> L. SPINA, *Tra nuove forme di genitorialità e nuovi interventi normativi, non perdiamo di vista i diritti del minore*, in *Minorigiustizia*, 2, 2015, 11.

<sup>27</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, Bologna, 2018, 37 ss.

<sup>28</sup> L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma de la persona y atribución de la paternidad*, CEDAM, Padua, 1993, 73.

particular, la naturalidad de la sociedad familiar mencionada en el artículo 29<sup>29</sup> no indica la naturaleza biológicamente definida de la familia. El término utilizado por los constituyentes surgió en un contexto histórico determinado, fue el resultado de negociaciones<sup>30</sup> y pretende reconocer a la familia como una institución preestatal, un ámbito anterior a la legislación estatal y que, por tanto, conserva su autonomía<sup>31</sup>.

Así entendido, el art. 29, al igual que el art. 2 y el art. 3, marca el cambio radical de rumbo que la Constitución republicana y democrática imparte al ordenamiento jurídico al situar en el primer plano de los valores el principio personalista, la protección del individuo como tal y en las formaciones sociales intermedias, y la plenitud del desarrollo de su personalidad. También hay que señalar que las normas de la Constitución están sujetas a una lectura evolutiva<sup>32</sup>, por lo que el caso debe interpretarse teniendo en cuenta las diferencias que caracterizan la experiencia histórica actual en comparación

---

<sup>29</sup> Artículo 29 de la Constitución: "La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley para garantizar la unidad familiar".

<sup>30</sup> Durante los trabajos preparatorios del artículo 29 de la Constitución, Aldo Moro insistió en la importancia de definir la familia como un hecho social, defendiendo la fórmula "la familia es una sociedad natural" para liberarla de la injerencia del Estado. En el pensamiento de Moro, el énfasis en la palabra "natural" debe leerse, por tanto, como un intento de erigir una barrera contra el Estado, destinada a preservar la familia como un fenómeno extrasocial y fluido, que viaja por sí mismo. Es significativo el siguiente pasaje, tomado de la discusión de la primera Subcomisión de la Comisión para la Constitución del 6 de noviembre de 1946: "Moro declara su voto favorable a la fórmula, ya que corresponde a una preocupación evidente de orden político [...] relativa a la lucha contra el totalitarismo de Estado, que socava en primer lugar a la familia, para poder, por esta vía, socavar más fácilmente la libertad de la persona. Al declarar que la familia es una sociedad natural, se pretende establecer que la familia tiene su propio ámbito de orden autónomo frente al Estado, que, cuando interviene, se enfrenta a una realidad que no puede socavar ni cambiar". Los trabajos preparatorios pueden consultarse en línea en [www.nascitacostituzione.it](http://www.nascitacostituzione.it)

<sup>31</sup> Así, P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Turín, 2000, p. XXIII. Para una revisión del significado que debe darse a la expresión "sociedad natural fundada en el matrimonio" en el artículo 29 de la Constitución, véase. A.M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 589 ss.

<sup>32</sup> Corte Cost. 15 aprile 2010 n. 138, en G.U., 21 aprile 2010, n. 16, 1ª s.s., punto 9 del razonamiento: "los conceptos de familia y matrimonio no pueden considerarse "cristalizados" con referencia al momento de entrada en vigor de la Constitución, porque están dotados de la ductilidad propia de los principios constitucionales y, por tanto, deben interpretarse teniendo en cuenta no sólo las transformaciones del ordenamiento jurídico, sino también la evolución de la sociedad y de las costumbres".

con aquella en la que se redactó la norma. Hoy, en efecto, la tecnología adquiere un carácter de normalidad en la vida de los individuos y de la colectividad que el jurista no puede dejar de tener en cuenta. Si no fuera así, es decir, si la familia reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico fuera sólo aquella que se configura como una sociedad fundada en el dato de la naturaleza, la institución de la adopción de menores, implícitamente evocada en los artículos 30 y 31 de la Constitución, paradójicamente podría parecer no plenamente conforme con el artículo 29<sup>33</sup>.

En otras palabras, la Carta Constitucional italiana no parece sancionar directiva alguna sobre modalidades procreativas en el artículo 29, y mucho menos en el artículo 30, de donde más bien se extrae un precepto fundamental de cuidado, asistencia, protección jurídica y social de la prole ya nacida. En particular, la expresión "dentro o fuera del matrimonio" de este último artículo parece indicar una actitud tendencialmente neutra de la legislación constitucional con respecto al diferente contexto familiar en el que se produjo el nacimiento<sup>34</sup>.

La verdadera directriz que marca la Constitución respecto a la relación paterno-filial es la que se desprende de los artículos 30 y 31: la protección y el cuidado de los hijos. De hecho, el artículo 30, en su primer apartado, impone a los progenitores los mismos deberes y responsabilidades con

---

<sup>33</sup> M. C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, en *GenIUS*, 2018, 86.

<sup>34</sup> La fórmula, incluso con la limitación de la antítesis sobre la que pivota, parece de hecho dar cuenta de la pluralidad de modelos de familia y de pareja que ya eran pertinentes en el momento en que se redactó la Constitución. La doctrina, en una lectura actualizada de la norma, incluye la filiación en parejas con orientación homoafectiva unidas civilmente o convivientes de hecho. Sobre la cuestión de la filiación/paternidad dentro de las parejas *del mismo sexo* en el marco de la ley sobre uniones civiles y *convivencias*, véase L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2016, 1707 y ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, en AA.VV., en M. GORGONI (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 143 ss.; M. GATTUSO, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, en G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER (eds.), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, 38 ss., spec. 60 ss.; A. BELLELI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1819 y ss.; E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2017, 566 ss. Sobre la cuestión de la adopción por parejas unidas civilmente, véase V. BARBA, *Unione civile e adozione*, en *Famiglia e diritto*, 4, 2017, 381 y ss.; M. FARINA, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit...tacuit?*, en *Politica del diritto*, 1, 2017, 71 y ss.

respecto a su descendencia, sea cual sea el contexto en el que se haya generado. En el tercer apartado, sanciona la igualdad (tendencial) de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los miembros de la familia legítima. También asume como prioridad la protección y el cuidado de los hijos, delegando – en el apartado segundo – el posible desempeño de las funciones parentales en personas distintas de los progenitores en caso de incapacidad de éstos (y, a fortiori, de ausencia). El artículo 31 reafirma la importancia primordial del cuidado parental, atribuyendo al Estado un papel de asistencia y apoyo económico-social para la formación de las familias y el cumplimiento de sus deberes, y garantiza la protección de la maternidad, la infancia y la juventud<sup>35</sup>.

En definitiva, los derechos que el menor tiene frente al progenitor<sup>36</sup> se califican como verdaderos derechos de la personalidad del menor<sup>37</sup> y pueden resumirse en el derecho a alimentos, paternidad, educación, asistencia moral, protección y custodia, y audiencia.

El derecho a la manutención y el derecho a la educación adoptan la forma de una reivindicación predominantemente económica<sup>38</sup>. El derecho a la educación, en particular, se materializa en la obligación de los padres de sufragar los gastos y formalizar las elecciones en nombre del hijo, de acuerdo con los deseos de éste y en función de la capacidad alcanzada. Esta obligación, coordinada con la capacidad económica de la familia, puede extenderse también más allá de la educación obligatoria. El derecho a alimentos tiene un amplio alcance, que va más allá de la mera obligación de alimentos, implicando también gastos de vivienda, escolares, sanitarios, sociales y cualquier otro gasto que resulte ser en interés del menor y acorde con el nivel de vida de la familia<sup>39</sup>. Es una obligación que sólo cesa cuando el hijo, aunque ya sea mayor de edad, alcanza la independencia económica<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> M. C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., 87.

<sup>36</sup> Cabe señalar que, además de las disposiciones constitucionales antes mencionadas, los derechos del menor frente al progenitor también se deducen de otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los artículos 147 y 315-bis del Código Civil y la Ley 62/1983 de adopción.

<sup>37</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, la famiglia*, Giuffrè, Milán, 2017, 363.

<sup>38</sup> Y ello a pesar de que estos derechos no tienen carácter patrimonial, como señala *Ibid.* 364.

<sup>39</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 43.

<sup>40</sup> El concepto de autosuficiencia económica es, en la práctica, difícil de definir, ya que a

Al tratarse de un derecho de contenido patrimonial, nuestro sistema garantiza su cumplimiento mediante métodos eficaces, como la deducción directa de la prestación del salario del progenitor y las distintas acciones de cumplimiento.

En cambio, los derechos de asistencia moral y no pecuniaria son difíciles de aplicar y proteger.

El derecho a la asistencia moral se ha definido como el derecho a amar, es decir, a recibir cuidados afectuosos<sup>41</sup>.

También incluye el derecho del menor a ser complacido en sus inclinaciones y a desarrollar su personalidad en un entorno familiar adecuado. Por ejemplo, es derecho del menor, una vez que ha alcanzado una capacidad adecuada, decidir qué convicciones éticas, religiosas y políticas cultivar.

El derecho a la educación y a la protección y el derecho a ser oído son también derechos de contenido no pecuniario y podrían considerarse incluidos en el derecho a la asistencia moral<sup>42</sup>. El derecho a ser oído, aunque formulado en el Código desde un punto de vista procesal, también se ha entendido como el derecho del menor a ser oído por el progenitor, que debe tener en cuenta su opinión en todos los asuntos que le conciernan<sup>43</sup>. El derecho a la educación se refiere al deber de los padres de educar al menor de modo que adquiera plena madurez moral y social. Al hacerlo, los padres tienen la facultad de transmitir a su hijo sus convicciones éticas, morales,

---

menudo no sólo importa el quantum del salario, tanto como de la naturaleza del puesto de trabajo. Una vez alcanzada la independencia económica, dada la capacidad demostrada del hijo para trabajar, la obligación de alimentos cesa definitivamente y, aunque el hijo pierda su empleo en el futuro, no subsiste. A este respecto, se hace referencia a una reciente sentencia del Tribunal Supremo (Cass. ord., n° 17183/2020) que modificó profundamente las directrices anteriores sobre la pensión alimenticia del hijo mayor de edad de padres separados. El Tribunal Supremo, de hecho, afirmó que la obligación legal de alimentos "cesa con la mayoría de edad del hijo; después, la obligación subsiste cuando así lo establezca el juez" y que "la carga de la prueba de las condiciones que fundamentan el derecho a alimentos corresponde al solicitante". Para un análisis más detallado de la obligación de alimentos, véase F. DANOVI, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza alla prova: si inverte l'onus probandi?*, en *Famiglia e diritto*, 11, 2020, 1022 ss.

<sup>41</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, cit., 367 y ss. Para profundizar en la relevancia jurídica de los sentimientos y el amor como hecho productor de efectos jurídicos, véase P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, en C.M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015, 73 y ss.

<sup>42</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, en *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milán, 2007, 591 y 611, considera la educación y la instrucción, junto con el mantenimiento, como parte de un deber general de cuidado.

<sup>43</sup> En este sentido D. ACHILLE, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, en C.M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 62.

religiosas y políticas, según una orientación confiada a su arbitrio, pero en la medida de lo posible conforme a las inclinaciones del menor<sup>44</sup>. El deber de protección se deduce del marco general del Derecho de familia, ya que no está previsto en el texto<sup>45</sup>. Adopta la forma de una serie de comportamientos **destinados a preservar al menor de peligros potenciales o actuales**<sup>46</sup>.

Pues bien, estos derechos no patrimoniales están débilmente protegidos en nuestro ordenamiento jurídico. El incumplimiento del deber de educar a los hijos puede dar lugar a responsabilidad en *virtud* del artículo 2048 del Código Civil<sup>47</sup>. Por lo que respecta, más en general, a la asistencia moral, la jurisprudencia reciente ha precisado que la sanción prevista en los artículos *709-ter* y *614-bis del Código de Procedimiento Civil* no puede aplicarse al progenitor que se niega a ver al hijo, ya que el ejercicio del derecho de visita se deja a la libre determinación del progenitor y del propio hijo<sup>48</sup>. Por otra parte, la indemnización por daños morales será posible cuando la violación del derecho a la asistencia moral sea tan grave que dé lugar a la violación de un derecho constitucionalmente relevante y produzca un daño de *conformidad con* el artículo 259 del Código Civil<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, en *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, Utet, Turín, 2007, 311.

<sup>45</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 44.

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, el progenitor puede controlar la correspondencia del hijo, sus frecuentaciones, sus hábitos, prohibiéndole hacer determinadas cosas, siempre en relación con su estado de capacidad y autonomía. Véase M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, en *Comm. Schlesinger*, artt. 143-148, Giuffrè, Milán, 1990. Recientemente, la jurisprudencia Trib. Parma, de 5 de agosto de 2020, ha confirmado la potestad-deber de los padres de controlar el uso que sus hijos hacen de los teléfonos móviles, en particular de las redes sociales y apps de mensajería, incluso en la adolescencia.

<sup>47</sup> Entre otros, Tribunal de Casación n.º 4395/2012, en *Danno e Resp.*, 12, 2012, 1218, con nota de M. DIMATTIA; para más detalles, véase G. DE CRISTOFARO, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal minore*, en P. ZATTI (directo da), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, 1501 ss.

<sup>48</sup> Cass., ord. núm. 6471/2020, en *Fam. e Dir.*, 8-9, 2020, 792, con una nota de E. VULLO. En el sentido de la inoponibilidad sustancial del deber de asistencia moral S. PATTI, *Riflessioni conclusive*, en C.M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 1211 ss. En sentido contrario se pronuncia P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, en *Ibidem*, 85 y ss., quien subraya que una lectura de ese derecho coordinada con las normas internacionales pone de relieve también una dimensión compartida con los propios padres, es decir, un derecho de la familia a poder cultivar sus relaciones sin injerencias de terceros, públicos o privados. En este sentido, por ejemplo, los daños por la muerte de un cónyuge serían indemnizables.

<sup>49</sup> Es el caso del llamado daño por privación parental, un tipo de daño intrafamiliar que el Tribunal Supremo ha reconocido en los casos en que un progenitor se niega a reconocer al

El desinterés del progenitor por el hijo también puede sancionarse *en virtud de* los artículos 330 y 333 del Código Civil en los casos más graves<sup>50</sup>. Si dicho desinterés se concreta en un verdadero estado de abandono, se recurrirá a la declaración de adoptabilidad; se trata de casos extremos, habida cuenta de la preeminencia del derecho del menor a crecer en su familia de origen.

Es fundamental destacar cómo un reflejo de la importancia del deber de cuidado moral se encuentra en el requisito de "idoneidad y capacidad afectiva" para educar, instruir y mantener al menor exigido por el artículo 6 de la Ley de Adopción. De hecho, incluso hacia quienes ocupan el lugar de los padres biológicos, el menor tiene derecho a un cuidado afectuoso<sup>51</sup>. Dado que la adopción tiene por objeto proporcionar una familia al menor y, por lo tanto, se centra en el interés superior del menor y no en la autodeterminación procreativa del adulto, la indicación examinada adquiere especial importancia, dirigiendo al intérprete a identificar el interés superior del menor en el entorno familiar; es decir, utilizando la expresión del Tribunal Constitucional, la identificación del "'lugar' más adecuado para acoger y criar al recién nacido"<sup>52</sup>.

Para concluir el análisis sobre los derechos de los nacidos, es necesario subrayar que el ordenamiento jurídico italiano no sanciona explícitamente un derecho a nacer en una familia con dos progenitores, y mucho menos con dos progenitores de sexo opuesto<sup>53</sup>.

---

hijo y lo abandona por completo. Véase Cass. n.º 16657/2014, en *Foro It.*, 6, 1, 2015, 2149. Véase también Trib. Milano, 13 de marzo de 2017, en *Fam. e Dir.*, 4, 2018, 397, con nota de A. SCALERA, que se ocupó de un caso en el que el hijo, aunque reconocido, había sido completamente abandonado por el padre y, más recientemente, Cass., ord. núm. 11097/2020, que profundiza en el carácter permanente del agravio controvertido y en la fecha de inicio de la prescripción.

<sup>50</sup> Por otra parte, no puede descartarse la posibilidad de responsabilidad *en virtud* del artículo 572 del Código Penal, habida cuenta de que la jurisprudencia (la más reciente, Sala de Casación Penal, de 15 de enero de 2020, núm. 8145, en *cassazione.net*) exige, a efectos de la determinación de la causa, la existencia de convivencia entre el autor del delito y la persona ofendida, lo que es por definición incompatible con la situación de abandono paterno-filial de que se trata.

<sup>51</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 45.

<sup>52</sup> Expresión tomada de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de junio de 2019 n.º 221, que se analizará en detalle a continuación.

<sup>53</sup> A este respecto, es pertinente el artículo 3 de la Constitución, cuya preceptividad antidiscriminatoria debe subrayarse aún hoy: el canon de igual dignidad social del *particulier*

Esta prerrogativa se confunde a menudo con el derecho de bigenitorialidad<sup>54</sup>. Aunque el nombre puede evocar el derecho de un menor a tener dos padres, en realidad tiene un contenido muy diferente.

Afirmado ya con la reforma de 2006<sup>55</sup>, tras la consagración de la prevalencia de la custodia compartida sobre la custodia exclusiva, el llamado derecho a la bigenitorialidad no se recoge formalmente en nuestro Código hasta la reforma de 2013<sup>56</sup> y encuentra su expresión en el derecho del menor "a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de los progenitores", conforme al artículo 337-ter del Código Civil. Esta última disposición se encuentra en el capítulo II del título IX, relativo al ejercicio de la responsabilidad parental tras la separación de la pareja.

La colocación revela, por tanto, que se trata de un derecho estrechamente vinculado a los derechos de custodia y de visita y que adquiere sentido y finalidad tras la crisis de la pareja. Es decir, el legislador, al regular el destino del deber de apoyo moral tras el desplazamiento de uno de los progenitores, establece los principios de reparto de la responsabilidad parental y de garantía del acceso del menor también al progenitor no desplazado<sup>57</sup>. A la vista de lo anterior, no es de extrañar que el derecho a la bigenitorialidad encuentre una protección más pregnante en las relaciones entre los progenitores<sup>58</sup>.

Tampoco puede decirse que el derecho a nacer en una familia biparental se deduzca del artículo 6 de la Ley de Adopción, ya que la adopción también

---

y la igualdad de todos ante la ley sin distinción de sexo o de condiciones personales y sociales no debe ser obliterado y encuentra, si cabe, mayor fuerza y adherencia a la cuestión que nos ocupa en las disposiciones del Convenio de Roma sobre la prohibición de la discriminación por razón de sexo u otra condición (artículo 14) y de la Carta de Niza que se refiere explícitamente a la orientación sexual (artículo 21).

<sup>54</sup> Sobre el derecho a la bigenitorialidad A. MORACE PINELLI, *Provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, en C.M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 693 y ss. y A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 651 y ss.

<sup>55</sup> La referencia es a la Ley n° 54 de 8 de febrero de 2006.

<sup>56</sup> Decreto Legislativo n° 154 de 28 de diciembre de 2013.

<sup>57</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 46.

<sup>58</sup> Véase Cass., ord., 6 de marzo de 2020, n° 6471, cit. Además, es posible sancionar al progenitor que impide la aplicación del derecho de bigenitorialidad frente al otro progenitor impidiendo que el hijo mantenga relaciones con el otro progenitor, pero no se puede sancionar al progenitor que se niega a ver al hijo ni al hijo que se niega a ver al progenitor, salvo en los términos analizados anteriormente.

se permite para los *solteros*, en los casos de menores discapacitados y en los supuestos contemplados en letras *a* y *d* del artículo 44<sup>59</sup>.

Es importante destacar que es el conjunto de principios constitucionales sobre las relaciones paterno-filiales el que debe inspirar la regulación del aparato jurídico civil en materia de sujetos y relaciones familiares, y no a la inversa<sup>60</sup>. Estos principios, de igualdad, no discriminación, cuidado y protección de la prole, pueden adaptarse para regir la paternidad social y, en cualquier caso, no parecen prohibir en abstracto la procreación basada en artificios como la lograda mediante técnicas de procreación médicamente asistida.

Parte de la doctrina<sup>61</sup> considera que la aspiración a la paternidad se configura como una expresión de la personalidad de cada individuo y como tal está amparada por la Constitución. Se hace referencia, en particular, al artículo 2, que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre tanto en su condición de individuo como en los grupos sociales en que se desenvuelve su personalidad, y al artículo 3, que se refiere al pleno desarrollo de la persona humana como finalidad de las acciones que el Estado está llamado a emprender para salvaguardar la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En apoyo de este supuesto, se ha señalado que el Tribunal Constitucional, en relación con la prohibición de utilizar técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida, ha observado que, a pesar de que la

---

<sup>59</sup> Por el contrario, se trataría de un derecho discriminatorio, ya que no se aplicaría a todos los menores, sino sólo a los que no tienen capacidades diferentes. Aunque la *razón de ser* es fomentar la adopción de menores con anomalías, es innegable que, con mayor razón en el caso de estos últimos, es necesario prestar la máxima atención y asistencia al menor: ello sugiere que el legislador no establece una presunción de incapacidad parental para la monoparentalidad.

<sup>60</sup> En efecto, el conjunto de normas constitucionales sobre paternidad y filiación no puede ser sometido a una lectura "originalista", análoga a la que ciertas corrientes de pensamiento predicán para el matrimonio, dando lugar así a un vuelco del sistema de fuentes, que viene a conformar las normas constitucionales con la configuración que las instituciones familiares tenían en el Código Civil en los años en que se redactó y aprobó la Carta Fundamental. Para una crítica de la lectura originalista del artículo 29 de la Constitución, véase G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2014, 553 ss.

<sup>61</sup> Entre otros M. C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., 85 y ss.

Constitución no establece una noción de familia indisolublemente unida a la presencia de hijos<sup>62</sup>, "el proyecto de formar una familia caracterizada por la presencia de hijos, incluso con independencia del dato genético, es considerado favorablemente por el ordenamiento jurídico, en aplicación de los principios constitucionales, como lo demuestra la regulación de la institución de la adopción"<sup>63</sup>. Según este planteamiento, se trataría, por tanto, de una libertad, evidentemente no absoluta e ilimitada, sino sujeta -en su caso- a ponderación con otros intereses de rango constitucional que eventualmente pudieran pasar a primer plano<sup>64</sup>.

Otro principio que apoya esta tesis es el de la libertad de autodeterminación en la esfera privada y familiar, que está anclado constitucionalmente en los artículos 2, 3 y 31 de la Carta. El Tribunal Constitucional, también en este caso, ha intervenido aclarando que esta libertad ha de adscribirse a la esfera íntima y existencial de cada individuo, al ámbito de su vida privada y familiar<sup>65</sup>. La doctrina<sup>66</sup> ha señalado cómo en este caso el Tribunal Constitucional se refirió implícitamente a la disposición del CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo

---

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional nº 123/1990 y 189/1991.

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional 18 de junio de 2014 Nº 162, citado anteriormente, punto 6 de los fundamentos.

<sup>64</sup> El Tribunal Constitucional afirma la necesidad de un razonable equilibrio entre la salvaguarda de este derecho fundamental de las personas y los derechos de rango constitucional que pudieran verse perjudicados o comprimidos, sin que pueda afirmarse en abstracto la preeminencia de unos sobre otros y viceversa. Los Jueces de las Leyes sostienen finalmente que "la libertad y voluntariedad del acto que permite ser padre y formar una familia, en el sentido antes precisado, no implica ciertamente que la libertad considerada pueda ejercerse sin límites. Sin embargo, estos límites, aunque inspirados en consideraciones y convicciones éticas, aunque dignos de atención en un ámbito tan delicado, no pueden consistir en una prohibición absoluta, como ya se ha señalado, a menos que la misma sea el único medio de proteger otros intereses de rango constitucional" (el subrayado es nuestro). Así, el sacrificio de la elección libre y voluntaria de recurrir a técnicas de procreación médicamente asistida (de tipo heterólogo) puede estar sujeto a límites, pero sólo si es indispensable para garantizar la protección de intereses de igual rango. Tribunal Constitucional 18 de junio de 2014 núm. 162, cit.

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional 18 de junio de 2014 Nº 162, citado anteriormente, punto 6 de los fundamentos.

<sup>66</sup> U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2016, 1360 y ss.

8) y a la, que representa su evolución en el contexto europeo, del artículo 7 de la Carta de Niza<sup>67</sup>.

Por último, en este punto cabe señalar lo declarado por el Tribunal Constitucional, según el cual la aspiración a la paternidad, cuando no puede encontrar una realización natural, puede vulnerar el derecho a la salud en individuos en los que la frustración se traduce en una patología que compromete su bienestar psicofísico<sup>68</sup>.

Dicho esto, al sopesar los intereses en juego hay que considerar *en primer lugar* los derechos e intereses del menor, que constituyen el sentido, aunque no absoluto, de cualquier valoración prescriptiva y descriptiva de las relaciones jurídicas en las que una de las partes es un menor, incluidas las relaciones paterno-filiales. La filiación y la paternidad forman parte, a su vez, del significado normativo más amplio de las relaciones familiares, respecto de las cuales la evolución del ordenamiento jurídico ha llevado a considerar a la prole como centro y razón de ser de las mismas<sup>69</sup>.

En todo caso, la superioridad y preeminencia del interés superior del menor no deben aceptarse como axiomas previamente asumidos de forma apodíctica, sino como criterios en el acto de ponderación dirigido a orientar el resultado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de Nueva York, dando así la debida efectividad a la fórmula<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva, la superioridad o preeminencia deben tomarse como elementos que afectan al modo en que han de utilizarse los criterios interpretativos de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación y cautela para

---

<sup>67</sup> El Tribunal Constitucional confirma así la solidez metodológica de un enfoque hermenéutico, ya vapuleado por intérpretes teóricos y prácticos, de lectura coordinada de las disposiciones constitucionales, de las convencionales (ni siquiera demasiado interpuestas) y de la jurisprudencia del Tribunal Edu, y de las de la Unión Europea consignadas en la Carta de los Derechos Fundamentales.

<sup>68</sup> Tribunal Constitucional 18 de junio de 2014 núm. 162, citado anteriormente, punto 7 del razonamiento.

<sup>69</sup> R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, en *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2017, 952 y ss.

<sup>70</sup> El artículo 3 de la Convención de Nueva York de 1989 compromete a los Estados firmantes y a cada institución (pública y privada) en *todas las* actuaciones (contexto, acción, decisión) a considerar primordialmente "el interés superior del menor"; a este respecto, véase M. RIONDINO, *Il primato giuridico e morale del concetto di interesse del minore*, en M. T. BORRELLI, M. NARDELLI (eds.), *Prima i Piccoli. La Convenzione sui diritti del fanciullo e il protagonismo dei ragazzi*, Ave, Roma, 9 ss.

garantizar la búsqueda del interés superior del menor para su sano y armonioso desarrollo psicofísico<sup>71</sup>.

### 3. Modelos procreativos y *status filiationis*.

La estructura actual de la familia en Italia, a la luz de las reformas de los últimos cuarenta años<sup>72</sup> y especialmente de las intervenciones más recientes<sup>73</sup> aparece volcada respecto a la tradicional. De hecho, a raíz de las reformas relativas a la filiación y a las relaciones de pareja, surge una nueva dimensión de contraste entre un frente unitario y una realidad plural. Anteriormente, existía una pluralidad de *status filiationis* - legítima, natural reconocida, natural no reconocida o irreconocible<sup>74</sup> - y un único modelo jurídico que regulaba la relación entre las parejas, a saber, el matrimonio. Hoy, la relación de filiación se ajusta a la unicidad de *estatus*, mientras que la de pareja se ha hecho plural, pudiendo adoptar las formas de matrimonio, unión civil, y las - a su vez multiformes- convivencias, que se convierten en posibles modelos de familia. Observando el dato normativo, en nuestro ordenamiento jurídico la reconstrucción de la familia parece calibrarse sobre la filiación y ya no

---

<sup>71</sup> G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minor (tra norme e principi)*, en P. PERLINGIERI, S. GIOVA (eds.), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale 3-4-5 maggio 2018, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2019. Sobre este punto, véase también G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 534 ss.; G. BALLARANI, *Contenuti e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, en *Dir. fam. pers.*, II, 2014, , 841 ss.

<sup>72</sup> A partir de la reforma del Derecho de familia por la Ley 151, de 19 de mayo de 1975; P. SCHLESINGER, *Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia*, en *Fam. e Dir.*, 2015, 969.

<sup>73</sup> Nos referimos, en particular, a la Ley n.º 219/2012, al posterior Decreto Legislativo n.º 154 de 2013, así como a la Ley n.º 76/2016.

<sup>74</sup> V. CARBONE, *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, en *Fam. Dir.*, 2015, 972.

sobre el matrimonio<sup>75</sup>. Tal resultado sería fruto de la reforma de la filiación<sup>76</sup> que parecería proponer un nuevo elemento central en la identificación de la familia en sentido jurídico, aparentemente capaz de hacer que situaciones distantes entre sí en la conformación familiar<sup>77</sup>. La reforma del Derecho de familia de 1975, si bien había eliminado muchas de las distinciones entre los hijos, había dejado abierta la distinción entre hijos legítimos - en cuanto nacidos durante el matrimonio, posteriormente legitimados o incluidos en la familia legítima tras la adopción plena en *virtud* del artículo 6 de la Ley 184/83 - e hijos naturales, liberados, sin embargo, del estigma terminológico de la ilegitimidad<sup>78</sup>. El Tribunal Constitucional había intervenido para censurar ciertas disparidades de trato, ampliando, por ejemplo, la posibilidad de determinar la filiación natural<sup>79</sup>, al tiempo que se mantenía inamovible sobre ciertas distinciones. Por ejemplo, sostuvo que la relación entre parientes

---

<sup>75</sup> Un estudio publicado por el ISTAT en 2014 y dedicado a las encuestas realizadas por el Instituto sobre la evolución de la natalidad en Italia en la década de 2000 muestra cómo, si bien el número de nacimientos fuera del matrimonio ha seguido una tendencia constante al alza desde la década de 2000, alcanzó el doble de unidades en los dos años anteriores a la reforma de la filiación de 2012. Esta circunstancia es identificada expresamente por el Instituto Nacional en la apertura de la propia encuesta como una "peculiaridad importante de la década de 2000": "Los nacimientos fuera del matrimonio, por el contrario, han pasado del 10% del total de nacimientos en 1999 (53.500 unidades) al 20% en 2009 y alcanzan el 25% en 2012 (132.000 unidades): en la actualidad, por tanto, uno de cada cuatro menores tiene padres no casados"; cf. *Tener hijos en Italia en la década de 2000. Insights from the sample surveys on births and mothers*, Istituto Nazionale di Statistica, Roma, 2014, 10-11. Esta cifra sigue aumentando constantemente. Según el último informe disponible en el sitio web del ISTAT, relativo al año 2021 y publicado el 19 de diciembre de 2022, los menores nacidos fuera del matrimonio representan ya el 39,9% del total de nacidos; Informe Natalidad y Fecundidad de la población residente, ISTAT, p. 2 (<https://www.istat.it/it/files//2022/12/report-natalita-2021.pdf>).

<sup>76</sup> Se trata de la ley n° 219 de 2012. Sobre este punto, remitimos, sin ánimo de exhaustividad a las aportaciones doctrinales de M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2013; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, 2014, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015; R. PANE, *Nuove frontiere della famiglia*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2014; C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, cit., 2014.

<sup>77</sup> Sobre la evolución de la disciplina de la filiación italiana y la pérdida de centralidad del requisito del matrimonio, véase F. GIARDINI, *Filiation inside and outside marriage: the principle of Equality in Family Relations from a historical and comparative legal perspective*, in *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2013, 263 y ss.

<sup>78</sup> M. MANTOVANI, *La filiazione legittima*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, Milán, 2002, 45.

<sup>79</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia - Aggiornamento 2014: La riforma della filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2014, 2.

naturales debía considerarse, de conformidad con las disposiciones combinadas de los entonces aplicables artículos 74 y 258 del Código Civil<sup>80</sup>, como una mera relación de hecho de consanguinidad y, por tanto, no como un vínculo de parentesco, lo que excluía el nacimiento de derechos sucesorios en la línea colateral<sup>81</sup>. Pues bien, la reforma de la filiación ha cambiado radicalmente la perspectiva. La Ley n.º 219 de 2012 consta de solo seis artículos, el segundo de los cuales contiene una amplia delegación al Gobierno para que adopte todas las modificaciones de la disciplina de filiación destinadas a eliminar toda discriminación entre los menores, incluidos los adoptivos, en deferencia al principio recién introducido de la unicidad del *estatuto del menor* a que se refiere el artículo 1 de la misma ley. Entre las innovaciones contenidas directamente en la ley habilitante y no en el decreto legislativo posterior -Decreto Legislativo n.º 154 de 2013- se encuentra la nueva redacción del artículo 315 del Código Civil, desarrollada por el apartado 7 del artículo 1. La nueva redacción establece que "todos los menores tienen el mismo estatuto jurídico"<sup>82</sup>. Con la supresión de las

---

<sup>80</sup> De hecho, se interpretó que las disposiciones combinadas de los artículos anteriores impedían la propagación del parentesco. En particular, era preclusivo -con el concepto de parentesco como personas que descienden de un mismo ascendiente- el artículo 258 del Código Civil, que establecía que el reconocimiento sólo produce efectos respecto del progenitor del que procede. Véase, P. UBALDI, *La posizione del figlio naturale*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiation*, cit., 262. Para un análisis crítico del problema tras la reforma, véase A. MORACE PINELLI, *Il problema della rilevanza giuridica della c.d. parentela naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 345.

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional n.º 53/2000, descartó la ilegitimidad constitucional del artículo 565 del Código Civil en la parte en que no preveía, en consideración a los artículos 3 y 30 de la Constitución, la ampliación de la categoría de herederos legítimos más allá de las personas a las que la comprobación de la filiación natural producía efectos en base al artículo 258 del Código Civil y, por tanto, a los padres naturales únicamente, excluyendo así a los parientes naturales. A este respecto, el Tribunal de Casación había reiterado en varias ocasiones que, a falta de reconocimiento de un *estatuto* único *filiationis* capaz de conducir a una concepción orgánica del parentesco, debe excluirse la sucesión legítima de los llamados parientes naturales, al margen de la relación entre padres e hijos; véase, más recientemente, la casación n.º 19011/2007.

<sup>82</sup> Artículo 1º El párrafo 1º de la Ley n.º 219/2012 modifica el artículo 74 del Código Civil, reformando la noción de filiación. Esta es la enmienda que más concreta la singularidad del estatuto jurídico del menor. La noción tradicional de parentesco como vínculo entre personas que descienden de un mismo antepasado queda flanqueada por la aclaración de que las circunstancias del nacimiento son irrelevantes, de modo que el parentesco se propaga por ley "tanto en el caso de que la filiación haya tenido lugar dentro del matrimonio, como en el caso de que haya tenido lugar fuera de él, y en el caso de que el hijo sea adoptado" y salvo la excepción prevista para la adopción de personas mayores de edad, prevista en el artículo 291 y siguientes del Código Civil.

etiquetas de "hijos legítimos" e "hijos naturales"<sup>83</sup>, en virtud del nuevo artículo 315 del Código Civil, el Derecho italiano "sólo conoce a los hijos"<sup>84</sup>, sin hacer distinciones en cuanto a derechos y deberes en la relación entre padres e hijos y en su inclusión en la unidad familiar. De hecho, el artículo 315 bis del Código Civil, también introducido por la misma Ley 219/2012, explicita, entre otros, el derecho a crecer en familia. El estatuto de soltería de los hijos, por tanto, no es sólo una prohibición de trato desigual o una proclamación de la igualdad de todos los hijos<sup>85</sup>, sino que también significa que el matrimonio ya no es relevante a la hora de definir el estatuto jurídico de los hijos<sup>86</sup>. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la unificación de los hijos supone la derogación de instituciones que se basaban en una posición privilegiada de legitimidad, como la legitimación y el derecho de conmutación en la comunidad hereditaria<sup>87</sup>. También se suprime la prohibición preexistente de reconocer a los llamados "hijos incestuosos"<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> M. PARADISO, *L'unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente*, en C. M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2014, 27.

<sup>84</sup> C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1.

<sup>85</sup> G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, en *juscivile*, 2013, 134. La parte de la doctrina que critica la Reforma considera que el efecto del estatuto único de filiación sería eliminar implícitamente la noción misma de *estatuto*, ya que el hijo se convierte en tal en virtud del nacimiento, sin que ninguna interposición del Derecho haga de una realidad social también una realidad jurídica; A GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. El singular estatuto del menor en la época del eclipse del Derecho civil*, en *Europa y el Derecho privado*, 2018, 387.

<sup>86</sup> G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, en *Famiglia e diritto*, 2015, 952. La doctrina es unánime al respecto, véase también L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 207; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padua, 2021, 281; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, cit.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, cit.; C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, cit.

<sup>87</sup> M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, en C. M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2014, 7. Por otra parte, la norma establecida en el artículo 252 del Código Civil italiano, relativa a la inclusión del hijo extramatrimonial en la familia de su progenitor, sigue siendo desconcertante. No se percibe, en efecto, cómo el mismo hijo debe seguir reglas distintas de las -incluso informales- que regulan la convivencia de cualquier pariente (por ejemplo, un ascendiente) en la unidad familiar, así como cómo puede distinguirse la situación desde la perspectiva inversa en la que es un hijo de un matrimonio anterior el que se inserta en una nueva unidad familiar formada sin vínculos entre los adultos de la pareja; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017, 264.

<sup>88</sup> La nueva norma del artículo 251 del Código Civil admite en todos los casos el reconocimiento del hijo nacido de relaciones incestuosas entre parientes o parientes políticos, supeditado a la necesidad de autorización judicial. Esta última tiene por objeto evitar que el menor sufra perjuicio alguno y se concede teniendo en cuenta sus intereses. En relación con

Todos los menores gozan entonces del mismo estatuto jurídico, recogido en el artículo 315 bis del Código Civil<sup>89</sup>.

No obstante, el marco legislativo sobre el establecimiento de la relación de filiación en Derecho no asume un aspecto unitario. De hecho, la regulación de la atribución de los *estatutos* familiares de hijo y progenitor está fragmentada en al menos tres lugares distintos. De hecho, la *condición de hijo*, que es única en cuanto a *estatuto* y derechos conexos, corresponde a normas de atribución de la paternidad no sólo diferenciadas, sino también situadas de forma diferente<sup>90</sup>. Queriendo desglosar los supuestos de filiación presentes en nuestro ordenamiento jurídico y considerar cuáles son para el Derecho los presupuestos del nacimiento de una relación de filiación -con la atribución en cada uno de ellos de los relativos *estatutos* familiares- parece posible aislarlos en los siguientes términos<sup>91</sup>.

---

la eliminación de las consecuencias de la culpa de los padres sobre el estatuto jurídico de los hijos, véase T. AULETTA, *La filiazione derivante da incesto*, en C. M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 230 y ss.; G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, en [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2013, 5. Sigue existiendo, sin embargo, una protección mínima concedida a los menores que se encuentran en la imposibilidad de acceder al *estatuto*, garantizada por los artículos 279, 580, 594 del Código Civil, que en su conjunto garantizan al menor "sin estatuto" el derecho a alimentos y derechos sucesorios limitados; S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2015, 223 ss; E. FAZIO, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2018, 31 y ss.

<sup>89</sup> la gran innovación de la unicidad de estatus se mueve en el plano de la propagación del parentesco. En efecto, el art. 74 del Código Civil debe leerse en relación con el art. 258 del Código Civil en materia de reconocimiento, que prevé expresamente que el acto de reconocimiento produce efectos respecto del progenitor del que procede y respecto de sus parientes. La norma resultante pretende eliminar la distinción preexistente entre un *estatuto del hijo* pertinente únicamente en las relaciones con el progenitor y un *estatuto capaz* de incluir al hijo también en la familia parental de este último.

<sup>90</sup> La propia ubicación de ciertos "tipos" de filiación fuera de la legislación codificada -especialmente la filiación adoptiva- puede resultar una opción distintiva en comparación con las reformas más recientes de la filiación aplicadas en algunas jurisdicciones occidentales, que han tratado de incluir los diferentes "tipos legales" de filiación en un texto único, creando un sistema armonioso de atribución parental.

<sup>91</sup> En la doctrina, hay quien ha defendido que las clasificaciones propuestas deberían completarse con un supuesto de filiación "ilegal", es decir, obtenida mediante prácticas no permitidas por la ley (como la maternidad subrogada del artículo 12 de la Ley 40/2004); R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, cit., 952. Sin embargo, hablar de ilicitud en relación con la filiación aparece y como un sinsentido jurídico, estando el fenómeno de la filiación en sí mismo desprovisto de toda posibilidad de conexión con juicios de licitud. Lo ilícito es, si acaso, la conducta procreadora realizada por los progenitores sociales, que puede llevar a cuestionar la idoneidad del

*En primer lugar, un supuesto universalmente aceptado para la constitución del vínculo de filiación es el de la procreación natural<sup>92</sup>. En este primer caso, la filiación se define como "biológica", para evitar cualquier posible confusión atribuible al solapamiento preexistente entre la expresión filiación natural y las circunstancias del nacimiento de un hijo fuera del matrimonio, y es la resultante de la unión sexual de una pareja de distinto sexo. Encuentra su regulación dentro de la disciplina codificada, en el Título VII, cuyo articulado ha sido renovado casi en su totalidad por el decreto legislativo 154 de 2013.*

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley los dos tipos de filiación denominada legal, que se basan en una asunción -aunque diferente- voluntaria de la función de cuidado del hijo: la adopción y la procreación médicamente asistida.

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un modelo de paternidad basado únicamente en el vínculo biológico entre padre e hijo. En efecto, hoy en día, como consecuencia del progreso científico-tecnológico y de la evolución cultural, pueden reconocerse tres tipos diferentes de filiación a los que cabe remontar la constitución del *status filiationis*: la de la procreación natural, la de la adopción legitimante y la de la procreación médicamente asistida. La paternidad en estos dos últimos casos, en los que el aspecto voluntarista prevalece sobre el dato biológico-genético, se define como "social" o "afectiva".

### 3.1. Paternidad biológica: procreación natural.

La paternidad biológica es la que tiene su origen en la procreación natural. Progenitor es, por tanto, aquel que, mediante su propia aportación genética y funcional<sup>93</sup>, ha propiciado la generación de otra persona (la llamada filiación

---

reconocimiento de una responsabilidad de cuidado del hijo, pero que no se traslada automática y reflexivamente a la posición del hijo.

<sup>92</sup> Filiación equivale, en este sentido, a "generación"; M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, Milán, 2002, 8.

<sup>93</sup> La propia Constitución, en su artículo 30, garantizaría el llamado principio de responsabilidad por la procreación, estableciendo una relación de derecho-deber entre quien procrea y quien ha sido procreado, véase G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, Turín, 2006, 66. En efecto, la doctrina dominante sostiene

por consanguinidad). Como se mencionó anteriormente, la disciplina de referencia se encuentra en el Título VII del Código Civil, reformado por el decreto legislativo 154 de 2013.

La reforma de la disciplina de la filiación ha dado lugar a la unificación del estatuto del hijo, de modo que los efectos de la relación de filiación son sustancialmente los mismos tanto si el hijo nace fuera como dentro del matrimonio. En cambio, las modalidades para establecer la condición de hijo matrimonial y extramatrimonial y, en consecuencia, las acciones de estado siguen siendo diferentes: por una parte, sobre un conjunto de presunciones; por otra, sobre el elemento de voluntariedad, manifestado mediante una declaración especial. En particular, por lo que respecta a la adquisición de estatuto, la posición de la madre se considera separadamente de la del padre, al igual que la ausencia o presencia del vínculo matrimonial. La constatación de la situación en el ámbito del matrimonio tiene lugar respecto de ambos cónyuges como consecuencia de la declaración de nacimiento efectuada por la mujer casada (art. 231 del Código Civil). De acuerdo con el principio de que *mater sempre certa est*, en el Código Civil, la maternidad está vinculada al parto y la identificación de la madre se vería facilitada por hechos tan difíciles de ocultar como el embarazo y el parto. De hecho, aunque el apartado 2 del artículo 269 del Código Civil admite genéricamente cualquier medio de prueba para determinar la maternidad y la paternidad, el tercer párrafo del mismo artículo deja claro que la prueba de la maternidad debe confirmar la identidad entre la persona que afirma ser hijo de una mujer determinada y el hijo que dio a luz. El hecho naturalístico del parto es, por tanto, el elemento decisivo para calificar jurídicamente como madre a la que dio a luz al hijo, sin perjuicio del ejercicio del derecho al anonimato<sup>94</sup>. Suponiendo que el

---

que la identificación de la procreación como momento genético del deber conlleva en nuestro ordenamiento jurídico la configurabilidad de una denominada responsabilidad endofamiliar conectada con la no asunción del rol parental. Se trata de una cuestión amplia y no exenta de problemas, para la que remitimos, sin pretender ser exhaustivos, a P. CENDON, *La famiglia e le persone. Vol. II*, Utet, Milán, 2008, 368 y ss.; G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, en M. SESTA (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, Milán, 2008, 204.

<sup>94</sup> El apartado 1 del artículo 30 del Decreto Presidencial 396/2000, que contiene las normas sobre el estado civil, prevé la posibilidad de que la madre declare su deseo de no ser nombrada en el certificado de nacimiento. Este no es el lugar para entrar en la cuestión del ejercicio del derecho al anonimato y su equilibrio con el derecho del menor a conocer sus orígenes. Cabe mencionar, no obstante, que el Tribunal Constitucional, en una sentencia aditiva, modificó el

nacimiento sea la circunstancia fundante de la atribución de la paternidad<sup>95</sup>, las pruebas genéticas sólo son pertinentes como prueba de apoyo de otras pruebas que demuestren la conexión entre la madre y el hijo. En cuanto a la posición paterna, la determinación de la paternidad se confía, como es sabido, para los nacidos dentro del matrimonio, a una presunción (artículo 231 del Código Civil). Fuera del matrimonio, el establecimiento de la filiación presupone el reconocimiento (artículo 250 del Código Civil)<sup>96</sup> o la declaración judicial (artículo 269 del Código Civil).

### 3.2. Paternidad social.

El modelo que acabamos de analizar era en el que, hasta hace bastante poco, se centraba el estudio de la familia en el mundo occidental. Este modelo tradicional, formado por una pareja heterosexual casada e hijos biológicos, gozó de un trato privilegiado no sólo en el plano social, sino también en el

---

artículo 28 § 7 de la Ley n.º 184/1983, introduciendo la posibilidad, a petición del menor, de volver a interrogar a la madre para averiguar si tenía intención de revocar su declaración de anonimato. En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado constitucionalmente contraria a Derecho la irreversibilidad de la opción materna por el anonimato, dada la necesidad de coordinar, por un lado, el derecho al anonimato materno y, por otro, el derecho a conocer los propios orígenes como expresión del derecho a la identidad personal (Tribunal Constitucional, núm. 278/2013). En la inercia legislativa que se prolongó durante años, el Tribunal Supremo intervino entonces para definir los métodos de acceso; véase por todos C. GRANELLI, *Il c.d. 'anonimo parto ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di 'dialogo' fra Corti*, in *juscivile*, 2016, 564 ss. Más recientemente, el Tribunal ha dictaminado que el derecho del menor a conocer sus orígenes prevalece si, en el tiempo transcurrido entre el nacimiento y la solicitud presentada por el menor, la madre estuvo ausente; Cass. n.º 3004/2018. Además, en el pasado, el Tribunal de Casación declaró que la cuestión de constitucionalidad de la norma por violación del principio de igualdad, vinculada a la falta de una facultad similar para el padre, era manifiestamente infundada: en efecto, se trata de una facultad concedida a la mujer para evitar que recurra a medidas extremas como el aborto o el infanticidio con el único fin de no ser madre del recién nacido y que, como tal, no concierne al padre; Cass. n.º 9727/2010.

<sup>95</sup> El establecimiento de la relación de filiación queda garantizado por la partida de nacimiento, inscrita en los registros del estado civil, que también constituye un medio de prueba privilegiado en virtud del artículo 236 del Código Civil. En su ausencia, se aplica la norma de posesión de estado prevista en el artículo 237 del Código Civil.

<sup>96</sup> Sin perjuicio del principio de identidad entre madre y parto, fuera del matrimonio, en nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad también se establece sobre la base de un acto voluntario, en contra de los automatismos que operarían en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos; G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, en *GenIUS*, n.º 2, 2017, 8.

jurídico<sup>97</sup>, ya que fue el punto de partida de la legislación familiar hasta la década de 1970<sup>98</sup>.

En los últimos años, los acontecimientos demográficos, sociológicos, culturales y científicos han provocado una evolución en la concepción social del significado jurídico de la noción de "familia"<sup>99</sup>. La familia en la sociedad contemporánea es, pues, el resultado de diversos procesos de desestructuración<sup>100</sup> que, desde los años ochenta, han afectado al modelo de familia nuclear y multiplicado sus formas, roles y culturas.

Esta diversificación del modelo familiar tradicional ha puesto de manifiesto otro fenómeno, definido, a escala europea y *no europea*, con el término sintético de "parentalidad social", en el que se utiliza el adjetivo "social" para distinguir esta forma de parentalidad de la forma tradicional de parentalidad derivada de la descendencia biológica que caracteriza la estructura familiar típica. De hecho, un "progenitor social" se define como una persona que ejerce funciones parentales (de cuidado, asistencia y manutención) respecto a un hijo basándose únicamente en una relación afectiva y no también, precisamente, en la ascendencia biológica.

El del progenitor social, por tanto, es un papel sustancial, que se da principalmente en dos tipos de familias: en las llamadas familias reconstituidas<sup>101</sup> (es decir, formadas por parejas, aunque no estén casadas (y,

---

<sup>97</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 15

<sup>98</sup> Hasta la citada reforma del Derecho de familia en 1975; véase G.O. CESARO, P. LOVATTI, G. MASTRANGELO, *Introduzione*, en Id. (ed.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014, 15.

<sup>99</sup> R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, en ID. (ed.), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2014, 25.

<sup>100</sup> Entre los diversos fenómenos implicados en este proceso de pluralización se encuentran el cambio del papel de la mujer, en el seno de la familia y en la esfera pública, el reconocimiento de la facultad de disolución del matrimonio, el advenimiento de formas de familia "nuevas" sólo desde el punto de vista del derecho, y no de la realidad social, diferentes del modelo originalmente esculpido en el código civil, como las parejas de hecho, las parejas del mismo sexo, las familias monoparentales, y la aparición de modelos étnica y religiosamente diversos. Véase sobre el tema A. BONOMI, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, en G.O. CESARO, P. LOVATTI, G. MASTRANGELO (eds.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, cit., 25.

<sup>101</sup> Desde un punto de vista terminológico, algunos las definen como "recompuestas"; otros "reconstituidas", utilizando la expresión "familia recompuesta" para indicar el fenómeno

por tanto, también del mismo sexo), y por los hijos nacidos o adoptados durante una relación afectiva anterior mantenida por uno de ellos o por ambos con otra pareja, a los que a menudo se añaden los hijos de la nueva pareja; o en las (también homosexuales) formadas tras el acceso a técnicas de procreación heteróloga médicamente asistida, las llamadas familias multisexuales.<sup>102</sup>.

Como algunos habían previsto, la evolución médico-científica ha afectado, de hecho, aún más al fenómeno familiar, posibilitando intervenciones sobre la reproducción humana no sólo en sentido negativo (técnicas anticonceptivas y aborto), sino también en sentido positivo<sup>103</sup>. Nos referimos, una vez más, a las técnicas de procreación médicamente asistida (PMA), que han permitido una "reproducción sin sexualidad" e independiente del vínculo matrimonial.

Pues bien, el rápido desarrollo de la ciencia médica y el creciente índice de infertilidad y/o esterilidad entre las parejas han propiciado la aparición, junto a la filiación natural y adoptiva, de la denominada "filiación asistida"<sup>104</sup>. Esta nueva forma de filiación se basa en la asunción del cuidado voluntario del menor. El aspecto voluntario -aunque de forma diferente- también caracteriza a la institución de la adopción. En ambos casos, dado que el hecho biológico-genético no es relevante, la paternidad se define como social o afectiva.

De hecho, la ampliación de las posibilidades de elección individual fuera de los marcos biológicos, temporales y sociales "naturales" ha puesto en entredicho la unidad de los factores biológicos y voluntaristas. Precisamente al acentuar el papel del elemento voluntarista en la esfera procreativa, la

---

diferente de las unidades familiares que establecen un vínculo entre ellas para compartir las obligaciones parentales (S. MAZZONI, *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte*, Giuffrè, Milán, 2002); otros aún utilizan indistintamente ambas expresiones (M. BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, il Mulino, Bolonia, 1990, 32). En cambio, R. NEUBURGER, M. NEUBURGER, *I terapeuti e le famiglie ricomposte*, en *Connessioni*, 8, 2001, 25-31, prefieren llamar a estas familias "pluricomposte".

<sup>102</sup> Así lo define F. UCCELLA, *Dalla 'famiglia pluriematica' alla 'famiglia putativa' come soggetto giuridico: prime considerazioni*, en *Famiglia*, 2005, 447 y ss., aludiendo a la pérdida de relevancia del vínculo de consanguinidad.

<sup>103</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 18.

<sup>104</sup> G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padua, Cedam, 2013, 21.

revolución reproductiva ha suscitado la necesidad de revisar las definiciones jurídicas de la paternidad y la maternidad<sup>105</sup>, que ya no pueden vincularse exclusivamente al material genético como en el caso de la procreación biológica<sup>106</sup>.

La familia tradicional, más que desaparecer, puede considerarse en transformación. En este sentido, parece más apropiado hablar de "no familias, sino modelos de familia"<sup>107</sup>. Los procesos de cambio desencadenados por las innovaciones antes mencionadas aún no han llegado a su fin, por lo que el modelo familiar actual se encuentra en plena mutación.

Dicho esto, el uso de técnicas de AMPA conlleva inevitablemente la existencia de una multiplicidad de figuras parentales. Las funciones de maternidad y paternidad -una vez unitarias- se fragmentan en varios componentes que pueden atribuirse abstractamente a distintos sujetos.

Y así, junto al progenitor biológico, surge la figura diferenciada del progenitor social. Ante este fenómeno, el jurista y el intérprete deben establecer cuáles de los participantes en el proceso procreativo intervienen en las relaciones de paternidad, maternidad y filiación. Además, cuando surge un conflicto entre las diversas partes implicadas en el proyecto procreativo, el jurista también está llamado a desenmarañar las complejas relaciones entre las múltiples y competidoras figuras parentales o aspirantes a padres.

La fragmentación de la paternidad y el descubrimiento de nuevas técnicas reproductivas conducen a menudo a la aparición de hechos humanos, no contemplados por la ley, respecto de los cuales ésta carece a menudo de soluciones adecuadas o de soluciones por basarse en esquemas y supuestos diferentes.

En cualquier caso, en lugar de enmarcar la cuestión en una perspectiva adultocéntrica, cuestionando quién tiene un posible "derecho" a ser considerado padre o madre, habría que preguntarse *primero en base a* qué circunstancias un menor recibe la *condición de* hijo de determinadas personas<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> *Ibid*, 32.

<sup>106</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 20.

<sup>107</sup> G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., 27.

<sup>108</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 30.

La cuestión de la determinación del *status filiationis* no sólo se plantea en el contexto de las técnicas de procreación asistida, sino que también es pertinente en relación con las familias adoptivas homoparentales.

Como se expondrá con más detalle, sin dejar de ser dos acontecimientos marcadamente distintos, tanto la adopción como la PMA heteróloga realizan la filiación a través del "injerto" -en un caso social y afectivo y en el otro físico<sup>109</sup> - y, en consecuencia, producen una paternidad social que no se corresponde en *su totalidad con la paternidad genética*<sup>110</sup> .

### 3.2.1. Procreación médicamente asistida.

Las técnicas de reproducción desarrolladas por la investigación científica han puesto en tela de juicio categorías y conceptos previamente establecidos en la sociedad, como los de "familia" y "paternidad", lo que ha llevado a los juristas a enfrentarse a cuestiones jurídicas novedosas<sup>111</sup> .

En particular, las cuestiones problemáticas que plantean los avances científicos implican temas éticamente controvertidos que afectan a aspectos de la vida privada de cada individuo y se entrecruzan inevitablemente con el ámbito jurídico<sup>112</sup> .

Este complejo ámbito incluye el tema de la procreación médicamente asistida, regulado por la Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004.

La procreación médicamente asistida -también conocida como PMA- siempre ha estado en el centro de un intenso debate y es uno de los temas que

---

<sup>109</sup> G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, en *Convegno Annuale del Gruppo di Pisa*, Catania, 7-8 de junio de 2013, 57, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/FAMIGLIETTI.pdf> .

<sup>110</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 31.

<sup>111</sup> Compárense las observaciones de L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, en A. CELOTTO, N. ZANON (eds.), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milán, 2004, 39 y ss.

<sup>112</sup> Sobre la difícil relación entre ciencia y derecho véase, entre muchos, F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Turín, 2001; A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Ce dam, Milano, 2021; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Turín, 2012; G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 2017.

más centran la atención de los académicos y la jurisprudencia, pero también de la sociedad civil. Es una técnica de inseminación que permite la fecundación de un gameto femenino (ovocito) por un gameto masculino (espermatozoide) no por medios naturales, sino artificialmente<sup>113</sup>.

Tras una accidentada *tramitación* parlamentaria, el fenómeno fue regulado por el legislador con la Ley 40/2004<sup>114</sup>, que admitió y reguló la denominada fecundación homóloga<sup>115</sup> para "parejas de personas de distinto sexo, casadas

---

<sup>113</sup> Más concretamente, la terminología "procreación médicamente asistida" se refiere al conjunto de técnicas médicas que permiten la concepción de un ser humano sin la unión física de un hombre y una mujer, que se realiza en el interior (inseminación artificial intracorpórea o inseminación artificial in vivo) o en el exterior (inseminación artificial extracorpórea o inseminación artificial in vitro) del aparato genital de la mujer y utilizando gametos pertenecientes a la misma pareja que se somete a las técnicas (inseminación homóloga) o procedentes total o parcialmente de donantes externos (inseminación heteróloga); M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET, Turín, 2007.

<sup>114</sup> Regulado por la Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004 "Reglamento sobre procreación médicamente asistida". La literatura jurídica sobre el tema es muy extensa, por lo que las referencias bibliográficas citadas son necesariamente incompletas. Para los antecedentes históricos, el debate parlamentario y el contenido de la ley, véase C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Giappichelli, Turín, 2004; para un examen de los aspectos jurídicos más relevantes, véase E. CAMASSA, C. CASONATO (eds.), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, 2005; M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA (eds.), *Seminari di diritto di famiglia*, Milán, 2005, 351-429; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (eds.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit.; para un examen analítico del texto legislativo, véase M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milanofiori Assago, 2004; para un comentario sobre la ley, véase también F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004. Véase también el Cap. II para detalles bibliográficos.

<sup>115</sup> La fecundación homóloga se refiere a la técnica de procreación asistida consistente en la implantación de uno o varios embriones en el útero de la mujer a partir de gametos (ovocito y espermatozoide) pertenecientes a la pareja solicitante y no a un donante externo. El recurso a la procreación médicamente asistida -considerada como una especie de último recurso- sólo se permitía, de hecho, tras la constatación o inexplicabilidad de la esterilidad o infertilidad determinadas por causas que no pudieran eliminarse mediante otras prácticas menos invasivas. En presencia de estos requisitos previos, "las parejas adultas de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambas vivas" podrían acceder a esta práctica, pero con el único fin de obtener la aplicación de una técnica homóloga que se llevaría a cabo con una implantación única y simultánea de todos los embriones creados, en un número no superior a tres y sin posibilidad de recurrir a un verdadero diagnóstico de reimplantación. De hecho, en el anexo de las directrices publicadas por el Decreto Ministerial de 21 de julio de 2004 "Medidas para la protección del embrión", se indicaba: "Toda investigación relativa al estado de salud de los embriones creados in vitro, de conformidad con el artículo 14, apartado 5, será observacional". Para una reconstrucción sobre el punto

o convivientes, en edad potencialmente fértil, que vivan ambas<sup>116</sup> ", al tiempo que denegó la fecundación heteróloga<sup>117</sup> .

Sin embargo, esta última disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional italiano en su famosa sentencia 162/2014<sup>118</sup> .

La sentencia no invalidó la prohibición del artículo 4, apartado 3, en un sentido general y omnicompreensivo, sino sólo en la medida en que excluye la

---

véase C. CIRAULO, *Certeza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, en *Ord. int. dir. um.*, 2016, 812-832.

<sup>116</sup> *Ex art. 5, L. 40/2004.*

<sup>117</sup> La fecundación heteróloga se refiere a todas las técnicas de procreación médicamente asistida en las que al menos uno de los gametos (ovocitos o espermatozoides) no pertenece a la pareja en tratamiento, siendo el resultado de una donación anónima, libre y voluntaria. En concreto, la fecundación tuvo lugar entre el ovocito de una de las demandantes y el espermatozoide de un donante anónimo.

<sup>118</sup> El Tribunal Constitucional, en sentencia núm. 162, de 10 de junio de 2014, declaró ilegítimo el artículo 4, apartado 3, de la Ley 40/2004, en la parte en que establece la prohibición de que la pareja recurra a técnicas de procreación médicamente asistida heteróloga, si tiene diagnosticada una patología que cause esterilidad o infertilidad absoluta o irreversible; según el Tribunal, la limitación normativa se traduciría en una compresión de la libertad de autodeterminación, que se remonta a los artículos 2, 3 y 31 de la Constitución, ya que afecta a la esfera privada y familiar. Véase A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale Di Diritto Privato*, en F. ANELLI, C. GRANELLI (eds.), Giuffrè, XXIV ed., Milán, 1263. Sobre este punto, más en profundidad G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en *Il Corriere giuridico*, 2014, n.º 8-9, 1068 ss.; M.A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, en *Il Corriere giuridico*, 2015, n.º 1, 64 ss.; Véase, asimismo, C. Cost., 10 de junio de 2014, n.º 162, en *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con comentario de V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; en *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105 ss., con comentario (p. 1117) de C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con comentario de G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Ilegittima la proibición de la fecundación heteróloga*; en *Quad. coste*, 2014, con comentario (p. 569) de A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*; *ivi*, también comentario (p. 563) de G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*; en [www.giustiziavivile.com](http://www.giustiziavivile.com), con nota de M. DE MARIA, *La figura del genitore nel pensiero della Corte costituzionale*; *ibid*, con editorial de L. LENTI, *Abbattuto un altro pilastro della legge 40: la Corte costituzionale cancela la proibición de la procreación asistida heteróloga*; *ibid*, con nota de F. MITE, *La Consulta apre un'ulteriore breccia nella legge n. 40 del 2004: illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; en *Riv. dir. int.*, 2014, 1123 y ss., con nota de S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; en *Dir. succ. e fam.*, 2015, 511 y ss., con nota de A. G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

fecundación heteróloga también para las parejas que padezcan patologías que provoquen esterilidad absoluta e irreversible o infertilidad<sup>119</sup>.

De hecho, en Italia el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida está permitido exclusivamente para remediar los problemas de esterilidad e infertilidad humanas. El hecho de que la ley esté llamada a aportar soluciones a problemas reproductivos de carácter patológico<sup>120</sup> explica también las disposiciones sobre los sujetos con derecho a acceder a las técnicas, que pueden no estar fisiológicamente incapacitados para procrear de forma natural.

El Tribunal Constitucional acabó considerando irrazonable la decisión del legislador italiano de prohibir la fecundación heteróloga. En resumidas cuentas, la opinión del Tribunal es que el carácter absoluto de la prohibición, en contraste con la propia finalidad de la Ley 40/2004 de "fomentar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humanas"<sup>121</sup>, discriminaría a las parejas que sufren patologías más graves de esterilidad e infertilidad. De hecho, se impediría a estas últimas ejercer su libertad fundamental de autodeterminación en materia de opciones procreadoras, libertad garantizada por los artículos 2, 29 y 31 de la Constitución<sup>122</sup>. En opinión del Tribunal, esta situación conlleva un perjuicio, especialmente de carácter psicológico, para la salud de las parejas, con la consiguiente violación del artículo 32 de la Constitución.<sup>123</sup>

Pues bien, como se anticipó, el PMA introduce en el ordenamiento jurídico italiano una paternidad legal rota por el dato genético no por hechos sobrevenidos -como el abandono o la pérdida de los padres- sino como condición impuesta al nacer y fijada en el criterio voluntarista<sup>124</sup>. Las normas

---

<sup>119</sup> R. GALLI, *Nuovo corso di Diritto Civile*, Cedam, Milán, 2017, 6.

<sup>120</sup> A. BELLELLI, *La procreazione medicalmente assistita*, en S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milán, 2011, 851.

<sup>121</sup> Artículo 1(1), Ley n° 40/2004.

<sup>122</sup> Se afirmaría así un "derecho a procrear": véase el apartado 2 de este capítulo para un análisis de la ponderación de los intereses en juego en lo que respecta a la existencia de dicho derecho. Véase también F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2015, 2.

<sup>123</sup> E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, en *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014, 68 ss.

<sup>124</sup> A. RENDA, A. NICOLUSSI, *Ragioni e implicazioni della "riforma" della filiazione*, en AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, 31.

sobre la atribución de la paternidad figuran en el apartado 3 del artículo 6 y en los artículos 8 y 9 de la Ley n° 40/2004. De estas disposiciones se desprende que la utilización de la PMA conlleva la atribución de la maternidad, la paternidad y la *condición de hijo* por nacer con arreglo a reglas distintas de las establecidas para la filiación por el Código Civil; todo lo cual se remonta a una voluntad irrevocable a la que el ordenamiento jurídico atribuye efectos que no pueden ser alterados<sup>125</sup>. Tras la fecundación del óvulo, la revocación del consentimiento a la procreación asistida ya no es admisible<sup>126</sup> y los nacidos tras la aplicación de las técnicas tienen la condición de hijos de la pareja que ha recurrido a ellas<sup>127</sup>, excluyendo así la relevancia de las conductas y hechos posteriores a la fecundación del óvulo. Pues bien, precisamente en el caso de la PMA heteróloga<sup>128</sup>, conforme al artículo 9 de la Ley 40/2004, el varón que haya prestado su consentimiento, expreso o por hechos concluyentes, a una intervención del tipo que nos ocupa respecto de su esposa o conviviente, no podrá ejercitar la acción de repudiación de la paternidad, ni, en el caso de pareja de hecho, impugnar el reconocimiento por falta de veracidad<sup>129</sup>.

Al mismo tiempo, de conformidad con el apartado 3 del artículo 9, queda excluido el establecimiento de cualquier vínculo parental entre el hijo y el donante. Como consecuencia de estas normas, en nuestro ordenamiento jurídico se afirma un principio de responsabilidad por la procreación distinto de la generación: el padre es quien ha querido el nacimiento<sup>130</sup>. Así, la Ley 40/2004 pretendía garantizar la existencia de una relación de filiación hasta

---

<sup>125</sup> C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, 2014, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

<sup>126</sup> Art. 6 apartado 3, l. n° 40/2004; P. CORDER, J. BARCATI, *Procreazione medicalmente assistita*, en F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, Milán, 2018, 55.

<sup>127</sup> Art. 8, l. n° 40/2004.

<sup>128</sup> La técnica de fecundación heteróloga es el único caso en el que es posible llevar a cabo esta práctica utilizando el semen de un donante externo, lo que implica la posibilidad de una posible desautorización posterior por parte del futuro padre.

<sup>129</sup> Véase A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale Di Diritto Privato*, cit., 1265.

<sup>130</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017, 332. El Tribunal Supremo ha aclarado cómo la centralidad del consentimiento lleva a contemplar la fecundación heteróloga de la que el marido es ajeno entre las hipótesis de repudiación de la paternidad *conforme* al artículo 244 del Código Civil; Cass. núm. 7965/2017. Sobre este punto también, CORDER P., BARCATI J., *Procreazione medicalmente assistita*, en F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, cit., 66.

el punto de regular incluso la hipótesis del recurso a una técnica prohibida y conferir al hijo una protección aún más fuerte que la asegurada en caso de nacimiento en el seno de la familia regulada por el Código Civil<sup>131</sup>.

La previsión de la unicidad de *estatus* y la importancia de la filiación intencional revelarían la falta de coincidencia entre la verdad biológica y la verdad jurídica, determinando garantías para el recién nacido, no sólo en cuanto a su formación, "sino incluso ante sus derechos frente a quienes libremente se han comprometido a acogerlo y a asumir las responsabilidades pertinentes"<sup>132</sup>. Por otra parte, las diferencias legislativas en la materia, entre un ordenamiento jurídico y otro<sup>133</sup>, han producido en los últimos años una evidente fragmentación de las soluciones jurídicas y una consiguiente incertidumbre sobre la situación de los menores nacidos en un contexto transnacional, abriendo la puerta a una especie de "derecho a procrear" que - como se analizará con más detalle en el próximo capítulo- va más allá de lo previsto *strictu sensu* por la letra del Derecho nacional<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> De conformidad con el artículo 8 de la citada ley, "los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida tienen la condición de hijos reconocidos por la pareja que haya manifestado su voluntad de recurrir a las mismas técnicas de conformidad con el artículo 6". Cabe señalar que, como consecuencia de la norma que se acaba de describir, la *condición de hijo reconocido* (en el caso de un hijo nacido de una pareja de hecho) se adquiere no como resultado de un acto de reconocimiento por parte de cada progenitor, como ocurre en el caso de las normas generales, sino inmediatamente por efecto del nacimiento. Cf. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale Di Diritto Privato*, cit., 1264.

<sup>132</sup> Tribunal de Apelación de Trento, Sección I Civil, 16 de enero de 2020, punto 2.1, nota n° 6. En la sentencia se hace referencia al Tribunal Constitucional n° 347/98 "[...] para proteger también a la persona nacida como resultado de una fecundación asistida, ya que inevitablemente entran en juego múltiples requisitos constitucionales. Preeminentes a este respecto son las garantías para el recién nacido [...] no sólo en relación con los derechos y deberes establecidos para su formación, en particular por los artículos 30 y 31 de la Constitución, sino incluso antes -sobre la base del artículo 2 de la Constitución- con sus derechos frente a quienes se han comprometido libremente a recibirlo, asumiendo las responsabilidades pertinentes: derechos que corresponde precisar al legislador".

<sup>133</sup> Sobre este punto 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 sul GPA e trascrizioni*, en *GenIUS*, 1, 2019. Véase también, S. PENASA, *Tra legge e corte: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, en *Riproduzione e relazioni*, M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (eds.), *Riproduzione e relazioni. La maternidad subrogada en el centro de la cuestión de género*, "Gender Studies. Conferencias", CIRSD, 2019.

<sup>134</sup> Remitimos a F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, en *Vita Notarile*, 3, 2021, 1117 ss.

### 3.2.2. La adopción

En Italia, la adopción plena, conocida históricamente como legitimación<sup>135</sup>, preserva una naturaleza de la denominada *imitatio naturae*<sup>136</sup>, de modo que la legislación configura la familia adoptiva a imagen y semejanza de la filiación en la procreación natural. La adopción plena a la que se refiere el artículo 6 de la Ley n° 184/1983 se construye sobre la idea de que el menor debe ser apoyado en su crecimiento por un núcleo biparental heterosexual<sup>137</sup>. Desde este punto de vista, entre los mencionados tipos de filiación reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, la adopción representa la institución en la que el modelo estructural tradicional basado en el matrimonio conserva un papel profundamente relevante incluso después de la reforma de la filiación. De hecho, los primeros cambios estructurales

---

<sup>135</sup> Habría que cuestionar no sólo la conveniencia sino también la legitimidad de que se siga utilizando el término tras la reforma de la filiación. Una vez expurgado de nuestro ordenamiento jurídico el concepto de hijo legítimo -y, en consecuencia, abolida también la institución de la legitimación-, la utilización del término legitimar para distinguir la adopción de menores de la adopción de adultos contenida en la disciplina codificada parece, cuando menos, improcedente. Entre la doctrina que ha considerado la cuestión, hay quien propone la distinción entre adopción parental en lugar de legitimación y adopción parental para la adopción de menores en casos especiales; S. STEFANELLI, *L'adozione genitoriale*, en F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, cit., 866. Sin embargo, esta terminología no parece aceptable, ya que se adhiere a la idea de la persistencia de una distinción de efectos entre los dos tipos de adopción de menores en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, en efecto, una adopción que conlleva la propagación del parentesco (parental), por otro, una que vincula al menor exclusivamente al progenitor adoptante.

<sup>136</sup> Sin embargo, ya en 1994, el Tribunal Constitucional aclaró, en relación con el criterio de la *imitatio naturae*, que los principios constitucionales sólo expresan "una indicación de preferencia por la adopción por una pareja casada, siendo la prioridad la necesidad, por una parte, de colocar al menor en una familia que ofrezca suficientes garantías de estabilidad y, por otra, de asegurar la presencia, desde el punto de vista afectivo y educativo, de ambas figuras parentales". Se trata, por tanto, de un criterio preferente, de modo que no se impide la innovación legislativa que se aparte de este modelo, por ejemplo valorando en abstracto que incluso la adopción plena por una sola persona responde generalmente al interés superior del menor; Corte Cost. n° 183/1994, en *Foro it.*, 1995, 3408.

<sup>137</sup> En la tramitación de la Ley 184/1983, se afirma que el planteamiento de legitimar la adopción con las características previstas en la ley responde, entre otras cosas, a la necesidad de sustraer al "menor bueno" del regateo entre particulares "que permite la adopción incluso por una sola persona, privando al menor de la experiencia de una pareja nutricia, con graves consecuencias para el desarrollo integral de su personalidad"; VIII Legislatura. Cámara de Diputados. Actas parlamentarias C-496, p. 3 (disponibles en el sitio web oficial de la Cámara: [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg08/lavori/stampati/pdf/04960001.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg08/lavori/stampati/pdf/04960001.pdf)).

significativos de la ley de adopción no se hicieron hasta 2001, dieciocho años después de su entrada en vigor. El apartado 1 del artículo 1 de la Ley 149/2001 prevé la modificación del título de la Ley 184/1983 en función de la finalidad que persigue: el "derecho del menor a una familia<sup>138</sup>". Y, sin embargo, esta declamación inicial corre el riesgo de quedar desvirtuada por la rigidez con la que la ley delimita como familia idónea para la paternidad "voluntaria" de un menor a la pareja casada desde hace al menos tres años y no separada, ni siquiera de hecho<sup>139</sup>, con requisitos preclusivos también en cuanto a la diferencia de edad con el adoptado. En este punto, parte de la doctrina ha observado cómo el mencionado derecho del menor a una familia se circunscribe a un encuentro más bien estrecho entre "oferta y demanda<sup>140</sup>".

A pesar del progresivo reconocimiento por parte del legislador de realidades familiares que difieren del modelo tradicional, el matrimonio sigue siendo el requisito previo exclusivo para acceder a la adopción plena en nuestro sistema. El planteamiento de la ley, reflejo de la familia legítima tradicional en virtud del artículo 29 de la Constitución, ha permanecido inalterado desde su introducción en los años ochenta y hasta la fecha<sup>141</sup>.

Y es precisamente al comparar la adopción con el otro tipo de filiación basada en la asunción voluntaria de la función parental -la procreación médicamente asistida- cuando se pone de manifiesto el desequilibrio.

---

<sup>138</sup> M. DOGLIOTTI, *L'adozione di minori*, en *Fam. dir.*, 2015, 1021; el autor señala que se trata del primer caso en el que, en el ordenamiento italiano, un derecho entra en el título de una ley.

<sup>139</sup> Art. 6, l. n.º 183/1984.

<sup>140</sup> M. R. MARELLA, *entrada: Adopción*, en *Digesto IV, Disc. priv.*, UTET, Turín, 2000, 1 ss. El autor señala, de hecho, que la ley de adopción impondría parámetros al modelo de familia adoptiva que llevarían a "excluir del 'mercado' de la adopción a un abanico demasiado amplio de sujetos". Además, el derecho del menor a una familia se vería doblemente privado si consideramos la circunstancia de que las posibilidades de intervención de las autoridades locales, regionales y estatales para permitir que el menor permanezca en su familia de origen incluso en casos de indigencia están siempre limitadas por los "recursos disponibles"; M. DOGLIOTTI, *L'adozione di minori*, cit., 1021.

<sup>141</sup> La exclusión de las parejas de hecho del grupo de personas susceptibles de adopción responde a la lógica de una ley anclada en el contexto social de los años en que se introdujo. Hoy, en efecto, es menos comprensible la presunción de correlación entre matrimonio y mayor estabilidad del vínculo afectivo, no sólo porque estadísticamente aumenta el número de divorcios y se expande el fenómeno de las convivencias de hecho, también como lugar donde, socialmente, nacen y crecen con frecuencia y estabilidad los menores, sino sobre todo en virtud del progresivo ascenso de los mismos a agregaciones de tipo familiar según la ley.

De hecho, en virtud del artículo 5 de la Ley n° 40 de 2004, siempre se ha permitido el acceso a la PMA también a las parejas que conviven de forma permanente. Aplazando las consideraciones relativas a la creación del vínculo de filiación con el pronunciamiento de la adopción en casos particulares al capítulo siguiente, nos limitamos a mencionar que, en virtud del artículo 44, apartado 3, de la Ley n° 184/1983, la adopción en casos particulares también se permite en algunas de sus hipótesis a personas solteras o no casadas.

El derecho del menor a una familia se configura en la Ley n° 184/1983 *principalmente* como el derecho a su familia de origen<sup>142</sup>. Dicho esto, en aplicación de un principio de gradualidad en las intervenciones de apoyo a los menores con dificultades<sup>143</sup>, el artículo 2 de la Ley n° 184/1983 prevé la institución del acogimiento familiar. De hecho, en los casos en que el menor se ve privado temporalmente de un entorno familiar adecuado, es conveniente proporcionarle un núcleo familiar para garantizarle la asistencia material, moral y afectiva que necesita, sin romper necesariamente las relaciones con la familia de origen.

La provisionalidad es el elemento esencial que caracteriza a esta institución<sup>144</sup>. Desde este punto de vista, la familia de acogida debe, por tanto, limitarse a prestar un "servicio"<sup>145</sup> de carácter solidario, destinado a apoyar las dificultades de la familia de origen, que en cualquier caso se consideran superables. Y sin embargo, a pesar de que la legislación configura el acogimiento familiar como temporal, en la práctica aplicativa se ha abusado del llamado acogimiento *sine die*<sup>146</sup>. En 2015, el Parlamento intervino en el

---

<sup>142</sup> Esto se hace aún más evidente a raíz de la Ley n° 149/2001, que establece, en su artículo 1, el derecho del menor a ser educado en el seno de su propia familia. A tal fin, la ley especifica expresamente que las condiciones de indigencia de los padres "no pueden ser un obstáculo para el derecho del menor a su propia familia", indicando diversas posibilidades de intervención, para el Estado, las regiones y las autoridades locales; DOGLIOTTI M., *L'adozione di minori*, cit., 1021.

<sup>143</sup> También en consonancia con el preámbulo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Menor y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

<sup>144</sup> El artículo 4, apartado 4, Ley 185/1983, por tanto, exige que la medida de acogimiento indique la duración presumible de la misma, con el límite de veinticuatro meses. No obstante, la misma ley prevé la posibilidad de prórroga -sin establecer un nuevo plazo- cuando la finalización del acogimiento resulte perjudicial para el menor.

<sup>145</sup> M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, en *Fam. e Dir.*, 2015, 1107.

<sup>146</sup> Este acogimiento se caracteriza por la ausencia de un término preciso. Las Directrices para el acogimiento familiar en la Región del Véneto, con fecha de 2008, indican como

marco de la adopción para permitir a los acogedores un acceso privilegiado a la adopción del menor si este es finalmente declarado adoptable<sup>147</sup>. La Ley 173/ 2015, inserta en el art. 4 de la Ley de Adopción, el apartado 5-bis, que establece que, en el supuesto de que el menor sea declarado adoptable tras un largo periodo de acogimiento y la pareja acogedora, reuniendo los requisitos del art. 6 de la Ley 184/1983, solicite la adopción, el Juzgado de Menores deberá tener en cuenta a efectos de la resolución los importantes vínculos afectivos y la relación estable y duradera establecida entre el menor y la familia acogedora. El artículo 4 de la Ley 173/2015 también interviene sobre la hipótesis de adopción en los supuestos especiales previstos en el artículo 44.a)<sup>148</sup>, admitiendo que un menor huérfano pueda ser adoptado por personas a las que esté vinculado por una relación estable y duradera, incluso tras un periodo prolongado de acogimiento<sup>149</sup>.

---

acogimiento familiar abierto "todos aquellos proyectos de acogimiento familiar cuya duración no está definida en el decreto (o el propio decreto indica una duración "*sine die*"), para los que no está previsto el regreso a la familia o en los que el proyecto cambia con el tiempo hasta el punto de no permitir ya el regreso del menor o joven a la familia". Esta intervención de acogimiento familiar no representa una tipología prevista por la ley, sino que es representativa de las situaciones que pueden determinarse en relación con los "fracasos" pronósticos de recuperabilidad de las familias de origen". El documento está disponible en [http://garantedirittipersonaminori.consiglioveneto.it/gestione/documenti/doc/LG\\_AFFIDO\\_2008\\_web.pdf](http://garantedirittipersonaminori.consiglioveneto.it/gestione/documenti/doc/LG_AFFIDO_2008_web.pdf).

<sup>147</sup> Antes de la intervención del legislador, los padres de acogida solicitaban con frecuencia a los tribunales que se pronunciaran en su contra en virtud del artículo 44(d) de la Ley 185/1983. Los tribunales en este punto no siempre fueron complacientes, hasta el punto de que en 2010 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia (Caso n° 16318/07, *Moretti y Benedetti contra Italia*). El caso se refería a un matrimonio al que se le había confiado una niña abandonada en el hospital para la que el Tribunal de Venecia estaba llevando a cabo un procedimiento de adoptabilidad. Esta última se resolvió a favor de otro matrimonio dieciocho meses más tarde, ignorando la solicitud de adopción con arreglo al artículo 44, letra d), presentada entretanto por los cónyuges. El caso se convierte en una demostración de la oportunidad de la acción legislativa; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, en *Famiglia e Diritto*, 2017, 602.

<sup>148</sup> No está claro si la disposición introduce una restricción con respecto al marco jurídico anterior. En la práctica, de hecho, se permitía a los acogedores adoptar en casos especiales incluso en supuestos distintos al de la letra a) y, en particular, en virtud del artículo 44, letra d); P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, cit., 603.

<sup>149</sup> En ambos casos, se exige que el menor haya desarrollado lazos afectivos frontales con los padres adoptivos o el adoptado durante el periodo de acogimiento y que, por lo tanto, su conservación redunde en su interés superior. La expresión "prolongado", si bien da valor a los llamados acogimientos de larga duración, ha sido sin embargo aplaudida por la doctrina, por la circunstancia de no impedir al juez valorar el caso concreto; M. DOGLIOTTI, *Modifiche*

Pues bien, la Ley 173 de 2015, además de innovadora en materia adoptiva, es especialmente relevante por el reconocimiento por parte del legislador de una forma -aunque específica- de parentalidad social. El propio título de la ley es extremadamente significativo, ya que introduce en nuestro ordenamiento jurídico un "derecho a la continuidad afectiva". Afirma, por tanto, el derecho del menor a establecer y preservar un estatuto jurídico conforme a los vínculos afectivos que ha establecido a lo largo del tiempo con los adultos que han ejercido sobre él la función parental<sup>150</sup>. Esta circunstancia, que potencialmente podría expandirse más allá de los límites de la custodia familiar y abarcar multitud de situaciones en las que el menor puede desarrollar relaciones afectivas con un adulto de referencia, se encuentra de hecho limitada por la propia ley que la introdujo<sup>151</sup>. De hecho, dado que el artículo 1 de la Ley 173/2015 vincula la adopción a las condiciones establecidas en el artículo 6 de la ley de adopción, la situación personal de los padres adoptivos puede resultar un obstáculo para la realización del derecho del menor y ser una fuente de trato diferenciado hacia los menores en la misma situación desde el punto de vista afectivo. En efecto, en la exclusividad matrimonial del acceso a la denominada adopción plena, la preservación de la misma relación desarrollada por un menor durante el acogimiento con una pareja adulta no casada o del mismo sexo corre el riesgo de incumplir las exigencias del artículo 6 de la Ley 184/1983, negando la finalidad misma de dotar de personalidad jurídica a una relación afectiva concreta perseguida por la ley<sup>152</sup>.

### 3.2.3. Maternidad subrogada.

La maternidad subrogada, como se ha visto al principio del capítulo, no puede equipararse en sentido estricto a las prácticas de procreación médicamente asistida, ya que implica intereses y sujetos diferentes<sup>153</sup>.

---

*alla disciplina dell'affidamento familiare, positivi e condivisibili, nell'interesse del minore, cit., 1107.*

<sup>150</sup> S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, en *Fam. e Dir.*, 2017, 83.

<sup>151</sup> A. CORDIANO, *Affidamento e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, en *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 255.

<sup>152</sup> Sujeto a la aplicación del artículo 44(D) l. 184/1983.

<sup>153</sup> Véase el apartado 1 de este capítulo.

La maternidad subrogada, también conocida como "vientre de alquiler", se produce cuando una mujer gesta el fruto de la concepción de otra persona (la llamada "maternidad de alquiler"). Básicamente, en virtud de un acuerdo, una mujer (la llamada madre de alquiler) se compromete a llevar a término un embarazo en nombre de una pareja comitente, a la que se compromete a entregar el feto. Existen dos tipos principales de gestación subrogada<sup>154</sup>. El primer tipo es el de la llamada maternidad subrogada homóloga, en la que la madre portadora se compromete a llevar la gestación recibiendo un embrión formado a partir de los gametos de los progenitores genéticos. En cambio, en el caso de la llamada maternidad subrogada heteróloga, el embrión se forma a partir de gametos aportados por terceras personas sin relación tanto con la pareja comitente como con la madre portadora<sup>155</sup>.

Otro caso de gestación subrogada se produce cuando la propia madre uterina aporta el ovocito para su fecundación con el semen del varón de la pareja comitente o con el semen de un donante ajeno a la pareja (realizándose así una forma de gestación subrogada heteróloga)<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Para la distinción entre maternidad subrogada homóloga y heteróloga, véase G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, en *Foro it.*, 2014, 3414 y ss. En la doctrina, sin embargo, se encuentra el uso de diferentes términos para indicar los diversos casos. Por ejemplo, hay quien habla de "maternidad subrogada total" para indicar a la mujer que lleva a término el embarazo tras recibir el óvulo fecundado de otra mujer (ese óvulo puede pertenecer a la madre comitente o a una donante), distinguiéndola de la "maternidad subrogada parcial", en la que la madre de alquiler es también la madre genética, ya que se encarga de proporcionar el óvulo y llevar a cabo el embarazo. En estos términos I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, cit., 1480. Otra doctrina considera que, en aras de la claridad, sería necesario calificar la maternidad subrogada como "aquella técnica por la que una mujer se compromete por encargo (con o sin remuneración) a llevar a término un embarazo y a entregar el menor después del nacimiento a los "comitentes" (en esta hipótesis, la mujer comisionada "presta", por así decirlo, tanto el material genético como la función de gestación)"; En caso contrario, se trataría de un "arrendamiento del útero", "aquel caso en el que la mujer en cuestión se limita a llevar a cabo el embarazo, mientras que el material genético utilizado pertenece a las partes "encargantes"". En este sentido, cf. G. CASSANO, *Maternità 'surrogata': contratto, negozio giuridico, accordi di solidarietà*, en *Fam. e dir.*, 2000, 151 y ss. que retoma G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Turín, 1999, 96.

<sup>155</sup> Por ejemplo: el ovocito de la "madre de alquiler" es fecundado con el semen del hombre de la pareja comitente; o bien, es una mujer distinta de la "madre social" y de la "madre gestante" la que proporciona el ovocito, que es fecundado con el semen del hombre de la pareja comitente; de nuevo, es posible que el ovocito sea ajeno a las dos mujeres y que el semen masculino proceda de una persona ajena a la pareja comitente.

<sup>156</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 58 y ss.

El tema de la maternidad subrogada ha generado problemas derivados principalmente de las diferencias entre la legislación italiana y la legislación más permisiva vigente en otros países<sup>157</sup>.

El pacto por el que se lleva a cabo esta práctica ha de ser considerado nulo en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que será nula la obligación asumida por la mujer embarazada de entregar el hijo que ha dado a luz a la pareja comitente, ya que el acto dispositivo tendría por objeto el futuro estatuto familiar del nasciturus<sup>158</sup>.

De hecho, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2004, la gestación subrogada no era vista con buenos ojos por los tribunales, que tenían que revisar casos en los que la pareja solicitante era siempre heterosexual, siendo la mujer completamente estéril<sup>159</sup>. Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2004 y la prohibición del artículo 12, la atención se centró en el destino de los efectos de la práctica realizada en el extranjero, en los países en los que es legal<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Si nos fijamos en los países europeos -como se verá en los capítulos III y IV-, se observa que la maternidad subrogada está permitida en un número limitado de Estados (Albania, Georgia, Grecia, Portugal, Reino Unido, Rusia y Ucrania), y cada una de las legislaciones nacionales tiene sus propias peculiaridades en cuanto a quién puede recurrir a esta técnica de procreación y si es gratuita o de pago.

<sup>158</sup> E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e tutela del minore: quale il best interest of the child?*, en M. BIANCA (ed.), *The best interest of the child*, Ed. Sapienza, Roma, 2021, 729 y ss.

<sup>159</sup> La jurisprudencia declaró nulo el contrato mercantil de subrogación, ya que tenía por objeto el intercambio de dinero contra la obligación de llevar adelante el embarazo, entregar el menor a los padres y renunciar a sus derechos como madre que da a luz. En concreto, la nulidad se debía a la imposibilidad del objeto y a su ilegitimidad, por contraste con los artículos 2, 3 y 30 de la Constitución y con el derecho del menor a crecer en su propia familia (Trib. Monza, 27 de octubre de 1989, en *Giur. It.*, 2, I, 1992, 72 y ss.). En cambio, se consideró lícito el contrato de maternidad subrogada conjunta, que autorizaba la implantación del embrión en la madre subrogada cuando ésta no se comprometía previamente a romper toda relación con el menor (Trib. Roma, ord., 17 de febrero de 2000, en *Fam. e Dir.*, 3, 2000, 151 ss.).

<sup>160</sup> Para un análisis detallado de la jurisprudencia, también en relación con los perfiles penales de los delitos de alteración del estado civil derivados de la violación de las prohibiciones de la Ley 40 y de la Ley de Adopción, véase A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit. p. 133 y ss.

Los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional<sup>161</sup>, aunque modificaron la estructura original de la Ley 40/2004<sup>162</sup>, no afectaron a la prohibición que nos ocupa<sup>163</sup>.

Una vez esbozada esta breve panorámica del fenómeno de la maternidad subrogada, remitimos al Capítulo III para un amplio análisis de la cuestión a escala nacional e internacional.

Por último, es importante destacar que tanto en el caso de la "maternidad subrogada homóloga" como en el de la "maternidad subrogada heteróloga", es posible identificar una multiplicidad de figuras potencialmente opuestas que forman un archipiélago de filiación y relaciones parentales: el "progenitor genético", el "progenitor social", la "madre gestacional" y el menor generado como resultado de las técnicas mencionadas.

#### 4. The best interest of the child: una forma de ocultar una visión adultocéntrica?

Entre los diversos intereses que afloran en el asunto procreativo, con los que ponderar las razones depositadas en el principio de autodeterminación del individuo, debe prestarse especial consideración a los derechos del menor y a la búsqueda de su interés superior<sup>164</sup>. Ante un marco jurídico

---

<sup>161</sup> Se hace referencia en primer lugar a Corte Cost. 18 de junio de 2014 N° 162, citado anteriormente.

<sup>162</sup> Como es bien sabido, el apartado 6 del artículo 12 de la ley en cuestión sigue sancionando con penas de prisión de tres meses a dos años y multa de seiscientos mil a un millón de euros a "quien, en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada". A falta de una definición legislativa de la maternidad subrogada, la prohibición abarca "tanto la hipótesis en la que una mujer pone a disposición su útero para recibir un ovocito fecundado de otra persona, como la hipótesis en la que pone a disposición su propio ovocito además del útero, comprometiéndose en ambos casos a entregar al menor inmediatamente después del parto": así G. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione assistita*, en C. PALAZZO, C.E. PALIERO (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, 2007, 2062; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, cit., 1551.

<sup>163</sup> S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, cit., 58.

<sup>164</sup> Sobre el concepto de interés del menor, véase, *ex multis*, P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, en *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 725 ss., espec. 726 ss.; Id., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, en *Dir. fam. pers.*, 1999, 260 ss.; Id.,

supranacional de amplia protección, parece indiscutible la tendencia a situar el interés superior del menor en el centro de los valores a proteger en cualquier cuestión de la vida familiar que le afecte<sup>165</sup>.

Entendida como el elemento central en torno al cual gira toda la disciplina jurídica relativa a los menores y aceptada tanto a nivel nacional como europeo e internacional, la fórmula de referencia a la superioridad del interés superior del menor adquiere los contornos de una cláusula general y elástica que compromete al ordenamiento jurídico, a sus poderes y a toda institución, al mismo tiempo, con la protección de los menores en general y con la protección de los menores en particular, tanto respecto de sí mismos como en las relaciones interpersonales familiares y *extrafamiliares*<sup>166</sup>.

En efecto, el concepto de interés superior del menor tiene por objeto considerar, desde el punto de vista jurídico, la especificidad de la edad del menor como un amplio lapso de tiempo, caracterizado por una trayectoria evolutiva presumiblemente continua<sup>167</sup>, en la que la personalidad y la

---

*Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Nápoles, 1975, 260 ss. y 346 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, en *Pol. dir.*, 1998, 169 ss.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Relaciones personales (arts. 315-319)*, en *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milán, 1996, 78 y ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, en *Fam. dir.*, 1999, 80 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, en *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, VI, 2, Milano, 2007, 93 ss.; ID., *Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali*, *ivi*, 1977, 954 ss.; C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, en *Riv. dir. int.*, 2010, 981 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, 38 ss.; ID., *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, en AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*, Giuffrè, Milán, 2010, 473 ss.; ID., *La capacità autodeterminativa del minore*, en L. FALCHI, A. IACCARINO (eds.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, Lateran, University Press, Roma, 2012, 465 ss., spec. 468 ss.; L. FADIGA (ed.), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*, Milán, 2006, 129 y ss.; V. BUONOMO, *A vent'anni dalla Convenzione sui diritti del bambino*, en *Asprenas*, 2010, 49 ss. Véanse también, al respecto, las claras notas de P. PERLINGIERI, *Normas constitucionales y relaciones de derecho civil*, en ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Nápoles, 1979, 95 y ss.

<sup>165</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 40 ss.

<sup>166</sup> G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 841 y ss. Sobre la relación entre el desarrollo de la personalidad del menor y la función parental, véase A. NICOLUSSI, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, en ID. (ed.), *Diritto civile della famiglia*, Milán, 2012, 341 y ss.

<sup>167</sup> La literatura de la psicología del desarrollo (sobre la cual, R. QUAGLIA, C. LONGOBARDI, *Psicologia dello sviluppo. Teorie, modelli e concezioni*, Trento, 2007, passim; M. MALAGOLI

identidad del individuo se forman progresivamente<sup>168</sup> , proyectando la fórmula, no por casualidad, hacia el desarrollo psicofísico sano y armonioso del menor<sup>169</sup> , mañana adulto<sup>170</sup> .

Dada la posición preeminente que le reserva el ordenamiento jurídico, no es de extrañar, por tanto, que el interés superior del menor - concebido o ya nacido - pueda actuar como una limitación a la plena aplicación del derecho a procrear<sup>171</sup> .

Esto, por supuesto, es válido para las formas de filiación que no se realizan a través de la unión sexual, es decir, la adopción y la PMA. En los procedimientos de adopción, es de hecho el interés superior del menor en tener una familia el que asume el papel de criterio orientador en la realización de este modelo familiar, acabando inevitablemente por afectar al contenido de los intereses y posiciones jurídicas de los aspirantes a padres. Del mismo

---

TOGLIATTI, *Famiglia e adolescenza. Condizioni di rischio e risorse psicosociali*, in *Età evolutiva*, 1998, 99 y ss.; M. MALAGOLI TOGLIATTI, A. LUBRANO LAVADERA, *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Bologna, 2002, passim) distingue la primera infancia (de 0 a 6 años), la segunda infancia (de 7 a 10 años), la preadolescencia (de 11 a 12 años), la primera adolescencia (de 13 a 14 años) y la adolescencia (de 14 a 18 años); a ella corresponden los distintos grados de capacidad especial: capacidad de discernimiento a los 12 años, que, sin embargo, también puede evaluarse concretamente a una edad más temprana; capacidad de tomar decisiones a los 14 años; capacidad de trabajar a los 15 años; capacidad de realizar actos y transacciones familiares a los 16 años: sobre este tema, cf. G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., 5 y ss.

<sup>168</sup> P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 260 y ss.; C. RUPERTO, *Età (diritto privato)*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1977, 85 y ss.

<sup>169</sup> En el plano de la construcción jurídica abstracta del interés del menor, éste entra en juego como persona humana (arts. 2 y 3 de la Constitución), como sujeto de derecho (titular de situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas: art. 1 del Código Civil; pero incapaz de actuar patrimonialmente: art. 2 del Código Civil) y como objeto de protección jurídica específica (arts. 31 y 37 de la Constitución; arts. 2 y 315 y ss. 31 y 37 de la Constitución italiana; artículos 2 y 315 y ss. del Código Civil) en relación con los grados decrecientes de incapacidad que caracterizan esta fase de la vida humana, que se reflejan en el complejo de situaciones jurídicas activas y pasivas que le conciernen y en sus posiciones jurídicas frente a terceros en general y frente a sus padres, o mejor dicho, frente a quienes ejercen sus funciones parentales, en particular: a este respecto, cf. el artículo 31 de la Constitución italiana, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Nápoles, 1972, 22; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 1983, 717 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 127 ss.; véase también V. SCALISI, *Il valore della persona umana e i nuovi diritti della personalità*, Giuffré, Milán, 1990, 43; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., 5 ss.

<sup>170</sup> G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, cit., 322.

<sup>171</sup> A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1352.

modo, en el caso del AMPA, el derecho a ser padres se inscribe en un contexto plurilateral y se confronta ante todo con el derecho a la vida del concebido y al respeto de su dignidad como persona *in fieri*<sup>172</sup>.

A pesar de que la noción del *best interests of the child* ha recibido una consideración cada vez mayor y, con el paso del tiempo, ha adquirido el rango y la relevancia de una cláusula general, la definición del interés superior del menor sigue siendo bastante vaga. Por tanto, la falta de criterios de decisión precisos y articulados convierte el principio en una especie de "contenedor vacío [que] debe llenarse con contenidos procedentes del exterior"<sup>173</sup>. En la práctica, el ejercicio del interés superior del menor ha producido resultados diametralmente opuestos y difíciles de controlar<sup>174</sup>.

Lo que hace especialmente complejo el encuadre del fenómeno es la propia polivalencia de la noción<sup>175</sup>. La ambigüedad inherente a la noción de *best interests* puede ser un arma de doble filo. Por una parte, en efecto, su indeterminación representa una fuerza (o al menos un mal necesario) en la

---

<sup>172</sup>*Ibid*, p. 1344.

<sup>173</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, en *Civil Law Review*, 1, 2016, 105.

<sup>174</sup> El principio del interés superior del menor ha sido fuertemente criticado en la doctrina desde la introducción de la Convención sobre los Derechos del Menor de 1989 (véase, a este respecto, la nota nº 171), debido a su excesiva vaguedad por el riesgo de lecturas contradictorias informadas por la discrecionalidad subjetiva (Cf. Y. BENHAMOU, *La Convention de New York, le droit international et le juge français*, en *La Semaine Juridique Edition Générale*, 11 de enero de 1995, 321), induciendo a definirlo como un concepto hada (P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, en *Soc. dir.*, 1, 1997, p. 55, donde el autor retoma la célebre expresión de J. CARBONIER, *Note sous cour d'appel de Paris, 30 de abril de 1959*, Dalloz, 1960, 673 y ss., espec. 675), o *poción mágica* (I. THERY, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, en *Esprit*, 1994), o tautología vacía (M. DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore*, en *Dir. fam. pers.*, 1992, 1093), o incluso como una especie de *passpartout* discrecional (G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, en *Dir. fam. pers.*, 1995, 1604). Con respecto a la literatura internacional, véase, *ex multis*, J. EEKELAAR, *Interests of the child and the child's wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, en P. ALSTON (eds), *The best interests of the child*, Oxford, 1994, 57; I. GABER y J. ALDRIDGE, *In the Best Interests of the Child: Culture, Identity, and Transracial Adoption (En el interés superior del menor: cultura, identidad y adopción transracial)*, Londres, 1994, *passim*; C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child (El criterio del interés superior del menor)*, Springer, La Haya, 2002, *passim*; M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child. Why it remains important to take Children's Rights seriously*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2007, 5 y ss.; T. BUCK, *International Child Law*, Londres, 2014, *passim*.

<sup>175</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, Milán, Franco Angeli, 2016, 64. El autor define el principio del interés superior del menor como "una prenda buena para todas las estaciones y ocasiones".

medida en que permite al juez adaptar una solución al menor cuya suerte está en juego en ese momento. Pero, por otro lado, esta fluidez puede dar lugar a arbitrariedades por parte de los jueces. En particular, podría abrir el camino a evaluaciones motivadas ideológicamente, dejando espacio para el pensamiento dominante, es decir, la percepción compartida por la mayoría de los individuos de la sociedad pertinente o el juez decisor<sup>176</sup>. De este modo, el principio sería un instrumento para enmascarar otros valores, otros principios y opciones de política jurídica<sup>177</sup>. También puede actuar como *passpartout*, ofreciendo un fundamento objetivo a cualquier resolución del juez que, aunque carezca de una motivación clara y adecuada, la invoque explícitamente<sup>178</sup>. Al ser, por tanto, una noción que se presta a una difusión omnidireccional, se corre el riesgo de que la referencia al *best interests* se convierta en una mera cláusula de estilo<sup>179</sup>.

Viajando de un contexto nacional a un contexto europeo e internacional y viceversa, y adaptándose a las diferentes tradiciones jurídicas y a las partes que utilizan el principio - legisladores o jueces, públicos o privados - el principio *best interests* ha adquirido múltiples significados y sentidos<sup>180</sup>, lo que, sin embargo, puede llevar a confusión.

En particular, en los países de Europa continental se ha producido un solapamiento en el uso de las expresiones "interés superior del menor", "interés superior del menor" o en inglés "*best interests of the child*". Esta expresión, utilizada en singular ("menor", "*child*"), se refiere al interés del menor individual, en el caso concreto que le concierne; pero también se utiliza desde hace tiempo, y cada vez con más frecuencia, como si se utilizara en plural ("menores", "*children*"), es decir, como si se refiriera de forma general y abstracta al bien global de los menores y adolescentes y, por tanto, a la

---

<sup>176</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 41.

<sup>177</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 106-107

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 1, 2016, 148.

<sup>180</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., 72.

afirmación y protección de forma abstracta y general de sus intereses, es decir, de los derechos de este grupo de edad<sup>181</sup> .

Este solapamiento no plantea una mera cuestión lingüística, ya que se atribuyen varias funciones al concepto de interés superior del menor. Por un lado, la realización de los *best interests* se considera, a menudo con una "buena dosis de retórica"<sup>182</sup> , un objetivo en el plano de la política jurídica. A este nivel, el principio debe guiar tanto al legislador a la hora de redactar las normas como al intérprete a la hora de formular una lectura de la norma orientada al interés superior del menor. Por otro lado, funciona como una herramienta a través de la cual se pueden inaplicar normas jurídicas individuales. Esto sucede cuando el juez, para aplicar la norma al caso individual concreto y lograr el interés superior del menor, se aparta de la ley general "en nombre de la necesidad de tomar una decisión 'justa' en un caso individual concreto [...] una decisión que, sin embargo, sería imposible alcanzar en ese caso aplicando las normas establecidas por la ley de forma general y abstracta"<sup>183</sup> .

En cuanto a esta segunda función, hay que hacer una aclaración sobre el uso en Derecho de las denominadas cláusulas generales, entre las que puede incluirse el principio que nos ocupa. Las cláusulas generales, frecuentemente utilizadas en Derecho de familia, amplían el margen de apreciación del juez y, aunque pueden ser eficaces y adecuadas para resolver el caso concreto, plantean serios problemas de seguridad jurídica.

Volviendo al interés superior del menor, esta cláusula puede adquirir un carácter especialmente subversivo si entra en conflicto con el principio de legalidad.

De hecho, dar prioridad a los primeros sobre los segundos, al permitir la derogación de una norma de derecho, podría, en algunas circunstancias, consolidar situaciones de hecho creadas como resultado de conductas ilegales de adultos y, en última instancia, recompensarlas o, al menos, tolerarlas<sup>184</sup> .

El uso de cláusulas generales puede caer en interpretaciones arbitrarias e ideológicas, inevitablemente influidas por el contexto cultural del intérprete

---

<sup>181</sup> L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*»? , en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, 2010, 157.

<sup>182</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 87.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 87.

que se dispone a resolver el caso<sup>185</sup>. La *razón de ser* de una cláusula general no consiste, pues, en regular analíticamente una situación, sino en permitir al juez determinar concretamente "nociones modeladas sobre la realidad de las relaciones sociales"<sup>186</sup>, destinadas a cambiar con el paso del tiempo. Podría convertirse en una herramienta sencilla capaz de proporcionar una base objetiva para cualquier decisión que recurra a ella<sup>187</sup>. En este sentido, no es infrecuente que las decisiones adoptadas evocando abstractamente los *best interests* no sean más que el espejo de la cultura dominante en un momento histórico determinado o de los valores subjetivos del intérprete. En particular, las cláusulas generales, como el principio del interés superior del menor, incorporan los cambios culturales que se han producido y los que están en curso, el sentimiento común y los impulsos procedentes de la sociedad civil.

Parte de la doctrina<sup>188</sup> sostiene, sin embargo, que no puede plantearse la eliminación del instrumento de la cláusula general porque, de este modo, el juez se encontraría utilizando reglas rígidas en su labor de interpretación, incapaces de abarcar las situaciones heterogéneas que se dan en la realidad. En consecuencia, existe un gran riesgo de obtener de este modo un sistema rígido que funcione mediante automatismos simples y pierda de vista las especificidades del caso concreto.

Otra peculiaridad del principio considerado, que complica su formulación, es la necesidad de realizar una evaluación pronóstica en el momento de la interpretación. Esta característica diferencia los casos que nos ocupan de la mayoría de los asuntos de competencia judicial, en los que el intérprete está llamado a decidir los litigios mediante la constatación y evaluación de hechos pasados. Por el contrario, las situaciones en las que el juez debe determinar cuál es el interés superior del menor, si bien se basan inicialmente en la evaluación de hechos pasados, exigen que el juez proyecte la decisión hacia el futuro, tratando de identificar la solución que resultará ser la mejor para la vida futura de ese menor en particular. Estos juicios basados en una previsión

---

<sup>185</sup> P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, cit., 49; G. ALPA, *I principi generali del diritto nel settore familiare*, en F. MAZZA GALANTI (ed.), *Tutela della famiglia o famiglia sotto tutela?*, Unicopli, Milán, 1993, 43.

<sup>186</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 140.

<sup>187</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 106.

<sup>188</sup> A. C. MORO, *Diritti del minore e nozione di interesse*, en M. T. AMBROSINI, I. CORRADO, V. LOJACONO, D. ZIINO (eds.), *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Giuffrè, Milano, 2000, 308.

de la vida futura del menor y su familia se caracterizan claramente por un grado muy elevado de incertidumbre y opinabilidad<sup>189</sup>. Sin embargo, centrarse en el futuro del menor no debe llevar a descuidar la situación presente, ya que los menores y su bienestar no sólo deben verse en perspectiva, sino también en su presente como menores.

De estos elementos analizados hasta ahora podemos deducir que la interpretación del *best interests* requiere una buena dosis de prudencia, en primer lugar porque afecta a un aspecto delicado de la vida de las personas como son las relaciones familiares, y en segundo lugar porque es necesario evitar usos inadecuados del principio, como hacer de la mera referencia al interés superior del menor una justificación implícita de la bondad de la decisión<sup>190</sup>. Un uso correcto del principio exige, en cambio, que tanto los elementos en los que se basa el juicio pronóstico como la interpretación de esas circunstancias del caso concreto se expongan de forma explícita y clara.

Además, es importante abordar las cuestiones que nos ocupan desde una perspectiva interdisciplinar, implicando siempre a ramas del saber como la sociología, la psicología y la pedagogía, que, sobre todo en los últimos años, desempeñan un papel cada vez más decisivo en la decisión de asuntos relacionados con el ámbito familiar<sup>191</sup>. De hecho, éstas contribuyen a la interpretación del caso concreto cuando, por ejemplo, el juez cuenta con la colaboración de los servicios sociales o de los asesores judiciales.

En definitiva, en este archipiélago de modelos de agrupación familiar, los menores se ven a menudo implicados en las elecciones adultocéntricas de sus padres y sufren inconscientemente las consecuencias de sus relaciones afectivas orientadas a la satisfacción exclusiva de las necesidades individuales y existenciales de la vida familiar<sup>192</sup>.

Por ello, en una labor interpretativa encaminada a lograr el mejor equilibrio de los intereses convergentes y contrapuestos en la materia, más que invocar casi extemporáneamente el "interés superior del menor"<sup>193</sup>, sería

---

<sup>189</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 88.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 106.

<sup>192</sup> G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, en [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it) (9 de junio de 2015), 5.

<sup>193</sup> Véase G. RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne "adulto centriche" e scelte apparentemente "minore centriche" della Corte europea dei diritti*

más provechoso cuestionar críticamente la compatibilidad y los márgenes de extensión de la autodeterminación individual de los adultos respecto de sus propias opciones familiares cuando se trata de posiciones jurídicas subjetivas vulnerables como es el caso de los menores<sup>194</sup>. En estos ámbitos, en los que es necesario evaluar la función que el ordenamiento jurídico está llamado a desempeñar entre la necesidad de garantizar la debida protección del menor y el respeto de los espacios de libre determinación de los adultos, el punto de partida está representado por el artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Menor<sup>195</sup> de 1989, según el cual "*En todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor*".

---

*dell'uomo*, en *Foro it.*, 2017, I, 3669 ss.; Id., *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, en *Dir. fam. pers.*, 2012, 1304; Id., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Nápoles, 2016, 99 ss.; Id., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, en *Dir. succ. e fam.*, 895 ss.

<sup>194</sup> E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"*, en *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, 890 y ss.

<sup>195</sup> La Convención sobre los Derechos del Menor, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue ratificada posteriormente en Italia mediante la ley n° 176 de 27 de mayo de 1991 (en G.U., 11 de junio de 1991, n° 135). La versión original en inglés del texto está disponible en el sitio web de la *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* ([www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)).

## Capítulo II

### Procreación y homoparentalidad.

#### Las instituciones de procreación médicamente asistida y adopción.

Resumen: Sección I: Homoparentalidad y fecundación heteróloga: la "finalidad terapéutica *latu sensu*" de la Ley 40/2004 – 1. Procreación médicamente asistida: definición y técnicas. Un breve resumen – 2. El debate italiano sobre la PMA: *ratio* y *iter* de aprobación de la Ley 40/2004 – 3. La PMA en Italia. Principios y objetivos – 3.1. El carácter terapéutico de la PMA y la protección del concebido – 3.2. Requisitos objetivos y subjetivos – 3.3 Artículo 6 sobre el consentimiento informado - 4. La Ley 40/2004 y la prohibición absoluta de la procreación heteróloga médicamente asistida – 4.1. El asunto *S.H. y otros contra Austria*: la intervención del Tribunal de Estrasburgo en materia de fecundación heteróloga – 4.2. Las cuestiones de legitimidad constitucional en materia de fecundación heteróloga: los casos italianos que abrieron el camino – 4.3. Del Auto nº 150/2012 del Tribunal Constitucional a la Sentencia nº 162/2014 del mismo Tribunal – 5. La pretendida legitimidad constitucional de la fecundación heteróloga: la Sentencia nº 162 de 2014 – 6. La posición adoptada sobre la prohibición de acceso a las técnicas de PMA a las parejas del mismo sexo y la obstrucción al reconocimiento de los efectos civiles de la paternidad de dichas parejas en el ordenamiento jurídico interno (Tribunal Constitucional n. 221 de 2019, n. 237 de 2019 y n. 230 de 2020) – 7. Breves reflexiones finales y últimas advertencias del Tribunal Constitucional al legislador en materia de "*status filiationis*" (Tribunal Constitucional n. 32 de 2021).

Sección II: La adopción: un modelo de paternidad con una visión efectivamente centrada en el menor? – 1. Evolución de la institución de la adopción – 2. La Ley nº 183 de 1984: breve descripción de la ley y de las diferentes hipótesis de adopción – 3. La rigidez de la legislación: la inadecuación de la adopción plena a la evolución de los modelos familiares – 3.1. Adopción en casos especiales: un instrumento más flexible – 3.2. La reforma de 2015: el derecho del menor a la continuidad afectiva – 4. El canon de *imitatio naturae* y la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso a la adopción - 4.1. La homoparentalidad a la luz de la Ley 76/2016 de uniones civiles – 4.2. Adopción en casos especiales de un hijo de la pareja: evolución jurisprudencial de la institución – 5. Legislación italiana sobre el reconocimiento de resoluciones de adopción extranjeras – 5.1. El rol de

suplencia asumido por la jurisprudencia italiana en esta materia – 5.2. Transcripción de un acta de adopción constituida en el extranjero (Cass. SS.UU. 9006/2021) – 6. ¿Existe el derecho de adopción? Consideraciones sobre el derecho de adopción para las parejas del mismo sexo – 7. La adopción y el *best interests of the child*: un modelo de paternidad que realmente tiene en cuenta las necesidades del menor

## **Observaciones finales a la luz del análisis de las dos instituciones**

### **Sección I: Homoparentalidad y fecundación heteróloga: la finalidad terapéutica “*latu sensu*” de la Ley 40/2004**

#### 1. Procreación médicamente asistida: definición y técnicas. Un breve resumen

La procreación médicamente asistida siempre ha estado en el centro de un intenso debate y es uno de los temas que más centran la atención de los estudiosos y la jurisprudencia, pero también de la sociedad civil. Ello se debe a los importantes perfiles bioéticos de que está impregnada la materia y a la implicación de derechos fundamentales de la persona relativos a la familia y la filiación. Se trata de bienes de rango constitucional, pero también de importancia comunitaria e internacional. Se verá, en efecto, cómo los acontecimientos de la procreación médicamente asistida han atraído la atención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también han hecho necesaria la aplicación de fuentes normativas de rango comunitario y de convenios internacionales.

La procreación médicamente asistida o PMA es una técnica de inseminación aplicada a parejas infértiles o estériles<sup>196</sup>.

Estas patologías -la infertilidad y la esterilidad- son requisitos previos para el uso legítimo de técnicas procreadoras. Son fenómenos de vastas

---

<sup>196</sup> P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legal: quinta edición*, Giappichelli, Turín, 2013, *passim*.

dimensiones<sup>197</sup>, que la ciencia intenta abordar con técnicas y métodos cada vez más vanguardistas y en constante evolución. De hecho, realidades que hasta hace unos años podían parecer completamente utópicas, como la reproducción de la vida sin una actividad sexual normal entre un hombre y una mujer, se han convertido ahora en algo habitual. El tema que nos ocupa es especialmente delicado y complejo, por lo que hay que remitirse a nociones que pertenecen estrictamente al ámbito médico-técnico.

En particular, el término procreación médicamente asistida<sup>198</sup> se refiere de forma general y genérica a todas las técnicas anexas a la reproducción humana que prevén una intervención de los centros sanitarios sobre los gametos, es decir, óvulo y espermatozoide, con el fin de introducir un embarazo. La procreación artificial se produce, por tanto, cuando la concepción humana se produce por vías distintas a la relación sexual entre hombre y mujer<sup>199</sup>.

Por lo general, a este tipo de procedimientos y métodos recurren quienes, como ya se ha dicho, no pueden concebir un hijo por medios naturales, porque padecen infertilidad o esterilidad<sup>200</sup>.

En aras de la exhaustividad, cabe señalar que estos dos términos, a pesar de que las autoridades sanitarias, los proyectos ministeriales y el personal

---

<sup>197</sup> G. SCARAVELLI, *Che cosa è l'infertilità*, en *Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita*, en [www.iss.it](http://www.iss.it), 1 y ss.; C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, cit., 289.

<sup>198</sup> Sobre la evolución terminológica de la expresión "procreación médicamente asistida" R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, 4 ss.

<sup>199</sup> M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, en G. BONILINI, G. CATTANEO (eds.), *Il diritto di famiglia, III, Filiazione e adozione*, UTET, Turín, 2007, 251 y ss.

<sup>200</sup> La ley no especifica cuándo una pareja puede considerarse estéril o infértil. A tal efecto, intervinieron las Directrices (previstas en el artículo 7 de la Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004) publicadas por decreto del Ministro de Sanidad de 21 de julio de 2004 (G.U. de 16 de agosto de 2004, n° 191), que establecen que por esterilidad (infertilidad) debe entenderse "la ausencia de concepción, fuera de los casos de patología reconocida, tras 12/24 meses de relaciones sexuales regulares sin protección". Esta definición también se reiteró posteriormente en las Directrices publicadas por decreto del Ministro de Sanidad de 11 de abril de 2008 (G.U., 30 de abril de 2008, n.° 101) y en las más recientes Directrices publicadas por decreto del Ministro de Sanidad de 1 de julio de 2015 (G.U., 14 de julio de 2015, n.° 161). Para profundizar en la cuestión, véanse S. MANCUSO, C. GUIDA, A. ANZONE, *Capacità riproduttiva della donna oggi*, en *Med. e morale*, 1993, 53 y ss; A. CARDONE, C. BALBI, N. COLACURCI, *Manuale di ostetricia e ginecologia*, Piccin - Nuova Libreria, Nápoles, 2005, 447; M. DOLDI, *Voce di sterilità/Infertilità*, en *Enciclopedia di Bioetica e sessuologia*, en G. RUSSO (a cura di), Edizioni Internazionali Leumann, Roma, 2004, 1638 ss.

médico suelen considerarlos sinónimos, en realidad tienen significados relativamente diferentes<sup>201</sup>. La infertilidad es, de hecho, la incapacidad de concebir y procrear un hijo tras un año o más de relaciones sexuales sin protección, es decir, sin el uso concomitante de anticonceptivos, mientras que se considera infertilidad a la pareja en la que uno o ambos *miembros* están afectados por una condición física permanente que imposibilita la procreación<sup>202</sup>.

Dicho esto brevemente, es importante hacer algunas distinciones entre los diversos procedimientos que entran en la amplia categoría de reproducción asistida.

*En primer lugar, es necesario diversificar la inseminación artificial de tipo heterólogo (IAD: Inseminación Artificial Donante) de la inseminación artificial de tipo homólogo (IHA: Inseminación Artificial Homóloga).*

En el caso de la fecundación homóloga, de hecho, el material biológico pertenece a la misma pareja implicada en la procreación, con la consecuencia directa de que el feto tendrá el mismo patrimonio genético que los padres. La fecundación heteróloga, en cambio, presupone la participación de una tercera persona, ajena a la pareja, que es donante únicamente del gameto masculino<sup>203</sup> en los casos más frecuentes, o a veces del gameto femenino.

También pueden darse casos especiales de colaboración procreadora por parte de una mujer que no forme parte de la pareja y que se ofrezca, a título oneroso o gratuito, a llevar a término el embarazo y, en su caso, a conceder su propio material genético<sup>204</sup>. En estos casos, se habla de maternidad subrogada, definida como "la maternidad de aquellas mujeres que se ofrecen a tener un embarazo y gestar un hijo no para ellas, sino para otra mujer<sup>205</sup>". Como ya se ha mencionado, esta práctica, aunque técnicamente se encuadre en el ámbito de la procreación asistida, implica intereses y sujetos distintos

---

<sup>201</sup> Para más información sobre las diferencias entre los conceptos, véase G. SCARAVELLI, *Male and Female Infertility. ¿Qué son la infertilidad y la esterilidad?*, cit., 1 y ss.

<sup>202</sup> Esta condición se conoce como esterilidad primaria. Por otro lado, hablamos de infertilidad secundaria en los casos en los que es imposible concebir un segundo hijo después de haber concebido ya y/o completado con éxito un embarazo normal. Véase G. SCARAVELLI, *Male and Female Infertility. ¿Qué son la infertilidad y la esterilidad?*, cit., 2.

<sup>203</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 7.

<sup>204</sup> S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley Editrice, Macerata, 2007, 50.

<sup>205</sup> I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 1.

de los que entran en juego en el caso de la PMA y, por tanto, merece un análisis aparte<sup>206</sup>.

También se distingue entre la fecundación intracorpórea (in vivo) y las técnicas de fecundación extracorpórea.

En el primer caso, el proceso de fecundación y las fases iniciales del desarrollo embrionario se producen de forma natural en el útero de la mujer. Esta clasificación incluye, entre otras, la técnica IIU (inseminación intrauterina) -el método más utilizado-, que consiste en la introducción de semen masculino en el tracto genital femenino en ausencia de relaciones sexuales naturales, y la TIGF (transferencia intratubárica *de* gametos), que consiste en una transferencia intratubárica de gametos<sup>207</sup>. Sin embargo, aunque esta técnica requiere la recuperación de los óvulos femeninos, conlleva su reintroducción en el útero por separado de los espermatozoides<sup>208</sup>.

Las técnicas extracorpóreas son más recientes y considerablemente más complejas desde un punto de vista puramente técnico. Las más conocidas son la FIV (*fecundación in vitro* y transferencia de embriones) y la ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides). La FIV consiste en extraer quirúrgicamente el óvulo del ovario antes de su expulsión natural y colocarlo, junto con el líquido seminal masculino, en la trompa en la que se producirá la fecundación. El embrión formado como resultado de este procedimiento se implanta en el útero femenino, en un proceso conocido como "*transferencia*", y allí se desarrollará de forma natural<sup>209</sup>. Se trata de la primera técnica de fecundación artificial desarrollada: la primera FIV de un ovocito femenino data de 1973, y el nacimiento en Inglaterra de la primera niña obtenida por este método se produjo en 1978<sup>210</sup>.

La ICSI, por su parte, es una de las últimas técnicas desarrolladas. Consiste en introducir un único espermatozoide directamente en el ovocito mediante una microaguja bajo visión microscópica. La gran ventaja de este

---

<sup>206</sup> Consulte el Capítulo III para un análisis más profundo sobre este tema.

<sup>207</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 8.

<sup>208</sup> Los gametos masculino y femenino se introducen en un catéter y se mantienen separados por una burbuja de aire que impide que se fusionen; véase a este respecto M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., nota 2, p. 228.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 8. Se trata de Louise Joy Brown, de la que se habla en el apartado 2 de este capítulo.

procedimiento, en comparación con todos los demás, es que puede utilizarse para remediar tanto la infertilidad femenina como la muy común infertilidad masculina<sup>211</sup>.

Desde enero de 2007, se ha introducido una nueva técnica, la llamada IVM (*maduración in vitro*) de ovocitos. Consiste en extraer óvulos de los ovarios de una mujer cuando aún se encuentran en una fase inmadura. A continuación, los óvulos se cultivan en el laboratorio durante un periodo de veinticuatro a cuarenta y ocho horas, se fecundan y se implantan en el útero de la mujer. Este procedimiento permite a las mujeres no tener que someterse a un tratamiento hormonal y es mucho menos costoso que los métodos tradicionales de inseminación artificial.

Además de todos los mencionados anteriormente, existen otros muchos métodos que son utilizados por los especialistas en el campo de la procreación humana, como el ZIFT (*Zigote intra-fallopian Transfer*) y el TET (*Tubal Embryo Transfer*)<sup>212</sup>, que son variantes del anterior.

Una vez esbozado este breve repaso -desde un punto de vista técnico- del fenómeno, nos centraremos en el análisis de la evolución normativa de la materia, deteniéndonos a continuación en las sentencias jurisprudenciales que llevaron a la ley nº 40/2004 a sufrir modificaciones sustanciales.

## 2. El debate italiano sobre la PMA: *iter* y *ratio* de aprobación de la ley 40/2004.

Las técnicas de reproducción desarrolladas por la investigación científica permiten a las parejas que sufren esterilidad o infertilidad, así como a las

---

<sup>211</sup> Hay muchos hombres que tienen una baja concentración de espermatozoides en el líquido seminal, insuficiente para la FIV, o incluso ningún espermatozoide en esa secreción, mientras que retienen un número muy pequeño en el testículo. Con técnicas especiales es posible "aspirar" esos poquísimos espermatozoides e introducirlos después individualmente, precisamente por inyección intracitoplasmática, en el óvulo femenino, convenientemente tratado, para intentar la fecundación; *Ibid.* 8-9.

<sup>212</sup> Estas técnicas implican algunos de los tiempos de FIV de GIFT. Los cigotos (óvulos fecundados que aún no han iniciado la división celular y todavía no son preembriones - ZIFT) o los preembriones (TET) se transfieren a las trompas.

parejas portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles, realizar su proyecto parental<sup>213</sup> .

Tras años de vacío legislativo y después de una problemática *tramitación* parlamentaria, la procreación médicamente asistida quedó regulada en el ordenamiento jurídico italiano por la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre "Normas relativas a la procreación médicamente asistida".

En dicha ley, la PMA se define como el conjunto de productos sanitarios y quirúrgicos destinados a "facilitar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humanas [...] cuando no existan otros métodos eficaces para eliminar las causas de esterilidad o infertilidad".

(P. 68) Sin entrar en el fondo de toda la historia legislativa y judicial de la ley nº 40/2004 que regula las técnicas de procreación médicamente asistida, nos limitaremos a esbozar el esquema general de las etapas de lo que se ha calificado en la doctrina como un auténtico "martirio judicial"<sup>214</sup> .

La Ley 40/2004 se promulgó para poner fin a la "anarquía procreativa"<sup>215</sup> , generalizada antes de su promulgación<sup>216</sup> . De hecho, a falta de indicaciones y limitaciones precisas, en el período anterior a la promulgación de la ley, las técnicas de fecundación artificial se practicaban sin embargo ampliamente y, en la mayoría de los casos, de forma muy arbitraria.

El fenómeno de la procreación médicamente asistida ha evolucionado lentamente<sup>217</sup> y alcanzó un punto de inflexión a finales de la década de 1970,

---

<sup>213</sup> G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, en *Il Corriere Giuridico*, 6, 2004, 810 y ss., define la "procreación asistida" como "procreación por elección".

<sup>214</sup> Véase A. VITALE, *Legge 40/2004: breve storia di un martirio giudiziario*, 9 maggio 2013, en [www.uccronline.it](http://www.uccronline.it), 1 y ss.

<sup>215</sup> Véase G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI, *Recte Sapere - Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Giappichelli, Turín, 2014, 226.

<sup>216</sup> Véase para mayor estudio V. BALDINI, *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2004, 176 y ss.

<sup>217</sup> Según algunas investigaciones históricas, los primeros experimentos conocidos se realizaron en el ámbito zootécnico. La primera investigación que obtuvo resultados positivos fue la de Lazzaro Spallanzani (considerado por muchos el padre científico de la fecundación heteróloga), quien, en 1777, consiguió fecundar artificialmente a una perrita que dio a luz cachorros perfectamente sanos (L. COPPOLA, G. A. COPPOLA, *Riproduzione umana: dalle origini ai nostri giorni*, en *Dialogando - Riproduzione umana e prevenzione dei difetti congeniti tra biotecnologia, normativa ed etica*, 21 de agosto de 2003, 1 y ss.). En 1884, en Inglaterra, Pancoast llevó a cabo la primera inseminación heteróloga documentada, seguida más tarde en Italia por Paolo Mantegazza, quien, entre otras cosas, formuló por primera vez

cuando el investigador británico Dr. Robert Edwards realizó la primera fecundación in vitro en un ser humano<sup>218</sup>. El nacimiento de Louise Joy Brown es, de hecho, el acontecimiento que marcó el punto de partida de una nueva era en el campo de la procreación humana médicamente asistida.

El primer embarazo obtenido mediante la inyección de espermatozoides únicos en el citoplasma de ovocitos humanos, es decir, mediante la técnica antes mencionada y descrita conocida como ICSI, se remonta a 1968<sup>219</sup>. En 1982 se comunicó el primer embarazo obtenido con embriones congelados y, pocos años después, comenzaron las primeras donaciones de óvulos a mujeres mayores de 40 años<sup>220</sup>.

Tras unos comienzos inciertos, caracterizados por fuertes dudas sobre la eficacia real de las nuevas técnicas y duras objeciones por parte de muchos sectores, la fecundación asistida comenzó a extenderse y establecerse rápidamente en los distintos países durante la década de 1980<sup>221</sup>.

---

la hipótesis de crear un banco de espermatozoides congelados para utilizarlos tanto en el ámbito veterinario como en el humano, con un uso dirigido sobre todo a garantizar la descendencia de los soldados que partían a la guerra (L. COPPOLA, G. A. COPPOLA, *Riproduzione umana: dalle origini ai nostri giorni*, in *Dialogando – Riproduzione umana e prevenzione dei difetti congeniti tra biotecnologia, normativa ed etica*, cit., 2). También durante este periodo se realizaron importantes descubrimientos científicos; se idearon las primeras pruebas biológicas de embarazo, se iniciaron las primeras terapias hormonales y la fecundación homóloga se convirtió en práctica rutinaria (S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, 18-19). En 1965, Patrick Steptoe y Robert Edward publicaron los primeros datos sobre la fecundación in vitro de ovocitos humanos; a partir de esta información, la *Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos* encargó una serie de estudios destinados a establecer el momento de un embarazo artificial. Resultó que tal acontecimiento no sería factible hasta dentro de veinticinco años, pero el 25 de julio de 1978 Edward y Steptoe anunciaron el nacimiento de Louise Joy Brown, la primera niña concebida in vitro. L. COPPOLA, G. A. COPPOLA, *Riproduzione umana: dalle origini ai nostri giorni*, cit., 2. Véase también A. PANZAVOLTA, *La procreazione medicalmente assistita in Italia, entrevista con Silvia Vegeti Finzi*, Centro studi e ricerche, Forlì, 1 ss.

<sup>218</sup> Para una reconstrucción de la historia de la fecundación artificial, véase C. FLAMINGHI, *La fertilizzazione extra-corporea*, cit., 1437 y ss.; C. FLAMINGHI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, cit., passim.

<sup>219</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 8.

<sup>220</sup> S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 19.

<sup>221</sup> En Italia, el primer menor, fruto de la inseminación artificial, nació en Nápoles en 1983; en 1984 se nombró la Comisión Santosusso, que, tras trabajar desde el 31 de octubre de ese año hasta el 22 de noviembre de 1985, al concluir sus trabajos, presentó dos proyectos de ley diferentes. La propuesta de Santosusso, sin embargo, no se tomó en consideración, ya que algunos comentaristas consideraron que carecía de base para cualquier acuerdo político y otros argumentaron que la propuesta era demasiado "avanzada", ya que de alguna manera

Por ello, la irrupción de esta revolucionaria técnica ha llevado a varios Estados a regular el fenómeno, dictando normas específicas sobre el acceso a las técnicas de procreación, su aplicación y el estatuto jurídico de los nacidos como resultado de la PMA<sup>222</sup>.

Así, mientras que otros Estados europeos han legislado sobre la materia sin especiales dificultades, en Italia la falta de una visión unívoca desde el punto de vista ético ha obstaculizado el camino hacia la regulación de la PMA, desembocando finalmente en la aprobación de una legislación muy restrictiva. La gran variedad de opiniones y teorías sobre el tema del inicio de la vida había quedado patente con el dictamen de 1994 del Comité Nacional de Bioética, que reconocía las dificultades de proponer soluciones sistemáticas que pudieran tratar en detalle todas las implicaciones de las técnicas de procreación asistida<sup>223</sup>.

En cualquier caso, ante el silencio del legislador, las técnicas reproductivas desarrolladas por la ciencia también se utilizaron durante mucho tiempo en Italia en un contexto tendencialmente permisivo, factor que posteriormente fomentó la reacción crítica a la Ley nº 40/2004<sup>224</sup> y su progresivo desmantelamiento.

En ausencia de regulación positiva específica, de hecho, las prácticas de procreación -homólogas y heterólogas- y las pruebas de diagnóstico preimplantacional se consideraban lícitas.

Incluso en los años anteriores a la aprobación de la Ley nº 40, la jurisprudencia de legitimación había aclarado cómo, en el contexto de la fecundación heteróloga, la inseminación artificial de la esposa no podía considerarse adulterio y, en consecuencia, había declarado que la acción de

---

admitía la procreación heteróloga médicamente asistida. Véase E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica, Vol. I, Fondamenti ed etica biomedica*, Edizioni Vita e Pensiero, Milán, 2007, p. 351.

<sup>222</sup> Para un examen de la legislación extranjera, véase C. CASONATO, T. E. FROSINI (eds.), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 2006; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Un studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

<sup>223</sup> Comité Nacional de Bioética, *C.N.B. Dictamen sobre las técnicas de procreación asistida. Resumen y conclusiones*, 17 de junio de 1994.

<sup>224</sup> L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, cit., 39 y ss., quien escribe: "si se puede hacer una crítica a las decisiones tomadas en esta materia, es que se hicieron tarde con respecto a los avances tecnológicos, cuando para entonces el consenso sobre determinadas prácticas se había generalizado (...)".

repudiación de la paternidad por parte del marido que había prestado su consentimiento a dicha técnica de procreación era inejercible<sup>225</sup>.

Así pues, con esa sentencia, el Tribunal de Casación había afirmado implícitamente la legitimidad de la fecundación heteróloga y su idoneidad para conferir al hijo así concebido la *condición de* hijo matrimonial.

Este es el contexto en el que se inscribe la Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004,<sup>226</sup>, aprobada al término de una *tramitación* parlamentaria excepcionalmente larga y atormentada.

Durante diecinueve años, de hecho, la cuestión de la regulación de la materia suscitó encarnizados debates, órdenes ministeriales y enfrentamientos políticos sin que se encontrara una solución normativa concreta a estas cuestiones. En la 14ª legislatura, se presentaron y/o volvieron a presentar dieciséis proyectos de ley en la Cámara de Diputados y doce más en el Senado.

---

<sup>225</sup> Cf. Tribunal de Casación, 16 de marzo de 1999, n° 2315, en *Famiglia e diritto*, 3, 1999, 233 ss., con nota de M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*; en *Giustizia Civile*, 1999, I, 1317 ss., con nota de C. M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*. Este pronunciamiento siguió a la sentencia del Tribunal Constitucional, 26 de septiembre de 1998, n° 347, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, 51 ss., con nota de E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa*. El Tribunal Constitucional, al rechazar la cuestión de legitimidad planteada por el Tribunal de Nápoles, había precisado que "no se trata en modo alguno, en esta ocasión, de pronunciarse sobre la legitimidad de la inseminación artificial heteróloga, ni de cuestionar el principio de indisponibilidad de los *estatutos* en la relación de filiación, principio sobre el que pueden incidir las diversas posibilidades que ofrecen hoy las técnicas aplicadas a la procreación. Todo esto queda fuera del ámbito de este juicio de constitucionalidad. En cambio, se trata de proteger también a la persona nacida como resultado de la fecundación asistida, con lo que inevitablemente entran en juego varios requisitos constitucionales".

<sup>226</sup> Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004 - Normas sobre procreación médicamente asistida (G.U. n° 45 de 24 de febrero de 2004). Entre los primeros comentarios sobre la ley, véase R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit.; A. CELOTTO, N. ZANON (eds.), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (eds.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit.; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2004, 113 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 628 ss.; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?* en *Il Corriere Giuridico*, 11, 2004, 1405 y ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit.; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato seicco*, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2004, 793 y ss. Véase también el capítulo I para detalles bibliográficos.

Tras el inicio del debate en la Cámara de Diputados, todas las propuestas se coordinaron en un único texto, que fue aprobado tras un largo debate el 18 de junio de 2002. En el Senado, tras numerosas audiencias y el examen de la Comisión Duodécima, el texto fue debatido en la Cámara y finalmente aprobado el 11 de diciembre de 2003, para ser devuelto a la Cámara de Diputados con una modificación sobre la carga económica.

El texto se publicó en el Diario Oficial el 24 de febrero y entró en vigor el 10 de marzo de 2004.

Con la aprobación de la Ley nº 40/2004, con un retraso considerable y significativo en comparación con otros países europeos, nació así en Italia el primer intento de regular la procreación médicamente asistida<sup>227</sup>.

Esta ley, como se preveía, era especialmente restrictiva y punitiva, prohibiendo precisamente las prácticas que se venían aplicando en Italia desde hacía más de diez años.

Las reacciones críticas no se hicieron esperar y, en el espacio de una década, la norma fue completamente desvirtuada en su marco conceptual por los Tribunales de legitimación y de mérito, que progresivamente fueron saneando los contrastes que la ley presentaba con los principios constitucionales internos y de la UE<sup>228</sup>.

La larga historia de intentos de modificar la Ley 40 comenzó en 2005, año en que la propia ley fue sometida a *referéndum*<sup>229</sup>. De hecho, hacia finales del mismo año en que entró en vigor la ley, se presentaron no menos de cinco solicitudes de *referéndum* derogatorio, de conformidad con el artículo 75 de la Constitución italiana: la primera de ellas pedía la derogación total de la ley para someterla a la decisión del cuerpo electoral, mientras que las otras cuatro solicitaban la derogación de disposiciones concretas, relativas, sobre todo, a los temas más controvertidos de la ley. En concreto, los objetivos de las solicitudes de referéndum eran permitir la fecundación heteróloga y el diagnóstico preimplantacional, posibilitar la revocación del propio

---

<sup>227</sup> G.B. LA SALA, G. M. COLPI, S. PALOMBA, A. NICOLI, L. DE PASCALIS, M. T. VILLANI, *Infertilità umana: principi e pratica*, Edizioni Edra, Milán, 2014, 203-209.

<sup>228</sup> RICCI G, N. CANNOVO, A. SIRIGNANO, *La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico*, in *Riv. It. Ostet. Ginecologia*, 25, 2010, 82-90.

<sup>229</sup> Para un examen de la institución del referéndum y, en concreto, de los referendos abrogativos sobre la ley PMA, véase M. AINIS (ed.), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milán, 2005.

consentimiento incluso después de que se hayan formado los embriones, garantizar el acceso a las técnicas de PPA también a las parejas portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles, eliminar el principio de gradualidad del recurso a las técnicas y restablecer el número de embriones que pueden crearse in vitro<sup>230</sup>.

La Consulta<sup>231</sup> admitió cuatro de los cinco referendos propuestos, mientras que el quinto, que afectaba a toda la ley, fue declarado inadmisibile. La inadmisibilidad, según el Tribunal, derivaba del carácter constitucionalmente necesario de la legislación<sup>232</sup>, característica que impedía la derogación pura y simple de la ley en su totalidad. Sin embargo, aunque la Ley nº 40 se calificó de constitucionalmente necesaria, no se especificó cuál era la protección mínima constitucionalmente indispensable prevista por la misma ley. El Tribunal se limitó a precisar cómo la Ley nº 40 de 2004 representaba la "primera legislación orgánica relativa a un sector delicado, que en los últimos años ha experimentado un desarrollo correlativo al de la investigación y las técnicas médicas, y que sin duda implica una pluralidad de importantes intereses constitucionales, que, considerados en su conjunto, postulan al menos una ponderación entre ellos que garantice un nivel mínimo de protección legislativa". Además, los demás requisitos del referéndum, relativos a disposiciones específicas, fueron declarados admisibles por el Tribunal, a pesar de que su eventual resultado positivo habría alterado de hecho radicalmente la estructura de la ley<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Véase C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e Libertà*, Giappichelli, Turín, 2014, 176 y ss.

<sup>231</sup> Corte Costituzionale, 28 de enero de 2005, núms. 45, 46, 47, 48 y 49, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2005, 337 y ss., con nota de G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle 'leggi costituzionalmente necessarie'*.

<sup>232</sup> El pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue interpretado de forma diferente por A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, en *Quaderni costituzionali*, 3, 2005, 545 y ss.

<sup>233</sup> Véase B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 58 ss. El juez de leyes parece haberse contradicho al afirmar que "Por un lado, en efecto, la solicitud de referéndum sobre la totalidad de la ley no fue admitida porque constituía la primera legislación orgánica que, de haber fracasado, habría conducido a un vacío legislativo. Esto calificó a la Ley nº 40 de disciplina constitucionalmente necesaria (...). Por otro lado, se admitieron las cuatro preguntas "parciales", que podrían haber producido un resultado similar (respecto a la solicitud "total") de derogación casi completa o, en todo caso, relativa a los principios clave de la disciplina".

Como se analizará a lo largo del debate, se sometieron a *referéndum* las mismas disposiciones que posteriormente fueron objeto de diversos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia nacional y supranacional y que, en parte, fueron declaradas ilegítimas por el propio Tribunal Constitucional.

A pesar de que el referéndum de 2005 no alcanzó el *quórum mínimo*, dejando la ley momentáneamente intacta, el debate no se ha apagado.

El acalorado debate sobre el tema de la PMA ha dado lugar a la remodelación gradual de la Ley nº 40 de 2004, e incluso hoy en día, los profesionales del Derecho siguen preguntándose sobre varias cuestiones sin resolver<sup>234</sup>.

### 3. Breve resumen de la ley. Principios y objetivos.

La Ley nº 40 sobre procreación médicamente asistida, aprobada por el Parlamento el 19 de febrero de 2004, fue el resultado de un esfuerzo de síntesis de diferentes sensibilidades<sup>235</sup>, encaminado a obtener una legislación que equiparara a Italia con el resto de países europeos, dotando por primera vez de una ley a un sector de gran interés social como es el de la procreación médicamente asistida.

Esta legislación, que entró en vigor el 10 de marzo de 2004 y consta de dieciocho artículos divididos en siete capítulos, fue posteriormente aplicada y completada por una serie de actos no legislativos, las Directrices<sup>236</sup>, publicadas en aplicación del artículo 7 de la misma ley, y varios decretos ministeriales<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> G. RICCI, P. DELBON, A. CONTI, A. SIRIGNANO, *El difícil camino normativo italiano sobre la procreación médicamente asistida: revisión bibliográfica y estado de la cuestión*, en *Clinica Terapeutica*, 3, 2015, 234 y ss.

<sup>235</sup> D. NERI, *Una legge 'scoraggiante'*, en *Notizie di Politeia*, XXI, 77, 2005, 121-130; A. BOMPIANI, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Edizioni Vita e Pensiero, Milán, 2006, 12.

<sup>236</sup> A. CARDONE, *Dalla conoscenza delle prassi medico-scientifiche un aiuto all'interpretazione delle provvedimenti*, en *Guida al diritto-Il Sole 24 Ore*, 2004, 21.

<sup>237</sup> A saber, el decreto del Ministerio de Sanidad de 4 de agosto de 2004 que contiene las "Normas en materia de procreación médicamente asistida", en G.U. n.º 200 de 26 de agosto de 2004, 7; el decreto del Ministro de Sanidad de 9 de junio de 2004 sobre la "Determinación de los criterios para la distribución de las sumas a que se refiere el artículo 18 de la Ley n.º

En cuanto a la estructura de la ley, el capítulo I (arts. 1 a 3) establece los principios generales y, en particular, el art. 1 fija los fines de la legislación. El capítulo II (artículos 4 y 7) establece los requisitos objetivos y subjetivos para acceder a las técnicas de reproducción médicamente asistida, mientras que el capítulo III (artículos 8 y 9) se refiere a las disposiciones sobre la protección del feto. El capítulo IV (arts. 10 y 11), por su parte, tiene por objeto regular las instalaciones en las que pueden practicarse las técnicas de PMA, previendo la creación de un registro de instalaciones autorizadas. El capítulo V (artículo 12) prevé, aunque sólo en parte, sanciones por incumplimiento de los preceptos establecidos en la ley, divididas en sanciones administrativas y sanciones penales, así como sanciones accesorias. Los artículos 13 y 14 también prevén otras sanciones.

A continuación, el capítulo VI (artículos 13 y 14) establece las normas de protección de los embriones, prohibiendo la experimentación con ellos y fijando límites a la aplicación de las técnicas de PMA. Por último, el Capítulo VII (arts. 15, 16, 17 y 18) dicta las disposiciones finales y transitorias.

Esta normativa especialmente restrictiva se promulgó para poner fin a una situación del ordenamiento jurídico italiano definida como el "far west" procreativo<sup>238</sup>. Sin embargo, al poner límites extremadamente estrictos a las nuevas tecnologías reproductivas, implicaba problemas de compatibilidad con varios derechos protegidos constitucionalmente: desde la salud de la mujer, a la autonomía de las parejas en sus opciones personales, pasando por el derecho a la investigación científica y la autonomía de los médicos en sus opciones terapéuticas, y otros<sup>239</sup>.

---

Nº 40, de 19 de febrero de 2004, relativo al "Reglamento sobre la procreación médicamente asistida", en G.U. Nº 229, de 29 de septiembre de 2004, 14; el Decreto del Ministro de Sanidad y del Ministro de Justicia Nº 336, de 16 de diciembre de 2004, que contiene el "Reglamento sobre la procreación médicamente asistida", en G.U. n° 42, de 21 de febrero de 2005, 15 y ss.; y, por último, el decreto del Ministro de Sanidad de 7 de octubre de 2005 relativo a la "Creación del registro nacional de establecimientos autorizados para la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida, de embriones formados y nacidos como resultado de la aplicación de dichas técnicas", en G.U. n° 282, de 3 de diciembre de 2005, 3 y ss.

<sup>238</sup> F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milán, Giuffrè Editore, 2011, 68.

<sup>239</sup> En este sentido G. FERRANDO, *Come cambiare una legge ingiusta*, en *Notizie di Politeia*, 2005, 51.

Por tanto, la legislatura de 2004 excluye el libre acceso a las tecnologías reproductivas. El recurso a las técnicas de PMA se sitúa en una perspectiva reparadora y, por tanto, sólo se permite cuando se comprueba la imposibilidad de eliminar alternativamente las causas que impiden la procreación biológica. El acceso está restringido a los casos de esterilidad e infertilidad inexplicables que estén documentados por un acto médico o a aquellos casos de infertilidad y esterilidad cuya causa esté comprobada y certificada por un acto médico<sup>240</sup>.

En cuanto a los requisitos subjetivos, las técnicas de PMA no están al alcance de todo el mundo, sino sólo de parejas mayores de edad, casadas o al menos cohabitantes *more uxorio*, en edad potencialmente fértil y que vivan ambas<sup>241</sup>.

Además, la ley en su forma original, apartándose a este respecto de la solución adoptada en otros países europeos, permitía única y exclusivamente la fecundación homóloga. Las personas que hubieran recurrido a técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida, inicialmente prohibidas<sup>242</sup>, habrían incurrido en penas particulares<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> El artículo 4 de la Ley nº 40/2004 establece que "1. El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida sólo está permitido cuando se compruebe la imposibilidad de eliminar de otro modo las causas que impiden la procreación y se limita, en cualquier caso, a los casos de esterilidad o infertilidad inexplicada documentada por un acto médico, así como a los casos de esterilidad o infertilidad debida a una causa comprobada y certificada por un acto médico 2. El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida está permitido cuando se compruebe la imposibilidad de eliminar de otro modo las causas que impiden la procreación. Las técnicas de procreación médicamente asistida se aplicarán sobre la base de los siguientes principios: a) gradualidad, con el fin de evitar el recurso a intervenciones técnica y psicológicamente más gravosas para los receptores, guiándose por el principio de mínima invasividad; b) consentimiento informado, que deberá otorgarse de conformidad con el artículo 6. Queda prohibida la utilización de técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida".

<sup>241</sup> El artículo 5 de la ley nº 40/2004 establece que "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4, las técnicas de procreación médicamente asistida podrán ser utilizadas por parejas adultas de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, que vivan ambas".

<sup>242</sup> El artículo 4(3) de la Ley establece expresamente que "se prohíbe el recurso a técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida".

<sup>243</sup> El artículo 12 de la ley, titulado "Prohibiciones y sanciones", establece que: "1. Será castigado con una sanción administrativa pecuniaria de 300.000 a 600.000 euros quien, por cualquier motivo, utilice gametos de personas ajenas a la pareja solicitante con fines procreativos, infringiendo lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3.". Será castigado con una sanción administrativa pecuniaria de 200.000 a 400.000 euros el que, por cualquier motivo, infringiendo lo dispuesto en el artículo 5, aplique técnicas de procreación médicamente asistida a parejas cuyos miembros no vivan ambos o uno de cuyos miembros sea menor de edad o estén compuestas por personas del mismo sexo o no estén casadas o no convivan. 3.

Desde el punto de vista del estatuto jurídico, los hijos nacidos como consecuencia de la PMA tienen la condición de hijos legítimos (si los padres están unidos en matrimonio) o, en todo caso, de hijos naturales reconocidos automáticamente, si los padres conviven *more uxorio* (artículo 8)<sup>244</sup>. Así pues, la madre del menor no puede negarse a que se mencione su nombre en el certificado de nacimiento (apartado 2 del artículo 9)<sup>245</sup>.

Conscientes de que no será posible examinar aquí la legislación en detalle, nos centraremos en los aspectos relevantes para el debate.

---

Para comprobar los requisitos establecidos en el apartado 2, el médico utilizará una declaración firmada por los solicitantes. En caso de declaraciones falsas, se aplicarán los apartados 1 y 2 del artículo 76 del Texto Único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de documentación administrativa, mencionado en el Decreto Presidencial nº 445 de 28 de diciembre de 2000. 4. Quien aplique técnicas de procreación médicamente asistida sin haber obtenido el consentimiento en la forma establecida en el artículo 6 será castigado con una multa de 5.000 a 50.000 euros. 5. Quien por cualquier motivo aplique técnicas de procreación médicamente asistida en instalaciones distintas de las contempladas en el artículo 10 será castigado con una sanción administrativa pecuniaria de 100.000 a 300.000 euros. 6. El que, bajo cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con penas de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros. 7. Se castigará con pena de prisión de diez a veinte años y multa de 600.000 a un millón de euros a quien lleve a cabo un proceso destinado a obtener un ser humano descendiente de una única célula de partida, posiblemente idéntico, en lo que respecta al patrimonio genético nuclear, a otro ser humano vivo o muerto. El médico también será castigado con la prohibición perpetua de ejercer su profesión. 8. El hombre o la mujer a quienes se apliquen las técnicas en los casos contemplados en los apartados 1, 2, 4 y 5 no serán punibles. 9. El hombre o la mujer a quienes se apliquen las técnicas en los casos contemplados en los apartados 1, 2, 4 y 5 no serán punibles. Se impondrá una suspensión de uno a tres años del ejercicio profesional al profesional de la salud condenado por uno de los delitos contemplados en el presente artículo, salvo lo dispuesto en el apartado 7. 10. La autorización concedida en virtud del artículo 10 al establecimiento en el que se realice una de las prácticas prohibidas en virtud del presente artículo queda suspendida durante un año. En caso de violación múltiple de las prohibiciones establecidas en el presente artículo o de reincidencia, la autorización podrá ser revocada". La prohibición del uso de técnicas heterólogas de PMA fue declarada inconstitucional, como se verá más adelante, por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 162 de 2014.

<sup>244</sup> Véase la Ley 40/2004, Capítulo III, Disposiciones relativas a la protección del nasciturus, art. 8, Estatuto jurídico del menor nacido: "Los menores nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida tienen la condición de hijos legítimos o reconocidos de la pareja que haya manifestado la voluntad de recurrir a dichas técnicas [...]".

<sup>245</sup> Véase la Ley 40/2004, Capítulo III, Disposiciones relativas a la protección del nasciturus, art. 9, apartado 2, Prohibición de la negación de la paternidad y del anonimato de la madre: "[...]La madre de un menor nacido como consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida no podrá declarar su voluntad de no ser nombrada, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, del reglamento de aplicación del Decreto Presidencial nº 396, de 3 de noviembre de 2000. [...]".

Teniendo esto en cuenta, antes de pasar al análisis jurisprudencial que modificó la estructura de la norma, es importante detenerse en los fines perseguidos por la ley, al menos en su formulación original.

### 3.1. El carácter terapéutico de la PMA y la protección del concebido

El apartado 1 del artículo 1 establece que la procreación médicamente asistida está permitida con el fin de superar estados de esterilidad o infertilidad y únicamente en las condiciones y en la forma previstas por dicha ley.

Este artículo delimita preliminarmente el campo en el que está permitido recurrir a las técnicas de AMP, que viene definido tanto por las condiciones y modalidades establecidas por la ley como por una limitación interna, consistente en el objetivo de "facilitar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humanas".

El principio de subsidiariedad contenido en el apartado 2 del artículo 1 se reafirma a continuación en el artículo 4, que, actuando como especificación de este último, dispone que "el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida sólo está permitido cuando se compruebe la imposibilidad de eliminar de otro modo las causas que impiden la procreación y se limita, en cualquier caso, a los casos de esterilidad o infertilidad inexplicadas y documentadas por un acto médico, así como a los casos de esterilidad o infertilidad debidas a una causa comprobada y certificada por un acto médico".

De la lectura del apartado 2 del artículo 1 se desprenden inmediatamente dos aspectos.

En primer lugar, al permitir el uso de las técnicas de PMA "si no existen otros métodos eficaces"<sup>246</sup>, el legislador de 2004 condicionó su licitud a su aplicación terapéutica<sup>247</sup>, en el sentido de que la PMA representa una terapia,

---

<sup>246</sup> Métodos farmacológicos (como la administración de hormonas para inducir la ovulación que de otro modo estaría ausente) o quirúrgicos (como la microcirugía en caso de patología tubárica).

<sup>247</sup> El carácter específicamente terapéutico de las técnicas de PMA fue confirmado por el Tribunal de Casación, que rechazó la demanda de un preso que había solicitado acceder a ellas únicamente porque no podía mantener relaciones con su *pareja*. En efecto, el estado de alejamiento no se equipara, según el Tribunal, a la existencia de las patologías indicadas (Cass. pen., sez. I, 10 de mayo de 2007, n° 20673).

o más bien la última terapia posible, para resolver la infertilidad o la esterilidad<sup>248</sup>, a pesar de que esta última no es en realidad curativa, ya que se limitaría a eludir la causa de la infertilidad o la esterilidad, sin curarla.

La respuesta a estas cuestiones y, por tanto, en última instancia, a la elección del legislador de considerar la procreación artificial como último recurso, se encuentra en el carácter ideológico de la disciplina contenida en la ley (en particular, en el artículo 1, apartado 2, y en el artículo 4, apartado 1), que confiere un valor primario al acto de procreación con la consiguiente oposición implícita al instrumento de la fecundación asistida, debido a la disociación propia de este último entre el acto conyugal y la procreación.

En segundo lugar, la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 1, al permitir el recurso al protocolo PMA para superar condiciones de esterilidad o infertilidad, limita el acceso a las propias técnicas a quienes no tienen otra forma de procrear, excluyendo implícitamente a las personas fértiles pero portadoras de graves enfermedades genéticas transmisibles a su descendencia<sup>249</sup> y creando al mismo tiempo una singular desigualdad entre las parejas portadoras de enfermedades genéticas.

En relación con estos aspectos, como se verá más adelante, la intervención de la Corte Constitucional en la Sentencia No. 164 de 2014 reconfigurará la estructura de la norma<sup>250</sup>.

A continuación, la ley establece que su finalidad adicional es garantizar los derechos de todos los sujetos implicados en las técnicas de PIA, "incluido

---

<sup>248</sup> En la ley se insiste continuamente (arts. 1, 4, 5 y 6) en que el recurso a la PMA está permitido cuando no existen otros métodos terapéuticos o cuando las causas de esterilidad o infertilidad no pueden eliminarse de otro modo. Este aspecto también se desprendería del hecho de que se afirme que la adopción se considera preferible a la fecundación asistida, y que se permita la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, posibilidad que no encuentra justificación cuando se razona en términos de práctica clínica habitual.

<sup>249</sup> F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, cit., 117.

<sup>250</sup> Véase el § 5 de la Sec. I de este Capítulo.

el menor concebido"<sup>251</sup> , a quien se otorga así expresamente subjetividad jurídica por primera vez<sup>252</sup> .

La importancia de la calificación del concebido como "sujeto" es significativa sobre todo si se vincula a la titularidad de los derechos humanos: aspecto que, en consecuencia, llevaría a su posible equiparación con otros sujetos. En este punto, sin embargo, hay orientaciones contrarias. Según algunos autores<sup>253</sup> , en línea con la orientación del legislador, la norma expresaría la voluntad de reconocer plena subjetividad jurídica al concebido-embrión, cuestión, sin embargo, que, según otros, pondría en entredicho el principio afirmado por el artículo 1 del Código Civil italiano, según el cual es con el nacimiento cuando el sujeto adquiere capacidad jurídica y, por tanto, también reconocimiento como sujeto ante el ordenamiento jurídico. Para otros<sup>254</sup> , la verdadera razón por la que no parece posible reconocer la subjetividad y, por tanto, la titularidad de derechos subjetivos al nasciturus es que tal reconocimiento es incompatible con la ausencia de autonomía e interdependencia del concebido con la madre de la que forma parte.

Aunque la norma se refiere al concebido y no al embrión, parte de la doctrina identifica los dos términos en cuestión, considerando que las normas

---

<sup>251</sup> Ley no. 194/1978 situaba la protección del menor concebido junto a la de la salud de la mujer embarazada entre los objetivos que perseguía: "el Estado reconoce el valor social de la maternidad, protege la vida humana desde su inicio y, en consecuencia, se compromete, a través de la red de centros de asesoramiento familiar, a informar a las mujeres de sus derechos y de los servicios que les ofrecen concretamente las estructuras locales y a contribuir a superar las causas que podrían inducir las a interrumpir un embarazo (mediante entrevistas con el médico, con el equipo del centro de asesoramiento o de la estructura socio-sanitaria y con la puesta a disposición de una pausa de reflexión)". Cabe señalar, no obstante, que la parte modificada del artículo 1 no es totalmente idéntica al texto finalmente adoptado, en el que la expresión "incluidos los concebidos" sustituyó a la anterior "en particular de los concebidos".

<sup>252</sup> Algunos autores han señalado la connotación ideológica de la ley puesta de manifiesto por la enunciación dentro del texto normativo, concretamente en el artículo 1 de la ley, de las motivaciones sociopolíticas de las elecciones realizadas, así como la declamación inicial sobre la protección de la vida prenatal, que pasa por la subjetivización del concebido. Cf. N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, ponencia en la Conferencia "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 de enero de 2005, Accademia dei Lincei, cuyas actas se publican en <http://www.laprocreazioneassistita.it>; E. COMPAGNO, *La procreazione medicalmente assistita In Italia e in Francia*, Edizioni Lampi di Stampa, Milano, 2011, 90.

<sup>253</sup> A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e Dir.*, 2, 2005, 204.

<sup>254</sup> B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, en *Dir. Famiglia*, 04, 2005, 1379.

en defensa del concebido pueden identificarse en las dictadas para la defensa del propio embrión<sup>255</sup>. Encontrar una respuesta a la pregunta de qué es el embrión para la ley es especialmente complejo. La dificultad surge, por un lado, de la ausencia de una definición específica de embrión tanto en el Derecho nacional como en el supranacional y, por otro, del hecho de que en el mismo ámbito de las ciencias biológicas existen diferentes posturas conceptuales que se refieren a distintas etapas del período prenatal como el momento de inicio de la vida humana individual<sup>256</sup>. En cualquier caso, parece claro que el legislador, al construir la Ley 40, quiso dar cabida a la protección del embrión, en línea con la adhesión a un preciso planteamiento ideológico que impregna la estructura general de la ley.

Así las cosas, lo restrictivo del reglamento ha hecho reaccionar a la doctrina jurisprudencial.

De hecho, desde 2004 hasta hoy se han presentado numerosos recursos y se han planteado cuestiones sobre los diversos artículos de la propia ley, cuya legitimidad y excesiva severidad han sido cuestionadas.

### 3.2. Requisitos objetivos y subjetivos

---

<sup>255</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit.

<sup>256</sup> Esta es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina y la jurisprudencia en la que no es posible entrar aquí. Véase, entre otros y sin ninguna pretensión de exhaustividad, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 87; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Turín, 2012, 177 ss.; A. BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, en *Familia*, I, 2004, 979 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 331 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Turín, 2004, 29 ss.; M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, en M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (eds.), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2010, 19 y ss.; M. RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, en F. CORTESE, M. TOMASI (eds.), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2016, 247 ss.; G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 589 ss.; C. PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2016, 790-798.

La Ley n° 40 de 2004 estableció requisitos objetivos y subjetivos específicos para acceder a las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, una serie de sentencias del Tribunal Constitucional han afectado significativamente a la estructura de la legislación y, como resultado, hoy en día el marco para el acceso a las técnicas de fecundación asistida es profundamente diferente al esbozado por el legislador en 2004.

Por lo que respecta a los requisitos objetivos, los artículos 1 y 4 de la ley establecen que el recurso a la PMA sólo está permitido "si no existen otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de esterilidad o infertilidad" y que el acceso a las técnicas está "limitado a los casos de esterilidad o infertilidad inexplicables documentados por un acto médico, así como a los casos de esterilidad o infertilidad por una causa comprobada certificada por un acto médico".

Por lo tanto, como se preveía, en la formulación original de la ley, el recurso a la PMA sólo se permitía a las parejas que sufrieran patologías reproductivas que impidieran el establecimiento de un embarazo. Por otro lado, se impedía el acceso a las parejas que, aunque podían procrear de forma natural, eran portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 40, era práctica habitual recurrir al diagnóstico genético preimplantacional (DGP), un examen que permite descubrir una posible enfermedad cromosómica o genética en el embrión antes de transferirlo al útero de la mujer. Así, durante el largo periodo de vacío normativo, las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles a sus hijos accederían a la fecundación asistida para conocer el estado de salud del embrión creado *in vitro*, evitando así el posible recurso al "aborto terapéutico". Con la aprobación de la Ley n° 40, de 19 de febrero de 2004, el diagnóstico genético preimplantacional dejó de realizarse en los centros sanitarios, ya que, aunque la legislación no contenía una disposición específica al respecto, se consideraba que esta técnica estaba implícitamente prohibida. Tras un debatido curso jurisprudencial, en el que también intervino el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las Directrices Ministeriales de 2008 reconocieron implícitamente la admisibilidad de esta técnica y, posteriormente, el Tribunal Constitucional<sup>257</sup>, con sentencia n° 96 de 5 de

---

<sup>257</sup> Corte Cost., 5 de junio de 2015, núm. 96, en *Il Corriere Giuridico*, 2, 2016, 186, con nota de M. A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura*

junio de 2015, declaró la ilegitimidad de los artículos 1, apartados 1 y 2, y 4, apartado 1, de la ley, en la parte en que no permiten el uso de técnicas de procreación médicamente asistida a parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles.

Así pues, hoy en día, a efectos del acceso a la fecundación asistida, existe una equiparación entre la posición de las parejas estériles o infértiles y la de las parejas portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles.

Además, ya con las Directrices de 2008 se había ampliado el acceso a las técnicas de PMA, incluyendo en el concepto normativo de esterilidad (infertilidad) también las hipótesis en las que "el hombre es portador de enfermedades víricas transmisibles sexualmente por infección por VIH, hepatitis B o C, ya que el alto riesgo de infección para la madre o el feto constituye de hecho, en términos objetivos, una causa que obstaculice la procreación, imponiendo la adopción de precauciones que desemboquen, necesariamente, en una condición de infertilidad, que debe incluirse entre los supuestos de infertilidad masculina y severa por causa constatada y certificada por acto médico, a que se refiere el art. 4, apartado 1 de la Ley n° 40 de 2004". De nuevo, con las nuevas Directrices aprobadas en 2015, se eliminó cualquier referencia únicamente al componente masculino de la pareja, reconociendo de forma genérica el derecho a recurrir a la PMA a las parejas en las que uno de los dos miembros sea portador de enfermedades víricas transmisibles sexualmente.

Siempre en relación con los requisitos objetivos, cabe recordar asimismo que el artículo 4, apartado 2, letra a), establece el principio de gradualidad en la aplicación de las técnicas de PMA, "con el fin de evitar el recurso a intervenciones con un grado de invasividad técnica y psicológica más gravoso para los destinatarios".

Pasando ahora a los requisitos subjetivos, el artículo 5, apartado 1, establece que "las parejas de distinto sexo, casadas o unidas, en edad potencialmente fértil, que vivan ambas, podrán tener acceso a técnicas de

---

*costituzionale" della L. n. 40/2004; en Giurisprudenza Costituzionale, 3, 2015, 789 y ss, con una nota de M. P. IADICICCO, Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore, y de A. IANNUZZI, El Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad de la prohibición de acceso al diagnóstico preimplantatorio y a la procreación médicamente asistida para las parejas fértiles y desmorona la estructura de la Ley n° 40 de 2004.*

procreación médicamente asistida". Así, de esta disposición se desprende que las parejas homosexuales y las mujeres solteras tienen prohibido el acceso a las técnicas de procreación médicamente asistida, así como a la fecundación *post mortem*. De este modo, el legislador ha querido garantizar que el contexto familiar en el que se sitúa el menor por nacer se caracterice por la presencia de la doble figura parental.

Hay que recordar, sin embargo, que el modelo de familia caracterizado por la dualidad parental no es el único que conoce nuestro ordenamiento jurídico y, en ese sentido, no recibe una protección incondicional. Por lo tanto, cabe preguntarse si el acceso a las técnicas de PMA para parejas del mismo sexo y solteros choca con otros principios u obstáculos legales.

El análisis de esta cuestión requiere una comparación entre las instituciones de la adopción -que se tratará en la Sección II de este capítulo- y la procreación médicamente asistida, especialmente en lo que respecta a sus diferentes fines. De hecho, en el primer caso, es el derecho del menor a una familia lo que tiene una importancia central, mientras que en el caso de la procreación médicamente asistida es el derecho a la paternidad de la persona que solicita el acceso a las técnicas de procreación lo que es relevante.

Desde esta perspectiva, el debate sobre la ampliación subjetiva del acceso a las técnicas de PMA no puede separarse de las consideraciones relativas a la existencia de un posible derecho a procrear<sup>258</sup> y, por tanto, a ser padres, que es el objeto del presente documento. Ambas cuestiones deben abordarse simultáneamente y a la luz de una investigación en profundidad de las instituciones vinculadas a la filiación. Por lo tanto, se remite a las conclusiones de este capítulo.

Por último, cabe hacer una breve reflexión sobre la prohibición de la fecundación *post mortem*.

No cabe duda de que el artículo 5 de la Ley nº 40 exige que ambos demandantes estén vivos en el momento de acceder a las técnicas de procreación, prohibiendo así la producción de embriones con el espermatozoides de un hombre fallecido. Sin embargo, lo que es controvertido es si, después de que el embrión se haya formado en vida de la pareja, la implantación del

---

<sup>258</sup> Consulte el Capítulo I para una introducción al tema.

óvulo ya fecundado está permitida incluso después de la muerte del hombre<sup>259</sup>.

Antes de la entrada en vigor de la Ley nº 40 de 2004, esta problemática había sido abordada por el Tribunal de Palermo<sup>260</sup>, que se había pronunciado sobre la licitud de la transferencia al útero de embriones creados en vida del marido. En particular, el tribunal de mérito había subrayado cómo la negativa a proceder a la implantación entraba en conflicto con el derecho a la integridad psicofísica de la (futura) madre y con el derecho a la vida del embrión, calificado de "sujeto de derecho".

Incluso después de la promulgación de la legislación pertinente, la jurisprudencia, en varias sentencias<sup>261</sup>, reconoció el derecho de la mujer a obtener la implantación de embriones creados cuando la pareja aún no había fallecido, precisando, más recientemente, que, a efectos de la determinación del *status filiationis*, el artículo 8 de la Ley nº. 40 de 2004 también es aplicable al hijo nacido como consecuencia de una fecundación *post mortem* homóloga, mediante la utilización de esperma criopreservado del padre que, tras haber dado su consentimiento para acceder a las técnicas de PMA, conjuntamente con el de su esposa, no lo revoca posteriormente y lo consiente tras su propio fallecimiento<sup>262</sup>.

### 3.3. Artículo 6 sobre consentimiento informado

---

<sup>259</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 178 y ss., quien señala que "siguen surgiendo dudas, también y sobre todo como consecuencia del hecho de que el legislador, tras haber introducido la prohibición imperativa de las prácticas *post mortem*, no ha regulado en absoluto (...) las consecuencias de la posible violación de la prohibición".

<sup>260</sup> Trib. Palermo, ord. 8 enero 1999, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, 221 ss., con nota de E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni "in vitro": in assenza di regole il ricorso ai principi*; en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, I, 1999, 226 ss, con una nota de A. MIRANDA, *"Tragic choice in Italy": breves notas sobre el tema de la ejecución post mortem del contrato de procreación médicamente asistida*, y de G. GIAIMO, *"Brevi riflessioni su una gravidanza inotte per decisione del giudice"*.

<sup>261</sup> Trib. Bolonia, ord. 16 enero 2015, en *Famiglia e Diritto*, 5, 2015, 488 ss., con nota de A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'implantazione post mortem di embrioni crioconservati*.

<sup>262</sup> Cass. civile sez. I, 15 de mayo de 2019, n.13000 en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2019, 1229 con nota de F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*.

La letra b) del apartado 2 del artículo 4 de la Ley nº 40 supedita el acceso a las técnicas de reproducción asistida al consentimiento informado, que debe otorgarse con arreglo al artículo 6 siguiente. Esta última disposición establece que, antes de la celebración del contrato y en cada fase de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida, el médico debe facilitar al solicitante un conjunto heterogéneo de informaciones<sup>263</sup>.

En primer lugar, el médico debe informar a la pareja "de los problemas bioéticos y de los posibles efectos secundarios sanitarios y psicológicos derivados de la aplicación de las propias técnicas", así como de "la probabilidad de éxito y los riesgos derivados de las mismas". En segundo lugar, el médico debe exponer las consecuencias jurídicas tanto para los demandantes como para el menor por nacer, exponiendo claramente el contenido de los artículos 8 y 9 de la Ley 40, relativos al estatuto jurídico del menor nacido y a las prohibiciones de repudiación de la paternidad y de anonimato de la madre.

La pareja también debe ser informada de la posibilidad de recurrir a procedimientos de adopción o acogida en virtud de la Ley nº 184 de 4 de mayo de 1983, como alternativa a la PMA.

Por último, los costes económicos de todo el procedimiento deben presentarse claramente a los solicitantes.

El consentimiento debe darse por escrito y debe transcurrir un plazo no inferior a siete días entre la expresión de la voluntad y la aplicación de la técnica.

---

<sup>263</sup> Tras la entrada en vigor de la ley nº 40 de 2004, una parte de la doctrina había expresado su perplejidad ante la elección del legislador de confiar únicamente al médico responsable del centro sanitario la tarea de guiar a la pareja por el difícil camino de la PMA. En particular, G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 814, observó cómo "el consentimiento informado no puede reducirse a la firma de un formulario en el que se informa asépticamente de los datos indicados por la ley. El consentimiento debe ser el resultado de un proceso en el que se exploren las motivaciones de la pareja y se elijan las modalidades de intervención. Debería adoptar la forma de una serie de entrevistas con operadores de distinta formación (médica, psicológica, etc.), capaces de escuchar a la pareja y ayudarla a encontrar una respuesta a sus problemas de infertilidad o esterilidad". Con respecto a este perfil crítico, las Directrices Ministeriales de 2008 intervinieron, haciendo hincapié en la importancia y el beneficio de la actividad de asesoramiento, estipulando que "todo centro de PMA debe ofrecer la posibilidad de asesoramiento a la pareja y la posibilidad de apoyo psicológico a la mujer y a las parejas que lo necesiten". Esta solución también se conformó en las Directrices más recientes publicadas por el Decreto del Ministerio de Sanidad 1 de julio de 2015 (G.U., 14 de julio de 2015, n.º 161).

Este conjunto de información debe facilitarse para "garantizar la formación de una voluntad informada y conscientemente expresada" por la pareja (art. 6.1).

En otras palabras, la conciencia que deben adquirir los demandantes debe abarcar no sólo la naturaleza y las implicaciones del tratamiento sanitario al que pretenden someterse, sino, de manera más general, el proyecto parental que a través de dicho tratamiento pretenden realizar. Así pues, en este contexto, el consentimiento informado se presenta como una herramienta destinada a proteger el derecho de la persona a la autodeterminación en lo que respecta a las decisiones relativas a la salud, así como a las relacionadas con la esfera procreativa.

En el ordenamiento jurídico italiano, los principios de autonomía del paciente y consentimiento informado<sup>264</sup> encuentran su fundamento constitucional en el artículo 2 de la Constitución, que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, y en los artículos 13 y 32 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que la libertad personal es inviolable y que nadie puede ser obligado a someterse a un determinado tratamiento médico salvo disposición legal. En particular, en la Sentencia núm. 438 de 2008<sup>265</sup>, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de precisar cómo "la circunstancia de que el consentimiento informado encuentre su fundamento en los arts. 2, 13 y 32 de la Constitución subraya su función de síntesis de dos derechos humanos fundamentales: el derecho a la autodeterminación y el derecho a la salud, en la medida en que, si es cierto que toda persona tiene derecho a ser tratada, también tiene derecho a recibir la información adecuada sobre la naturaleza y la posible evolución del

---

<sup>264</sup> Para una reconstrucción del contenido y fundamento del principio del consentimiento informado, véase, entre otros, G. MARINI, *Il consenso*, en S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (eds.), *Ambito e fonti del biodiritto*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI Giuffrè, 2010, 362 y ss; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, en G. COCCO (ed.), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 33 y ss; E. ROSSI, *Consenso informato*, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Turín, 2012, 177 ss.; P. BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, en G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodir diritto*, cit., 21 ss.

<sup>265</sup> Corte Costituzionale, 23 de diciembre de 2008, n. 438, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4945 ss., con notas de R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, y de D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*.

tratamiento al que puede ser sometida, así como sobre las posibles terapias alternativas; esta información debe ser lo más exhaustiva posible, precisamente para garantizar la elección libre e informada del paciente (...)"

Por lo tanto, "la elección de la terapia no debe ser fruto del azar o simplemente provocada por el profesional sanitario, depositario de la ciencia médica", sino que, por el contrario, "debe ser el resultado de un acto de verdadera autodeterminación realizado por el paciente"<sup>266</sup> .

A nivel supranacional, pues, hay una pluralidad de fuentes que reconocen y protegen el consentimiento informado como principio cardinal en el ámbito de la asistencia sanitaria y la experimentación con seres humanos. Entre ellos, revisten especial importancia el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos de la Unión Europea y el artículo 5 del Convenio de Oviedo de 1997 relativo a los derechos humanos en biología y medicina, que "convergen en investir al consentimiento libre e informado del valor pregnante de derecho humano fundamental"<sup>267</sup> . Así pues, el requisito del consentimiento informado establecido por la Ley nº 40 de 2004 forma parte de este panorama jurídico y constituye una expresión del derecho a la autodeterminación con respecto al tratamiento. Pero no se limita a esto. De hecho, el consentimiento no tiene por qué ser dado exclusivamente por la persona que normalmente es la destinataria directa y exclusiva del tratamiento terapéutico, es decir, la mujer, sino que debe ser expresado necesariamente por ambos aspirantes a progenitores<sup>268</sup> .

Esto pone de relieve cómo, en el contexto de la fecundación asistida, la voluntad consciente de los sujetos tiene un contenido polivalente, que abarca no sólo el perfil estrictamente médico, sino también lo que puede denominarse el perfil "procreativo". En consecuencia, el contenido de la obligación asumida por el médico es también más amplio y cualquier omisión o inexactitud en cuanto a la información debida es fuente de responsabilidad<sup>269</sup> .

---

<sup>266</sup> En estos términos, M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, en *La Responsabilità Civile*, 2, 2012, 85 y ss.

<sup>267</sup> P. BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, cit., 25.

<sup>268</sup> G. GIAIMO, *Il consenso informato ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 2011, 855 ss.

<sup>269</sup> En este sentido, E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, en M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (eds.), *Cinque anni di*

Si el consentimiento exigido por la Ley nº 40 es una aplicación específica del principio general del consentimiento informado, no es de extrañar que se hayan suscitado dudas en la doctrina y la jurisprudencia sobre la legitimidad del apartado 3 del artículo 6 de la misma ley, según el cual "La voluntad podrá ser revocada por cualquiera de las personas indicadas en este apartado hasta el momento de la fecundación del óvulo"<sup>270</sup>.

En particular, no está claro cómo puede continuar el procedimiento de PMA en el supuesto de que sea la mujer la que cambie su voluntad y se niegue a implantar el embrión ya formado, ya que es un lugar común que esta hipótesis no reúne los requisitos previos que legitiman un tratamiento médico obligatorio<sup>271</sup>.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión en dos ocasiones, pero en ambas la cuestión fue declarada inadmisibile por falta del requisito de relevancia en la sentencia *a quo*<sup>272</sup>. Más concretamente, los perfiles de inconstitucionalidad planteados se referían a los artículos 2, 13 y 32 de la Constitución, es decir, a las disposiciones que, como hemos visto, constituyen el fundamento constitucional del principio del

---

*applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, cit., 59 y ss. Además, en caso de no obtener el consentimiento, el apartado 4 del artículo 12 de la Ley nº 40 establece que se impondrá al médico una multa de entre 5.000 y 50.000 euros.

<sup>270</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 82 y ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 81; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 1408.

<sup>271</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 84 y ss., observa cómo, incluso si se estuviera de acuerdo con la tesis según la cual la OST puede justificarse por la sola necesidad de proteger la salud colectiva, en modo alguno puede afirmarse "que pueda imponerse un tratamiento médico al sujeto reticente, capaz de comprender y de querer, en su interés individual y contra su voluntad".

<sup>272</sup> Corte Costituzionale, 8 de mayo de 2009, n. 151, en *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss., con nota de M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; en *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 ss, con nota de G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*; in *Giustizia Civile*, 6, 2009, 1177 ss., con nota de G. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni a "caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*; Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2016, 750 ss., con nota de A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui bivi di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 ss, con notas de D. CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, e I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*.

consentimiento libre e informado al tratamiento. En efecto, parece evidente cómo la prohibición de la retirada del consentimiento por parte de la mujer tras la formación del embrión contrasta con los principios de libertad y no obligatoriedad que rigen todos los actos que son incluso sólo potencialmente lesivos para la integridad psicofísica del sujeto.

Además, la irrevocabilidad del consentimiento está en contradicción lógica con la Ley nº 194, de 22 de mayo de 1978, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, que permite a la mujer interrumpir su embarazo si existe un peligro grave para su salud física o mental<sup>273</sup>.

De nuevo, la irrevocabilidad de la voluntad choca con la nueva estructura de la propia ley nº 40, remodelada por la jurisprudencia constitucional. En particular, con la sentencia nº 151 de 2009, el Tribunal Constitucional introdujo una importante excepción a la prohibición absoluta de crioconservación de embriones prevista en el artículo 14, apartado 3, en todos los casos en que el médico detecte riesgos fundados para la salud de la mujer, y con la posterior sentencia nº. 96 de 2015 declaró la admisibilidad del diagnóstico genético preimplantacional y, en consecuencia, la posibilidad de interrumpir el procedimiento de PMA siempre para proteger el derecho a la salud de la mujer, que de otro modo se vería obligada a recurrir a la práctica innegablemente más traumática de la interrupción voluntaria del embarazo.

Otra cuestión problemática que se ha planteado se refiere a la hipótesis de la incapacidad de uno de los miembros de la pareja que desea recurrir a las técnicas de PMA.

La cuestión fue abordada por primera vez en 2009 por el Tribunal de Vigevano<sup>274</sup>, que tuvo que pronunciarse sobre la facultad del tutor de dar su consentimiento para acceder a un tratamiento de procreación asistida en lugar del varón de la pareja, que se encontraba en estado de coma irreversible.

Aunque existía el requisito de infertilidad exigido por la Ley nº 40, el tribunal consideró que no podía acceder a la petición del tutor. En particular, se señaló que el consentimiento representa el momento conclusivo (y ni siquiera el definitivo, dada la posibilidad de revocación hasta el momento de

---

<sup>273</sup> R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 86 ss.

<sup>274</sup> Trib. Vigevano, decr. 3 de junio de 2009, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, IV, 2009, 1847 ss. Sobre la decisión, véase también G. GIAIMO, *Il consenso informato ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, cit., 855 ss.

la fecundación del óvulo) de un itinerario psicológico que pasa por la adquisición de un complejo de informaciones, pertenecientes no sólo al tratamiento sanitario sino en general al proyecto parental que se pretende realizar, y que en el caso de autos no se había llevado a cabo esta actividad informativa, necesaria para desarrollar una voluntad plenamente consciente. Además, aun suponiendo que pudiera superarse la necesidad de un consentimiento informado expresado por escrito conjuntamente por los dos demandantes, el tribunal subrayó que "acceder a la petición formulada significaría (...) permitir al tutor no expresar la voluntad de su cliente, sino decidir en lugar de él".

#### 4. Ley 40/2004 y prohibición absoluta de la procreación heteróloga médicamente asistida.

Con la entrada en vigor de la Ley nº 40 de 2004, se prohibió fecundación heteróloga absoluta (art. 4(3)), es decir, fecundación por donación de gametos masculinos o femeninos ajenos a la pareja.

De este modo, se pretendía frenar un tratamiento médico que hasta entonces se había practicado en Italia por la necesidad de garantizar el vínculo biológico entre el feto y ambos progenitores<sup>275</sup>. Sin embargo, el legislador italiano parecía ser perfectamente consciente de que la prohibición en cuestión podía eludirse fácilmente acudiendo a centros sanitarios extranjeros

---

<sup>275</sup> El informe de la mayoría del proyecto de ley presentado el 26 de marzo de 2002, [www.legxiv.camera.it](http://www.legxiv.camera.it), afirma. "Para el menor, hay que tener en cuenta que la utilización de gametos (espermatozoides-óvulos) procedentes de donantes puede dar lugar a la fragmentación de las figuras parentales con daños para el feto de carácter psicosocial derivados del alejamiento de los modelos de paternidad socialmente establecidos. Estas situaciones pueden comprometer la propia identidad del sujeto. La falta de estudios a largo plazo obliga a adoptar un enfoque preventivo ante situaciones tan delicadas. Además, cabe señalar que algunos estudios realizados en países donde el acceso a estas técnicas está permitido y regulado han puesto de manifiesto algunos riesgos importantes para el menor. De hecho, se constata que, por lo general, el menor que nace mediante estas técnicas no es consciente del hecho y no muestra ningún problema particular a nivel psicológico, pero sólo cuando la pareja no presenta ningún problema. Cuando, por el contrario, la pareja entra en conflicto, que puede llegar incluso a la crisis y la separación, el menor se expone a consecuencias muy graves. En estos casos, de hecho, se abren distintos e inquietantes escenarios que repercuten en los menores, comprometiendo su tranquilidad".

y, por ello, con la misma ley reguló las consecuencias de la aplicación de técnicas de procreación heterólogas.

En particular, el artículo 9, apartado 1, establece que el cónyuge o pareja de hecho que haya dado su consentimiento a la aplicación de dicha técnica de fecundación no podrá ejercitar una acción de repudiación de la paternidad ni impugnar el reconocimiento alegando su falsedad. El apartado 2 del mismo artículo impide que la madre permanezca en el anonimato y, por último, el apartado 3 dispone que el donante no adquiere ninguna relación parental legal con el hijo y no puede hacer valer ningún derecho ni ser titular de ninguna obligación frente a él.

Como se preveía, esta prohibición también fue declarada inconstitucional al término de una controvertida jurisprudencia.

#### 4.1. El asunto S.H. y otros contra Austria: la intervención del Tribunal de Estrasburgo en materia de fecundación heteróloga.

La prohibición establecida por la Ley 40 suscitó de inmediato críticas y disensiones entre los comentaristas, que señalaron que entraba en conflicto con la finalidad de la ley, que era "fomentar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humanas" (artículo 1 de la Ley 40/2004)<sup>276</sup>. Sin embargo, en un primer momento, la jurisprudencia sobre el fondo consideró que la protección exclusiva de la filiación biológica entraba en el ámbito de la discrecionalidad legislativa y, en consecuencia, afirmó que la cuestión de constitucionalidad carecía de fundamento<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> En una línea crítica, entre otros muchos, véase F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 633; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato seccico*, cit.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 119 y ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 813 y ss., quien observa que "La ley italiana, al prohibir las técnicas heterólogas, sacrifica la libertad de las personas que quisieran recurrir a ellas en homenaje a una determinada concepción ética de la familia y de la relación de pareja, que puede ser respetable pero que no puede imponerse por ley a quienes no la comparten. De este modo, se sacrifican valores fundamentales como el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH, art. 7 Carta de Niza), la libertad y la autonomía en las elecciones personales (art. 2, 13 Const.)".

<sup>277</sup> Trib. Milano, 23 de noviembre de 2009, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2010, 774 ss., con nota de B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

El primer recurso ante el Tribunal Constitucional tuvo lugar a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto S.H. y otros contra Austria<sup>278</sup>.

El objeto de la decisión europea era la Ley austriaca sobre la fecundación artificial heteróloga (*Fortpflanzungsmedizingesetz, Gaceta de leyes federales 275/1992*), tanto en la medida en que prohibía la fecundación artificial heteróloga in vivo e in vitro de la parte femenina como en la medida en que prohibía la fecundación heteróloga in vitro de la parte masculina.

El Tribunal de Estrasburgo consideró que la legislación austriaca, aunque más permisiva que la italiana, no era compatible con el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido y protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la prohibición de discriminación establecida por el artículo 14 del mismo Convenio.

En esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo aclaró, en primer lugar, que "el derecho de una pareja a concebir un hijo y a recurrir para ello a técnicas de procreación médicamente asistida entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 en la medida en que dicha elección constituye claramente una expresión de la vida privada y familiar". En efecto, según el CEDH, el derecho al respeto de la vida privada tiene un contenido muy amplio, que debe entenderse en sintonía con los tiempos; incluye el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, así como otros aspectos, como el desarrollo de la propia personalidad y el derecho a que se respete la decisión de tener o no un hijo<sup>279</sup>. En cualquier caso, la aplicabilidad del artículo 8 no afecta a la amplia discrecionalidad concedida a los Estados en

---

<sup>278</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de abril de 2010, núm. 57813/00, S. H. y otros c. Austria, en *Famiglia e Diritto*, 2010, 977 y ss., con nota de U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*. Comentando la sentencia véase también G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, en *Famiglia e Diritto*, 5, 2011, 517 ss.; B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 556 ss.; A. DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, en *Famiglia, Persone e Succioni*, 2011, 409 ss.

<sup>279</sup> El TEDH recuerda algunos de sus precedentes en los que la elección de ser padre o madre mediante procreación asistida ya se había incluido en el ámbito del artículo 8 del CEDH. Entre ellos, *Evans v. UK*, n° 6339/05, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2007, 1238 y ss., con una nota de F. BRUNETTA D'USSEAU, *Sulla revoca del consenso all'impiantazione dell'embrione conservato*, y *Dickson v. UK*, n° 44362/04.

esta materia, máxime cuando no existe un marco normativo uniforme en materia de fecundación asistida entre los Estados que han ratificado el Convenio.

Así las cosas, los jueces de Estrasburgo afirmaron que, si bien es cierto que los Estados no están obligados a adoptar una legislación que permita la reproducción asistida, cuando se permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida, el legislador nacional está obligado a respetar el principio de

proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos. Así, según el CEDH, las personas que se encuentran en la misma situación de infertilidad no pueden ser tratadas de forma diferente por el mero hecho de que la técnica de fecundación utilizada sea distinta en relación con la causa de la infertilidad y, por tanto, no puede justificarse una prohibición absoluta de la fecundación heteróloga si el Derecho interno deja margen para la fecundación homóloga.

#### 4.2. Las cuestiones de legitimidad constitucional en el ámbito de la heterología: los casos italianos que abrieron el camino.

Tras la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, los tribunales nacionales decidió plantear la cuestión de la legitimidad constitucional del apartado 3 del artículo 4 de la Ley nº 40 en relación tanto con los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución como con el apartado 1 del artículo 117 de la Constitución, vinculando este parámetro a los artículos 8 y 14 del CEDH, tal como se interpretan en la decisión sobre el asunto S.H. y otros c. Austria<sup>280</sup>. Por lo tanto, en referencia a este último perfil, los jueces del fondo se negaron correctamente a considerar que el CEDH se había "comunitarizado" tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por lo tanto, a proceder a la

---

<sup>280</sup> Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, ambos en *Famiglia e Diritto*, 12, 2010, 1135 ss., con nota de U. SALANITRO, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*; en *Il Corriere giuridico*, 12, 2010, 1623 ss, con nota de M. LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte Costituzionale*; en *Giurisprudenza di Merito*, 2, 2011, 363 ss., con nota de M. DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*. Poco después, la cuestión de la legitimidad constitucional también fue planteada por el Trib. Milán, ord. 2 febrero 2011, en G.U., 13 julio 2011, núm. 30.

inaplicación directa del artículo 4, apartado 395.

En relación con los parámetros más propiamente internos, los autos de remisión afirman que "el derecho a fundar una familia constituye un derecho fundamental así como un interés público reconocido y protegido *en* los artículos 2 y 31 de la Constitución (...), por lo que la solución de los problemas reproductivos mediante la procreación médicamente asistida es una situación inmediatamente reconducible a dicho derecho fundamental y al derecho a la maternidad/paternidad"<sup>281</sup> .

Además de la violación del derecho a la paternidad, cuyo fundamento constitucional había sido desautorizado por las primeras sentencias sobre el fondo<sup>282</sup> , los jueces comunes denunciaron también la violación de los artículos 3 y 31 de la Constitución, no sólo desde el punto de vista de la desigualdad de trato, sino también desde el de la razonabilidad de la legislación en cuestión. En particular, se observó que "las parejas con problemas de procreación reciben (...) un trato diferente según el tipo de infertilidad que les afecte. Paradójicamente, son precisamente las parejas con un cuadro clínico más grave las que quedan excluidas del acceso a la procreación médicamente asistida"<sup>283</sup> .

Además, se consideró que se había vulnerado el artículo 32 de la Constitución italiana en cuanto al derecho de las personas enfermas, como las que padecen causas de esterilidad o infertilidad absoluta, a ser tratadas eficazmente de acuerdo con los cánones de la ciencia y del arte médico. Además, según los jueces de mérito, el perjuicio a la integridad psicofísica de la pareja deriva también del hecho de que la prohibición absoluta de la fecundación heteróloga conduce al fenómeno del llamado turismo procreativo, es decir, el viaje a países extranjeros que permiten el servicio prohibido en Italia.

---

<sup>281</sup> Trib. Catania, ord. 21 octubre 2010, cit. De particular interés son las consideraciones del Tribunal de Milán, ord. 2 de febrero de 2011, antes citada, que observa que "los conceptos de familia y de parentalidad (...) parecen estar dotados de la ductilidad de los principios constitucionales y, como tales, no pueden considerarse cristalizados en principios de experiencia y de práctica referibles exclusivamente al momento de la entrada en vigor de la Constitución; de ello se sigue que deben interpretarse teniendo en cuenta la evolución del sistema, así como las transformaciones de la sociedad y las costumbres a través de las cuales se expresa".

<sup>282</sup> Véase Trib. Milano, de 23 de noviembre de 2009, antes citada, que afirma la inexistencia de un derecho irreprimible a procrear en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>283</sup> Trib. Catania, ord. 21 octubre 2010, cit.

#### 4.3. Del Auto n° 150/2012 del Tribunal Constitucional a la Sentencia n° 162/2014 del mismo Tribunal.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Auto n° 150 de 2012<sup>284</sup>, devolvió los autos a los jueces *a quibus*, solicitando un nuevo examen de los términos de las preguntas, a la luz de la decisión final adoptada por el Tribunal EDU en el asunto S.H. y otros contra Austria.

En efecto, a raíz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Estrasburgo, el Gobierno austriaco solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala<sup>285</sup>, que, en sentencia de 3 de noviembre de 2011<sup>286</sup>, revocó la solución exegética adoptada en primera instancia.

En concreto, la Gran Sala consideró que la injerencia del Estado austriaco en la vida privada y familiar de las personas estaba justificada y era proporcionada, en virtud del amplio margen de apreciación reconocido al legislador nacional para regular cuestiones que afectan a personas sensibles.

cuestiones éticas y morales, respecto a las cuales aún no se ha establecido un sentimiento común a escala europea. Según los tribunales supranacionales, la elección del legislador austriaco de permitir la fecundación homóloga

---

<sup>284</sup> Corte Cost., ord. 22 mayo 2012, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 858 ss., con nota de C. MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, y comentario de U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, ibidem, II, 636 ss.

<sup>285</sup> De conformidad con el artículo 43, apartado 2, del CEDH, la Gran Sala debe pronunciarse cuando "la cuestión objeto del recurso plantea serias dudas de interpretación o de aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o bien una cuestión importante de carácter general".

<sup>286</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 3 de noviembre de 2011, núm. 57813/00, S. H. y otros c. Austria, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 y ss., con nota de C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*; en *Foro italiano*, IV, 2012, 209 y ss., con nota de E. NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*. Este último autor observa que la sentencia "se inscribe en una corriente jurisprudencial muy prudente, generalmente inclinada a utilizar el llamado argumento del margen de apreciación del Estado para avalar (o al menos no censurar explícitamente) las opciones políticas adoptadas por los Estados en materias muy controvertidas y éticamente sensibles sobre las que no existe un consenso generalizado a nivel europeo, y las legislaciones nacionales en las que se han traducido tales opciones". Reino Unido (relativo a la legislación británica sobre la fecundación in vitro) y el relativo al asunto Lautsi y otros contra Italia (sobre la obligación de exhibir el crucifijo en las aulas italianas).

como norma y la donación de esperma para fecundación in vivo como excepción "reflejaba el estado de la ciencia médica en aquel momento y el consenso que existía en la sociedad".

Esto no significa, sin embargo, que estos criterios no puedan ser objeto de una evolución que el legislador deberá tener en cuenta en el futuro".

Así, el Tribunal Constitucional consideró que la sentencia de la Gran Sala afectaba al sentido de los artículos 8 y 14 CEDH, a los que se referían los jueces remitentes, y, en consecuencia, constituía un *novum* que afectaba directamente a la cuestión de constitucionalidad planteada<sup>287</sup>.

Ante la devolución de los actos, los jueces del fondo volvieron a remitir el asunto al Tribunal Constitucional, pero refiriéndose exclusivamente a los parámetros constitucionales internos<sup>288</sup>. Así, esta vez, el Juez de las Leyes declarado constitucionalmente ilegítimo - en referencia a los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución. - El artículo 4, apartado 3, de la Ley nº 40 de 2004, en la medida en que establece la prohibición de recurrir a técnicas de procreación médicamente asistida heterólogas si se ha diagnosticado una patología que sea causa de esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible; el artículo 9, apartados 1 y 3, limitado a las palabras "en violación de la prohibición establecida en el artículo 4, apartado 3"; el artículo 12, apartado 1, que prevé sanciones por violación de la prohibición<sup>289</sup>.

##### 5. La pretendida legitimidad constitucional de la fecundación heteróloga: Sentencia nº 162 de 2014.

La sentencia 162/2014 del Tribunal Constitucional afectó significativamente a la estructura de la ley 40/2004.

El Tribunal Constitucional dictaminó que la prohibición de la fecundación heteróloga es inconstitucional en los casos en que a la pareja se le haya

---

<sup>287</sup> Es la primera vez que el Tribunal Constitucional basa una orden de restitución de documentos en la sentencia sobrevenida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pronunciada, además, con referencia al Derecho de un Estado diferente.

<sup>288</sup> Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 3 abril 2013; Trib. Catania, ord. 13 abril 2013; todos en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 912 ss., con nota de I. RAPISSARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*.

<sup>289</sup> Tribunal Constitucional, 10 de junio de 2014, nº 162, citado anteriormente.

diagnosticado una patología que provoque esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible. Por tanto, la sentencia que se examina no invalida la prohibición establecida en el artículo 4, apartado 3, en un sentido general y omnicompreensivo, sino sólo en la medida en que excluye la fecundación heteróloga también para las parejas afectadas por patologías que den lugar a esterilidad o infertilidad absolutas e irreversibles. Dichas patologías, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pueden permitir el uso de técnicas de PMA heterólogas bien cuando afecten a ambos miembros de la pareja o incluso cuando sólo uno de ellos esté afectado por ellas.

Con la sentencia de 2014, el Tribunal Constitucional declaró, por tanto, inconstitucionales no sólo el art. 4, apartado 3, en la medida mencionada, sino también el art. 12, apartado 1, que preveía una multa administrativa por el uso de técnicas de PMA heterólogas, y el art. 9, apartados 1 y 3, limitado a las palabras "en violación de la prohibición establecida en el art. 4, apartado 3".

Esencialmente, por lo que se refiere al artículo 9, el Tribunal ordenó que siguiera en vigor, pero se aseguró de que ya no se refiriera a una práctica prohibida *en virtud* del apartado 3 del artículo 4, sino, en cambio, a un tipo de fecundación, la fecundación heteróloga, que es totalmente legítima. El artículo 9 de la 1. 40/2004 regula ahora las consecuencias de la práctica de la fecundación asistida heteróloga, que de este modo, como veremos, sigue teniendo una legislación de referencia propia, al menos parcial, a través de la aplicabilidad continuada de dicho artículo.

El Tribunal Constitucional declaró ilegales las normas indicadas en virtud de los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución.

Al examinar la cuestión, en primer lugar, el Tribunal Constitucional se preocupó de precisar que el examen de las demandas debe realizarse considerando conjuntamente todos los parámetros constitucionales, "ya que la procreación médicamente asistida implica "múltiples exigencias constitucionales"<sup>290</sup> () y, en consecuencia, la Ley nº 40 de 2004 afecta a una multiplicidad de intereses de ese rango. Éstas, en su conjunto, requieren "un equilibrio entre ellas que garantice un nivel mínimo de protección legislativa"<sup>291</sup> a cada una".

---

<sup>290</sup> Tribunal Constitucional, 26 de septiembre de 1998, nº 347.

<sup>291</sup> Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2005, nº 45.

De este modo, el Tribunal otorgó carácter unitario a los distintos parámetros constitucionales, a saber, los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución, considerando inseparablemente conectados los múltiples derechos implicados en la fecundación asistida.

Sentada esta premisa, el Tribunal se refiere al derecho a fundar una familia con descendencia, calificándolo de "expresión de la libertad fundamental y general de autodeterminación, libertad que (...) se remonta a los artículos 2, 3 y 31 de la Constitución, pues afecta a la esfera privada y familiar"<sup>292</sup>. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, las limitaciones a dicha libertad deben estar razonable y congruentemente justificadas por la imposibilidad de proteger de otro modo intereses de igual rango.

Desde esta perspectiva, se señala que "la decisión de tener o no tener un hijo, incluso para la pareja absolutamente estéril o infértil, por afectar a la esfera más íntima e intangible de la persona humana, no puede sino ser incoercible, si no vulnera otros valores constitucionales, y ello también cuando se ejerce optando por recurrir a tal fin a la técnica heteróloga de la AMPA, porque también afecta a esta esfera", ya que la Ley 40/2004 está preordenada a "proteger las necesidades de la procreación".

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional señaló cómo la prohibición absoluta de la fecundación heteróloga entra en conflicto con el derecho a la salud, que debe entenderse, según los precedentes del Tribunal, "en el sentido propio del artículo 32 de la Constitución, que incluye también la salud psíquica, además de la física".

En efecto, aun reconociendo las diferencias entre las técnicas de fecundación homóloga y heteróloga, el Tribunal de Justicia subraya que la imposibilidad de procrear y de formar una familia con hijos con la pareja puede tener repercusiones negativas, incluso importantes, en la salud de la pareja<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 26 y ss., observa que la prohibición absoluta de la fecundación heteróloga impuesta por la legislatura de 2004 representó una brusca inversión del proceso de progresiva incorporación de las decisiones relativas a la familia, la sexualidad y la generación al ámbito de la autodeterminación.

<sup>293</sup> B. LIBERALI, *Problemática costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 109 y ss., subraya que "este mismo pasaje de los fundamentos (...) induce a pensar que el Tribunal, al querer examinar unitariamente los perfiles de inconstitucionalidad, quiso hacerlos

Una vez más, el Tribunal Constitucional ha enriquecido el contenido del derecho a la salud, entrelazándolo con el papel del médico y su autonomía en las opciones terapéuticas, así como con la relación entre el derecho y la evolución científica.

En efecto, se afirma que "en materia de práctica terapéutica, la regla básica debe ser la autonomía y la responsabilidad del médico, quien, con el consentimiento del paciente, toma las decisiones profesionales necesarias, sin perjuicio de la facultad del legislador de intervenir de manera coherente con los preceptos constitucionales". No se trata de subjetivizar la noción de salud, ni de complacer el deseo de autosatisfacción de los miembros de una pareja, doblegando la tecnología a fines consumistas, sino de tener en cuenta que la noción de patología, incluida la patología psíquica, su incidencia en el derecho a la salud y la existencia de prácticas terapéuticas capaces de protegerlo deben constatarse a la luz de las valoraciones reservadas a la ciencia médica, sin perjuicio de la necesidad de verificar que la elección relativa no entre en conflicto con intereses de igual rango"<sup>294</sup>.

A continuación, el Tribunal Constitucional reiteró que la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga no crea un vacío normativo. En particular, por lo que se refiere al acceso a las técnicas de fecundación heteróloga, los requisitos objetivos y subjetivos de los artículos 1, 4 y 5 de la ley permanecen inalterados, mientras que en relación con la situación jurídica del menor nacido, el Tribunal se remite a las normas contenidas en los artículos 8 y 9. Así, el hijo nacido por técnicas heterólogas adquiere la condición de hijo matrimonial o de hijo reconocido por la pareja que ha manifestado su voluntad de recurrir a dichas técnicas.

---

inseparables, en razón de la complementariedad de las consideraciones efectuadas en relación con cada uno de los parámetros constitucionales".

<sup>294</sup> C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, cit., observa que este pasaje de los fundamentos "evoca la ley n° 194 de 22 de mayo de 1978 (...), y en particular el artículo 4, que establece como requisito previo para la interrupción voluntaria del embarazo "las circunstancias en las que la continuación del embarazo, del parto o de la maternidad entrañaría un peligro grave para la... salud física o psíquica" de la mujer. Sin embargo, si se hubiera seguido este orden de ideas, el resultado del juicio de constitucionalidad debería haber sido distinto, en el sentido de una sentencia interpretativa que limitara la inconstitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 40, de 19 de febrero de 2004, a la falta de previsión de una limitación de la prohibición de la fecundación heteróloga a los casos en que pudiera entrañar "un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer".

Por otra parte, el donante no adquiere ninguna relación parental legal con el menor nacido y no puede hacer valer ningún derecho ni ser titular de ninguna obligación hacia él, mientras que *las parejas que han recurrido* a la fecundación heteróloga tienen prohibido repudiar y ser anónimas. Además, también en relación con la posición del menor nacido, el Tribunal Constitucional se remite a la legislación sobre adopción - Ley nº 184 de 1983 - y se remite a los principios contenidos en ella para regular el derecho a conocer la identidad de los padres biológicos<sup>295</sup>.

Por ello, el Tribunal Constitucional afirma que "ya es (...) posible deducir de las normas vigentes (...) se deduce ya una regulación de la PMA heteróloga que, en relación con los perfiles adicionales a los comentados, puede deducirse, por los medios ordinarios de interpretación, de las normas relativas, en general, a la donación de células y tejidos humanos, como expresivas de principios generales a pesar de la diversidad de supuestos (en relación, por ejemplo, con la gratuidad y voluntariedad de la donación, con los procedimientos para el consentimiento, con el anonimato del donante, con la necesidad de protección desde el punto de vista sanitario, con la materia de los arts. 12, 13(1), 14 y 15 del Decreto Legislativo nº 191, de 6 de noviembre de 2007, relativo a la "Aplicación de la Directiva 2004/23/CE relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos")".

Por último, el Tribunal Constitucional se preocupó de precisar que la declaración de ilegitimidad del artículo 4, apartado 3, de la Ley 40, y la consiguiente admisibilidad de la fecundación heteróloga, no conlleva la practicabilidad de otros métodos distintos, como la maternidad subrogada, que sigue estando expresamente prohibida por el artículo 12, apartado 6, de la misma Ley.

---

<sup>295</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional menciona la sentencia nº 278 de 2013. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional, al examinar la norma que prohibía el acceso a la información respecto de una madre que había declarado al nacer que no deseaba ser nombrada, declaró que la irreversibilidad del secreto provocaba una *vulneración* irremediable de los artículos 2 y 3 de la Constitución. y, por tanto, la suprimió, considerando inadmisibles su mantenimiento e instando al legislador a que introdujera disposiciones especiales que permitieran verificar la vigencia de la elección efectuada por la madre biológica y, al mismo tiempo, proteger su derecho al anonimato en términos estrictos.

Como se preveía, esta sentencia, quizá más que otras, ha contribuido a cambiar radicalmente el planteamiento de la legislación sobre PMA, tal como fue esbozada originalmente por la legislatura de 2004. El Tribunal Constitucional insistió una vez más en el principio de autodeterminación individual y reafirmó que la protección de la vida humana prenatal no es absoluta.

El camino argumental seguido por el Tribunal Constitucional y la solución a la que llegó suscitaron un vivo debate en la doctrina, que puso de relieve cómo esta sentencia abre un nuevo panorama jurídico.

En concreto, uno de los nudos de la exposición de motivos que más críticas y disensiones ha suscitado es precisamente el relativo a la calificación del derecho a ser padres como un derecho fundamental, protegido sin límites en ausencia de derechos o intereses opuestos constitucionalmente reconocidos<sup>296</sup>.

6. La posición adoptada sobre la prohibición de acceso a las técnicas de PMA en Italia para las parejas del mismo sexo y la obstrucción al reconocimiento de los efectos civiles de la paternidad de dichas parejas en el ordenamiento jurídico interno (Tribunal Constitucional n. 221 de 2019, n. 237 de 2019, n. 230 de 2020).

La regulación del parto como consecuencia de la fecundación asistida ha dado lugar a un sistema familiar distinto y autónomo del modelo previsto en el Código Civil.

El resultado es una relación nueva en su génesis respecto al concepto tradicional de familia, basada en un proyecto de paternidad compartida por una pareja, siempre que sean de distinto sexo, casados o convivientes, en edad potencialmente fértil, y que ambos vivan. Los menores y las parejas *del mismo sexo quedan*, por tanto, excluidos de esta lista: esta circunstancia, por lo que respecta a la segunda categoría, ha dado lugar al denominado turismo procreativo<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> A este respecto, remítase al análisis del capítulo I.

<sup>297</sup> En efecto, las diferencias de legislación sobre este procedimiento han hecho que las parejas homosexuales que desean recurrir a esta práctica - si está prohibida en su propio ordenamiento jurídico - se desplacen a uno de los países donde, en cambio, es legal, y

Así pues, a pesar de la prohibición impuesta por las disposiciones combinadas de los artículos 5 y 12 de la Ley 40/2004, la cuestión de la filiación homosexual realizada a través de la PMA vuelve a plantearse, aunque de forma diferente, normalmente en relación con el reconocimiento de un certificado de nacimiento de un menor concebido, mediante el recurso a la PMA, válidamente formado en el extranjero<sup>298</sup>.

La jurisprudencia<sup>299</sup> ha permitido en varias ocasiones la transcripción de partidas de nacimiento extranjeras en las que figuraban como progenitores dos personas del mismo sexo. En tales casos, de hecho, las disposiciones combinadas del art. 17<sup>300</sup> del Decreto Presidencial nº 396 de 2000 y los arts.

---

soliciten después, una vez de vuelta en su propio país, la transcripción de la partida de nacimiento del menor. Sobre este punto véase A. DE BIASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 4, 2018, 840.

<sup>298</sup> Recordemos a F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, cit., 1117 ss.

<sup>299</sup> Se trata de todos los casos en los que se concluyó que no existe la contrariedad al orden público de la legislación extranjera que permite el establecimiento de una filiación con dos progenitores del mismo sexo, en primer lugar Cass. 30 septiembre 2016 núm. 19599, en *Corr. giur.*, 2017, 190 ss, con nota adhesiva de G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 362 ss., con nota adhesiva de G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; en *Dir. civ. cont.*, 2017, con nota crítica de B. SALONE, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di "doppia maternità"*; en *Riv. dir. int.*, 2017, 169 y ss. con nota crítica de O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio 'nato da due madri' all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*. Sustancialmente de acuerdo Cass., 15 de junio de 2017 nº 14878, Ap. Turín, 29 de octubre de 2014, confirmada por la sentencia de legitimación antes citada; Ap. Trento, 23 de febrero de 2017, en relación con un certificado de nacimiento extranjero en el que se indicaban dos padres.

<sup>300</sup> El artículo 17 del Decreto Presidencial 396/2000 regula los procedimientos administrativos relacionados con la transcripción de escrituras expedidas en el extranjero y que afectan a ciudadanos italianos. Su texto es el siguiente A efectos de transcripción, la autoridad diplomática o consular transmite una copia de las actas y medidas relativas a un ciudadano italiano que se hayan redactado en el extranjero al funcionario del registro civil del municipio en el que el interesado tenga o declare tener intención de fijar su residencia, o al del municipio de inscripción en el registro de italianos residentes en el extranjero o, en su defecto, al del municipio de inscripción o transcripción de la partida de nacimiento, o, si ha nacido y reside en el extranjero, al del municipio de nacimiento o residencia de su madre o padre, o de su ascendiente materno o paterno. Si los contrayentes residen en Comunas diferentes, las actas matrimoniales se enviarán a ambas Comunas, a las que se informará del doble envío. En caso de que no sea posible proceder según los criterios anteriores, el interesado, a invitación expresa de la autoridad diplomática o consular, deberá indicar un Ayuntamiento de su elección".

33<sup>301</sup> y 13, ap. 3<sup>302</sup> de la Ley n° 218 de 31 de mayo de 1995 remiten la regulación y atribución del *status filiationis a la lex loci*. Llegados a este punto, tras haber valorado positivamente la legitimidad de la pretensión de transcripción, el tribunal sólo está llamado a verificar, *en virtud del* artículo 18<sup>303</sup> del Decreto Presidencial n° 396/2000 y de los artículos 16<sup>304</sup> y 65<sup>305</sup> de la Ley n° 218/1995, si el documento redactado en el extranjero es compatible con el principio de orden público, única limitación a la entrada del documento extranjero en el ordenamiento jurídico interno.

---

<sup>301</sup> El art. 33 l. 218/1995 dice lo siguiente: "1. La condición de hijo se determinará por la ley de la nacionalidad del hijo en el momento de su nacimiento. 2. Un hijo se considerará legítimo si así lo determina la ley del Estado del que sea nacional uno de los progenitores en el momento de su nacimiento. 3. Un hijo se considerará legítimo si así lo determina la ley del Estado del que sea nacional uno de los progenitores en el momento de su nacimiento. La ley nacional del menor en el momento del nacimiento regirá las condiciones y los efectos de la determinación y la impugnación del estatuto del menor. La condición de hijo legítimo, adquirida en virtud de la ley nacional de uno de los progenitores, sólo puede impugnarse con arreglo a dicha ley".

<sup>302</sup> El art. 13 l. 218/1995 dice así: "1. Cuando en los artículos siguientes se haga referencia al Derecho extranjero, se tendrá en cuenta la remisión que el Derecho internacional privado extranjero haga al Derecho de otro Estado: a) si el Derecho de dicho Estado acepta la remisión; b) si se trata de una remisión al Derecho italiano. 2. No obstante, la aplicación del apartado 1 quedará excluida: a) en los casos en que las disposiciones de la presente Ley hagan aplicable la ley extranjera sobre la base de una elección a tal efecto realizada por las partes interesadas; b) en relación con las disposiciones relativas a la forma de los documentos; c) en relación con las disposiciones del Capítulo XI del presente Título. 3. En los casos contemplados en los artículos 33, 34 y 35, el renvoi sólo se tendrá en cuenta si conduce a la aplicación de una ley que permita el establecimiento de la filiación. (4) Cuando la presente Ley declare aplicable en algún caso un convenio internacional, se seguirá siempre la solución adoptada en el convenio en materia de reenvío.

<sup>303</sup> El artículo 17 del Decreto Presidencial 396/2000 regula los casos de intranscriptibilidad de las escrituras redactadas en el extranjero y establece que éstas "no podrán transcribirse si son contrarias al orden público".

<sup>304</sup> El art. 16 de la L. 218/1995 dice: "1. No se aplicará una ley extranjera si sus efectos son contrarios al orden público. 2. En ese caso, se aplicará la ley a la que se refieran otros factores de conexión que puedan preverse para la misma hipótesis jurídica. En su defecto, se aplicará la legislación italiana.

<sup>305</sup> El art. 65 de la Ley 218/1995 establece que "1. Las medidas extranjeras relativas a la capacidad de las personas, así como a la existencia de relaciones familiares o de derechos de la personalidad, surtirán efecto en Italia cuando hayan sido dictadas por las autoridades del Estado a cuya ley se refieran las disposiciones de la presente ley o cuando produzcan efectos en el ordenamiento jurídico de dicho Estado, aunque hayan sido dictadas por las autoridades de otro Estado, siempre que no sean contrarias al orden público y que se hayan respetado los derechos esenciales de la defensa".

Es evidente, por tanto, que -superada la distinción entre orden interno y orden internacional<sup>306</sup> - la circulación más o menos fluida de valores y principios entre ordenamientos jurídicos depende de la lectura que se quiera dar a la noción de "orden público".

Pues bien, según la jurisprudencia de la legitimidad, ésta debe entenderse como "el conjunto de principios fundamentales que caracterizan el ordenamiento jurídico interno en un período histórico determinado, pero inspirados en las exigencias de protección de los derechos humanos fundamentales comunes a los diversos ordenamientos jurídicos y situados en un nivel superior al de la legislación ordinaria" .<sup>307</sup>

Como consecuencia de la adhesión de nuestro ordenamiento jurídico a la comunidad supranacional, la noción debe interpretarse en sentido amplio para incluir también los principios derivados internacionalmente.

En consecuencia, el conflicto con el orden público no consiste en la mera disconformidad de la norma extranjera con las disposiciones del Derecho interno, sino únicamente en caso de conflicto con las exigencias de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en los Tratados constitutivos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>308</sup> . Desde esta perspectiva, una contraposición del acto extranjero con el orden público no es *ex se* detectable por falta de previsión o prohibición del caso concreto en nuestro ordenamiento, admitiéndose la incompatibilidad sólo en el supuesto de que el juez pueda considerar justificadamente que la transcripción del documento es inconsistente con aquellos valores constitucionales superiores y/o fundamentales que el legislador ordinario no pudo subvertir<sup>309</sup> .

---

<sup>306</sup> Sobre las diferencias entre orden público interno e internacional G. PERLINGIERI, G. ZARRA, , *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2019; P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, 1, 2015, Nápoles; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, en *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 403.

<sup>307</sup> Cass. 30 de septiembre de 2016, n.º 19599, citado anteriormente.

<sup>308</sup> Contra esta noción de orden público, véase G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. El interés del menor y el límite del orden público*, en *giudicedonna.it*, 2016, n.º 4, <http://www.giudicedonna.it/2016/numero-quattro/index.htm>.

<sup>309</sup> Cabe señalar que esta interpretación, que se encuentra en Cass. 30 de septiembre de 2016, núm. 19599, fue posteriormente desautorizada por el Tribunal Supremo en Secciones Unidas en la sentencia núm. 12193 de 8 de mayo de 2019. Para comentarios véase G. RECINTO, *Con*

Por consiguiente, en un asunto que afecta a personas menores de edad, la ponderación de los valores en juego no puede prescindir de la apreciación del interés superior del menor, que presupone la evaluación global del interés de la realidad familiar, realizada según la lectura combinada del artículo 8, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con el artículo 24, apartado 1, de la Carta de los Derechos de la Unión Europea.

Por lo tanto, la partida de nacimiento extranjera con dos madres, válida sobre la base de la ley de un Estado extranjero, no puede considerarse contraria al orden público por el hecho de que la técnica procreativa utilizada no esté reconocida por el ordenamiento jurídico italiano en virtud de la Ley 40/2004, en la medida en que representa sólo una de las posibles vías de ejecución de la potestad reglamentaria atribuida al legislador ordinario sobre una materia, aunque delicada desde el punto de vista ético y de relevancia constitucional, en la que las opciones legislativas no son constitucionalmente obligatorias<sup>310</sup>.

En este sentido, la transcripción puede responder al interés preeminente del menor en su identidad personal y a la protección de la "efectividad de los vínculos" establecidos por el menor con los miembros de la comunidad familiar en la que se inserta, ya que su denegación no puede representar una herramienta sancionadora dirigida a castigar a las parejas *del mismo* sexo que, para hacer realidad su aspiración parental, recurren al turismo procreativo<sup>311</sup> para eludir las prohibiciones existentes en el territorio nacional<sup>312</sup>.

---

*la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori", en Diritto e religioni, 2019, 560 y ss.; Id., La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiazione", en Diritto delle successioni e della famiglia, 2019, 347 y ss.*

<sup>310</sup> Se trata, en efecto, de una materia en la que la potestad reglamentaria y, por tanto, el espectro de opciones posibles por parte del legislador ordinario es amplio, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, que ha observado -en la conocida sentencia 162/2014- que se trata de cuestiones éticamente sensibles, en relación con las cuales "la identificación de un equilibrio razonable de necesidades contrapuestas, con respeto a la dignidad de la persona humana, pertenece en primer lugar a la valoración del legislador".

<sup>311</sup> A. DE BIASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, antes citado, 840.

<sup>312</sup> F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, cit., 1117 ss.

Pero, ¿qué ocurre si la legitimidad de la transcripción se refiere a un documento de nacimiento de dos madres, formado no en el Estado en el que tuvo lugar la práctica procreadora, sino en Italia<sup>313</sup> ?

*En primer lugar*, debe investigarse la legitimidad de tal acto en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, de conformidad con el artículo 449 del Código Civil<sup>314</sup> los registros del estado civil se llevan con arreglo a las normas establecidas en el Decreto Presidencial n° 396 de 3 de noviembre de 2000<sup>315</sup>, que establece, en sus artículos 29<sup>316</sup> y 44<sup>317</sup>, los criterios para la elaboración del certificado de nacimiento. El funcionario del registro civil deberá, según el nuevo art. 33 § 1 de la Ley 218/1995<sup>318</sup>, aplicar la ley nacional del menor en el momento del

---

<sup>313</sup> Una cuestión de esta naturaleza fue abordada no sólo por el Tribunal de Apelación de Trento, Sec. I Civil, 16 de enero de 2020, sino también por el Tribunal de Pisa en su Auto de 15 de marzo de 2018, culminando con una sentencia sobre legitimidad constitucional concluida en la sentencia del Tribunal Constitucional. 237/2019. En efecto, los jueces remitentes escriben: "Mientras que en todos los precedentes conocidos se ha discutido la transcripción de una partida de nacimiento formada en el extranjero, en la que se indicaban dos progenitores del mismo sexo, en el presente caso se discute, por primera vez que sepamos, la posibilidad de formar en Italia una partida de nacimiento en la que se indiquen dos progenitores del mismo sexo". Véase Ord. Trib. Pisa, 15 marzo 2018, en *Nuova giur. civ.*, cit., 1569 y ss.

<sup>314</sup> Art. 449 del Código del Estado Civil "Los registros del estado civil se llevan en cada municipio de conformidad con las normas contenidas en la Ley del Estado Civil".

<sup>315</sup> Reglamento para la revisión y simplificación del régimen del estado civil, de conformidad con el artículo 2, apartado 12, de la Ley 127, de 15 de mayo de 1997. Para más información, véase P. STANZIONE, *Il nuovo ordinamento dello stato civile. Commento al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*, Milano, 2001.

<sup>316</sup> Art. 29, § 2, Decreto Presidencial n° 396 de 3 de noviembre de 2000: "En la partida de nacimiento se indican el lugar, el año, el mes, el día y la hora del nacimiento, los datos personales, la nacionalidad y la residencia de los padres del hijo nacido dentro del matrimonio, así como de los que hacen la declaración de reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio y de los que han expresado su consentimiento para ser nombrados por escritura pública, el sexo del hijo y el nombre que se le da en virtud del artículo 35". El apartado 1 de dicho artículo especifica que esta declaración debe efectuarse en los plazos y en la forma previstos en el artículo 30.

<sup>317</sup> Art. 44, párr. 1, Decreto Presidencial n° 396 de 3 de noviembre de 2000: "El reconocimiento de un hijo no nacido puede ser efectuado por el padre al mismo tiempo que el de la mujer embarazada o después del reconocimiento de ésta y de la prestación de su consentimiento, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 250 del Código Civil. Teniendo en cuenta, además, que en virtud del art. 30 uno de los progenitores es la "puerpera", el Derecho interno parece admitir únicamente como progenitores a personas de distinto sexo y, en consecuencia, la partida de nacimiento debe indicar necesariamente un padre y una madre.

<sup>318</sup> Art. 33 (1) L. 218/1995: "El estatuto del menor se determina por la ley nacional del menor o, si es más favorable, por la ley del Estado del que uno de los padres es nacional, en el

nacimiento, salvo que se remita a la ley más favorable del Estado extranjero del que uno de los progenitores sea nacional<sup>319</sup>. Teniendo en cuenta que ambas madres son ciudadanas italianas, en el presente caso será de aplicación la ley nacional, por lo que no puede obviarse el ámbito de aplicación real de la Ley 40/2004.

El Tribunal de Apelación de Trento, al afirmar que del estatuto jurídico de la pareja no podía derivarse ningún significado contrario, señala cómo el legislador de 2004, al formular las disposiciones de los artículos 5 y 8 de la Ley 40, optó por una terminología neutra desde el punto de vista del género. De hecho, el artículo 5 permite el acceso a la PMA también a las parejas que sólo "cohabitan"<sup>320</sup>, noción desprovista de toda indicación en cuanto al sexo de los miembros, y el artículo 8, al definir el *status* del hijo nacido de tales prácticas, hace una referencia genérica a la "pareja", que debe entenderse, por tanto, como "una formación social protegida en virtud del artículo 2 de la Constitución". A continuación, señala cómo el artículo 8, ubicado autónomamente en el Capítulo III de la Ley 40, no contiene referencia alguna ni a las normas sobre prohibiciones, expresadas por el Art. 5, ni a los efectos de la violación de los mismos, incluido el de la heterosexualidad de la pareja, limitándose, de hecho, a disponer, sin más distinción, que "los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida tienen la condición de hijos legítimos o reconocidos por la pareja que

---

momento del nacimiento".

<sup>319</sup> En coherencia con la unificación de la condición de hijo (art. 315 del Código Civil), en la reciente reforma de la disciplina de la filiación, el legislador ha generalizado la posibilidad (antes reservada únicamente a la hipótesis de adquisición de la *condición de* hijo legítimo) de recurrir a la ley de uno de los progenitores si resulta más favorable al hijo en la práctica para determinar su *condición*. Sobre este punto, con más detalle A.G. GRASSO, *È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 11, 1574 ss.

<sup>320</sup> De conformidad con el numeral 36 del artículo 1 de la Ley 76 de 2016, "Para efectos de las disposiciones previstas en los numerales 37 a 67, se entenderá por "convivientes de hecho" dos personas mayores de edad unidas permanentemente por vínculos afectivos de pareja y de ayuda mutua moral y material, no ligadas por relaciones de parentesco, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil". Sobre este punto, véase P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 32. Las AA. se detienen en un aspecto concreto, a saber, la falta de investigación sobre la adecuación, fiabilidad y estabilidad reales de la relación de convivencia, afirmando que: "una vez más, no puede obviarse la evanescencia de la categoría utilizada, en la medida en que la convivencia en sí misma no transmite esa necesidad de seriedad, imprescindible para poder desempeñar adecuadamente el oficio de la patria potestad".

haya manifestado la voluntad de recurrir a tales técnicas conforme al artículo 6<sup>321</sup>.

De esta formulación normativa cabría deducir la operatividad del principio preeminente de protección del estatuto del menor nacido mediante técnicas de procreación médicamente asistida con la única limitación -además de la prohibición de la maternidad subrogada<sup>322</sup> prevista en el artículo 12, apartado 6, L. 40/2004- de la válida formación y expresión del consentimiento para acceder a las prácticas de procreación médicamente asistida, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 L. 40/2004. Por tanto, este último desempeñaría un papel central como factor determinante de la paternidad respecto a quienes recurren a esta técnica<sup>323</sup>.

Si se examina más detenidamente, el art. 8 de la citada ley no se limita a regular la forma del consentimiento prestado en Italia, sino que es una disposición que, a través de múltiples referencias, reconoce como válido únicamente el consentimiento prestado en presencia de los requisitos previos subjetivos y objetivos establecidos por la ley<sup>324</sup>.

La norma, originalmente modelada sólo para la procreación homóloga médicamente asistida y ahora interpretada también a la luz de la llamada procreación heteróloga cuando se lleva a cabo legítimamente<sup>325</sup>, se refiere al consentimiento otorgado en virtud del artículo 6, que a su vez menciona como

---

<sup>321</sup> Art. 8, L. 40/2004, cit.

<sup>322</sup> Se trata de una técnica particular de procreación asistida, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual una mujer, tercero de la pareja comitente que se compromete a asumir la responsabilidad parental del menor, se compromete a poner a disposición su útero para llevar a cabo, por cuenta ajena, un embarazo y dar a luz, al término del mismo, al menor. Para comentarios al respecto véase G. RECINTO, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"*, cit., 560 y ss.; Id, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiazione"*, cit., 2019, 347 ss.; Id., *Un inesperto "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 7, 2020, 690 ss.

<sup>323</sup> F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, cit., 1117 ss.

<sup>324</sup> Ord. Trib. Pisa, 15 de marzo de 2018, cit.

<sup>325</sup> En el pronunciamiento 162/2014 el Tribunal declaró "la ilegitimidad constitucional del artículo 4, apartado 3, de la Ley 40, de 19 de febrero, en cuanto establece para la pareja a que se refiere el artículo 5, apartado 1, de la misma ley, la prohibición de recurrir a técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida si se ha diagnosticado una patología causante de infertilidad absoluta o irreversible".

destinatarios de la información<sup>326</sup> a los previstos en el artículo 5. Este último, remitiéndose expresamente a lo indicado en el artículo 4, apartado 1, deja así claro que los efectos jurídicos previstos en el artículo 8 presuponen una procreación médicamente asistida realizada de conformidad, objetiva y subjetivamente, con las normas de la ley<sup>327</sup>.

Además, así se desprende también del muy reciente pronunciamiento 221/2019<sup>328</sup>, decisión a la que hay que reconocer el mérito de haber devuelto al ordenamiento lo que el mismo Tribunal Constitucional había sostenido en el pasado<sup>329</sup>. En la parte dispositiva, de hecho, el Tribunal afirmó que, al legitimar el acceso a la PMA de las parejas *del mismo sexo, se estarían incumpliendo irremediabilmente las coordenadas básicas*<sup>330</sup> de la ley nº 40/2004. En efecto, la apertura a la reproducción heteróloga prevista en la citada sentencia 162/2014<sup>331</sup> debe calibrarse al "caso concreto al que se refiere

---

<sup>326</sup> El artículo 6 de la Ley 40/2004, titulado "Consentimiento informado", establece, en efecto, que el médico debe informar a la pareja -antes de recurrir a la técnica procreadora- de la posibilidad de recurrir a alternativas como la adopción o el acogimiento, así como "sobre los métodos, los problemas bioéticos y los posibles efectos secundarios sanitarios y psicológicos derivados de la aplicación de las propias técnicas, sobre las probabilidades de éxito y los riesgos derivados de las mismas, así como sobre las consecuencias jurídicas relativas para la mujer, el hombre y el feto".

<sup>327</sup> A. G. GRASSO, *È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?*, cit., 1574 y ss.

<sup>328</sup> C. Cost., 23 de octubre de 2019, nº 221 en *Corr. Giur.*, 2019, 1460, con comentario (p. 1469 ss) de G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*; véase también, Id, *La Corte Costituzionale e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorso alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un "diritto assoluto alla genitorialità"*, en *www.giustiziacivile.com* (6 de noviembre de 2019), 1 ss.; en *Foro it.*, 2019, I, 3782 ss., con nota de G. CASABURI, "*Qui sto. Non posso fare altrimenti*": *la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 548 ss., con nota de V. I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*; in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 430 ss., con nota de R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale Kantiana e diritto alla procreazione*.

<sup>329</sup> La referencia es a la famosa sentencia 162/2014.

<sup>330</sup> Cfr. G. RECINTO, ult. op. cit., en el que se constata que existen dos coordenadas subyacentes a la citada ley: la primera se refiere a la "función de las técnicas en cuestión", destinadas a "remediar la esterilidad o infertilidad humana de causa patológica y no removible de otro modo", y la segunda se refiere a la "estructura de la unidad familiar resultante de las técnicas en cuestión", en la medida en que una familia ad *instar naturae* sería, en principio, el lugar más adecuado para acoger y criar al recién nacido.

<sup>331</sup> Tribunal Constitucional, 10 de junio de 2014, nº 162, citado anteriormente.

la sentencia"<sup>332</sup>, el de la pareja heterosexual diagnosticada de una patología productora de infertilidad o esterilidad absoluta o irreversible. La *razón de ser* de tales prácticas es, por tanto, una "finalidad terapéutica *latu sensu*", frente a la que contrastaría la infertilidad "fisiológica" de las parejas homosexuales. En este sentido, la referencia también a las "parejas de hecho" en el artículo 5 no parece especialmente indicativa, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que en el caso que nos ocupa se exige explícitamente -como requisito subjetivo para acceder a este tipo de prácticas- la diversidad de género de los miembros de la pareja que la solicita<sup>333</sup>.

Así las cosas, el encargado del registro civil, al redactar el certificado de nacimiento, debe indicar, como progenitores del menor nacido como resultado de técnicas de procreación asistida, a la pareja heterosexual que ha dado conscientemente su consentimiento al tratamiento de procreación -incluido el tratamiento heterólogo-, haciendo constar, como exige la ley<sup>334</sup>, los nombres del "padre" y de la "madre". A falta de los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por los artículos 4 y 5 de la Ley 40/2004, el funcionario del Registro Civil, en presencia de un nasciturus por reproducción médicamente asistida prohibida en el territorio nacional, a los efectos de establecer la *filiación*, debe hacer constar en la partida de nacimiento únicamente a la madre biológica, dado que conforme al artículo 269, apartado 2, del Código Civil, "es madre la que da a luz", no siendo relevante a los efectos de la *filiación* el papel del denominado progenitor intencional<sup>335</sup>.

Debe señalarse que, en nuestro sistema, las normas relativas a la formación de la partida de nacimiento "no regulan directamente las relaciones entre particulares, sino que regulan la actividad de los poderes públicos"<sup>336</sup> y, en la medida en que están destinadas a proteger intereses públicos importantes,

---

<sup>332</sup> C. Const. n° 221, de 23 de octubre de 2019, citada anteriormente.

<sup>333</sup> F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, cit., 1117 ss.

<sup>334</sup> Art. 250, § 1, Código Civil "El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido, en la forma prevista en el artículo 254, por su padre y su madre, aunque ya estuvieran casados con otra persona en el momento de la concepción. El reconocimiento puede tener lugar conjunta o separadamente". Por tanto, a la luz de la *fundamentación de la Ley 40/2004*, los términos "padre" y "madre" deben entenderse en sentido literal y no como los sujetos legitimados para realizar la declaración de reconocimiento, tal y como sostiene el tribunal de instancia.

<sup>335</sup> Cass., 3 de abril de 2020, n° 7668, en *Dir. fam. pers.*, cit., 890 y ss.

<sup>336</sup> Ord. Trib. Pisa, 15 de marzo de 2018, cit.

deben considerarse de aplicación necesaria<sup>337</sup>.

Dado que el Derecho italiano no permite la procreación médicamente asistida mediante técnicas heterólogas salvo para las parejas heterosexuales que padezcan una patología que las coloque en una condición de esterilidad o infertilidad irreversible, el recurso a tal práctica fuera de esta condición particular, tanto para las parejas homosexuales como para las parejas heterosexuales, no es objeto de un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico, sino la consecuencia de una infracción de la ley, en relación con la cual no parece posible hablar de desigualdad de trato injustificada.

Desde un punto de vista normativo, el certificado de nacimiento de un menor nacido en Italia de una fecundación heteróloga realizada en el extranjero y que tenga como progenitores a dos personas del mismo sexo no puede sino considerarse ilegítimo.

Con la posterior Sentencia núm. 237 de 2019<sup>338</sup> el Tribunal abordó una cuestión, vinculada a la tratada por la Sentencia núm. 221 del mismo año, pero en el plano del perfil atinente a la eventual reconocibilidad de los efectos civiles (en el sentido de la obtención de la inscripción del *estado relativo*) de

---

<sup>337</sup> A.G. GRASSO, *È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?*, cit., 1574 y ss. En la confección de la partida de nacimiento, el funcionario del Registro Civil está obligado a cumplir las normas ordinales relativas a la formación de las partidas de nacimiento, las cuales, en la medida en que se dirigen a delimitar con precisión su eficacia en el espacio en razón del objeto y finalidad perseguidos, "entran dentro de la familia de las denominadas normas espacialmente condicionadas y funcionalmente autolimitadas, también conocidas como *lois de police*, y, como tales, pueden ser consideradas n.o.s". El autor precisa además que "por normas de aplicación necesaria [en adelante n.o.n.] se entienden aquellas disposiciones que deben aplicarse con independencia de la remisión al Derecho extranjero, cuya función de límite preventivo a la concreta operatividad de las normas de conflicto las distingue de la cláusula de orden público (que, en cambio, sólo interviene tras la operatividad de aquéllas, precisamente para impedir los efectos derivados de la aplicación del Derecho extranjero). La necesidad de tales normas deriva ordinariamente del interés superior del Estado en que se apliquen perentoriamente, en la medida en que están destinadas a proteger intereses públicos importantes". Sobre el concepto de "normas de aplicación necesaria", véase G. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, en *Riv. dir. int.*, 1976, 469 y ss.; T. TREVES, *Commentario alla riforma del sistema di diritto internazionale privato, sub art. 17*, Milán, 1996, 84 y ss.; F. TROMBETTA PANIGALDI, *Le norme di applicazione necessaria nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, en *Studium iuris*, 1999, 750 y ss.; G. CARDUCCI, *Norme di applicazione necessaria*, en *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1999, 1 y ss.; C. MOSCONI, F. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e procedurale*, Milán, 2017, 274 y ss.

<sup>338</sup> Corte Cost. 15 de noviembre de 2019, núm. 237, en *Famiglia e diritto*, 2020, núm. 4, 325 y ss., con nota de M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recurre il riconoscimento di due madri*.

una filiación referible a una pareja del mismo sexo femenino. A pesar de la inadmisibilidad de la cuestión<sup>339</sup>, la sentencia contiene algunos pasajes, de carácter incidental, que son relevantes para la presente discusión.

En particular, el Tribunal de Justicia adoptó una postura clara al sostener que, si bien es cierto que la paternidad de un menor nacido tras recurrir a técnicas de PGA también está vinculada al "consentimiento" prestado, y a la "responsabilidad" consecuentemente asumida, por ambas partes que han decidido acceder a tal técnica procreativa, no lo es menos que es necesario que los implicados en el proyecto parental así compartido sean parejas de distinto sexo.

En efecto, tal y como prevé expresamente el artículo 5 de la citada Ley n° 40 de 2004, las parejas del mismo sexo no pueden acceder a las técnicas de PMA, disposición que se considera constitucionalmente legítima<sup>340</sup>.

El Tribunal precisa además que ni siquiera la remisión a la ley n° 76/2016 – relativa a la "Regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y regulación de las convivencias" – puede llevar a conclusiones opuestas. En efecto, ésta, si bien reconoce la dignidad social y jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo, no permite, sin embargo, la filiación, adoptiva o por fecundación asistida, a su favor<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> La cuestión de la legitimidad constitucional fue planteada por el Tribunal de Pisa con referencia a los artículos 2, 3, 24, 30 y 117, párrafo primero, de la Constitución italiana, este último en relación con los artículos 3 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Menor - de la "norma inferida" de los artículos 250 y 449 del Código Civil; 29, párrafo 2, y 44, párrafo 1, del Decreto Presidencial n° 396 de 2000; 5 y 8 de la Ley n° . 40 de 2004, en la medida en que no permiten extender en Italia un certificado de nacimiento en el que se reconozca a dos personas del mismo sexo como padres de un extranjero cuando la filiación se establece sobre la base de la ley aplicable en virtud del artículo 33 de la Ley n° 218 de 1995.

En apoyo de su declaración de inadmisibilidad de la cuestión, el Tribunal de Justicia señaló que el órgano jurisdiccional *remittente* no había aclarado si la "norma deducida", cuya anulación solicitaba, era (a) la propia norma interna sobre la filiación heterogénea, cuya aplicabilidad presumía necesaria para extender (pero no, por otra parte, transcribir) la partida de nacimiento de un hijo extranjero; o b) una norma sobre la "actuación administrativa", reguladora de la actividad del encargado del registro civil, que le impediría extender la partida de nacimiento de un hijo extranjero al que reconociera un estatuto previsto por su Derecho nacional pero no por el Derecho italiano. El órgano jurisdiccional *remittente* tampoco había examinado las disposiciones, más pertinentes para el objeto de la cuestión de constitucionalidad, mediante las cuales el legislador ha identificado las normas de necesaria aplicación en la materia específica de la filiación.

<sup>340</sup> A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, en *Servizio Studi Corte Cost.*, 2021, 36.

<sup>341</sup> Consulte el apartado 4.1 de la sección II de este capítulo.

De ahí, en opinión del Tribunal, la conclusión de que, tal como están las cosas en nuestro Derecho interno, queda excluido que dos personas del mismo sexo puedan ser padres de un menor.

Sin duda, la actitud incierta de la elaboración jurisprudencial pone de relieve la necesidad de encontrar, en una dimensión de *iure condendo*, una clave de lectura que pueda facilitar la búsqueda de la regla determinante de la parentalidad siempre que las disposiciones de la ley sobre PMA resulten deficientes y capaces de garantizar una mayor eficacia sin caer del lado de los derechos fundamentales, centrándose siempre en la protección del menor y no en la "satisfacción de las necesidades" de los adultos.

Dicho esto, sigue siendo, sin embargo, prerrogativa del Parlamento, en el ejercicio de su actividad de ejecución primaria de la Constitución, sintetizar las cuestiones que animan a la opinión pública en un intento de identificar puntos de equilibrio -que cristalicen en preceptos normativos- que tengan en cuenta el progreso de la ciencia médica y las posibilidades que pone a disposición del Derecho, con vistas a estar siempre en consonancia con los principios supremos de nuestra Carta Constitucional<sup>342</sup>.

Pues bien, en la continuación del recorrido de la jurisprudencia constitucional sobre la materia en 2020, sale a la palestra la sentencia núm. 230<sup>343</sup>, en la que el Tribunal declaró la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 1, apartado 20, de la Ley núm. 76, de 20 de mayo de 2016, y del art. 29, apartado 2, del Decreto Presidencial n° 396, de 3 de noviembre de 2000, en la medida en que excluyen que la madre intencional

---

<sup>342</sup> L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2, 2020, 261-262.

<sup>343</sup> C. Const. n° 230, 4 de noviembre de 2020. En concreto, el Tribunal declaró inadmisibile la cuestión de constitucionalidad del artículo 1, apartado 20, de la Ley n.° 76, de 20 de mayo de 2016 (Regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y regulación de las parejas de hecho) y del artículo 29, apartado 2, del Decreto Presidencial n.° 396, de 3 de noviembre de 2000 (Reglamento para la revisión y simplificación del régimen del estado civil, en aplicación del artículo 2, apartado 12, de la Ley n.° 127, de 15 de mayo de 1997), planteada por el Tribunal de Venecia en el asunto relativo a dos mujeres unidas civilmente, una de las cuales había concebido en el extranjero un hijo nacido después en Italia mediante técnicas de matrimonio civil. 127, de 15 de mayo de 1997) planteada por el Tribunal de Venecia en el asunto relativo a dos mujeres unidas civilmente, una de las cuales había concebido en el extranjero un menor nacido después en Italia mediante técnicas de fecundación heteróloga efectuadas con el consentimiento de la "madre intencional", a la que se había denegado la posibilidad de hacer constar en el certificado de nacimiento que el menor era hijo de ambas.

pueda ser reconocida como progenitora del menor – nacido en Italia – tras un proyecto de fecundación asistida perfeccionado en el extranjero, en el marco de una pareja homoparental femenina unida civilmente.

El Tribunal de Justicia declara que las vías de aplicación de una protección diferente del interés superior del menor, en la dirección de contenidos jurídicos más penetrantes y extensos de su relación con su futura madre para atenuar la distancia entre la realidad fáctica y la realidad jurídica, pertenecen al plan de opciones dejadas a la discrecionalidad del legislador<sup>344</sup>.

Con esta importante sentencia, el Tribunal afirmó claramente que el reconocimiento de la filiación a dos madres es competencia del legislador. Más concretamente, los jueces señalaron que "corresponde al legislador – en cuestiones tan delicadas desde el punto de vista ético – ponderar los intereses y valores en juego, teniendo en cuenta las orientaciones más extendidas en el tejido social en un momento histórico determinado" y sostuvieron también "que la protección del interés superior del menor en tales situaciones -hoy encomendada por la jurisprudencia a la disciplina vigente en materia de adopción en casos particulares- puede garantizarse a través de diversas soluciones, todas ellas compatibles con la Constitución, que corresponde siempre al legislador identificar"<sup>345</sup>.

#### 7. Breves reflexiones finales y últimas advertencias del Tribunal Constitucional al legislador en materia de "status filiationis" (Tribunal Constitucional nº 32 de 2021).

En definitiva, las normas relativas a la procreación médicamente asistida han experimentado -desde la promulgación de la Ley nº 40 de 2004- una clara evolución debido a la intervención de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Casación en la materia, que a menudo han interactuado y han ido en paralelo para llegar a las consiguientes soluciones que debían adoptarse.

---

<sup>344</sup> F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, en *Vita Notarile*, 3, 2021, 1117 ss.

<sup>345</sup> Corte Cost, Comunicado de 21 de octubre de 2020, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

La estructura y las justificaciones básicas que caracterizaban la estructura original de la Ley 40 de 2004 se han visto, en gran medida, resquebrajadas, ya que el Tribunal Constitucional ha adoptado decisiones que han dado lugar a la anulación de algunos -aunque significativos- principios básicos que también habían caracterizado el enfoque ideológico de la legislación sobre PMA.

Dicho esto, aún no puede decirse que el desglose parcial del marco normativo básico de la citada Ley n° 40 de 2004 esté completo.

En este sentido, la Consulta ha intervenido recientemente en una cuestión relativa al reconocimiento del estatuto de hijos a los nacidos mediante técnicas de procreación médicamente asistida practicadas en el extranjero por dos mujeres<sup>346</sup>.

El Tribunal – en su sentencia n. 32, de 9 de marzo de 2021 – consideró, a falta de norma aplicable al caso concreto, no intervenir en el estado y dirigió – también en este caso – una enérgica advertencia al legislador para que identificara urgentemente las formas más adecuadas de protección de los menores, también a la luz de las fuentes internacionales y europeas, argumentando, enérgicamente, que la grave laguna en la protección de los intereses del menor, nacido de una fecundación heteróloga practicada en el extranjero por dos mujeres cuya relación, al cabo de los años, se ha vuelto conflictiva, ya no sería tolerable si continúa la inercia del legislador<sup>347</sup>.

De hecho, el Tribunal ha afirmado que corresponde en primer lugar al legislador identificar el "equilibrio razonable entre los distintos bienes

---

<sup>346</sup> La cuestión fue planteada como cuestión incidental por el Tribunal de Padua mediante auto de 9 de diciembre de 2019, en referencia a la legitimidad constitucional de los artículos 8 y 9 de la Ley n° 40 de 2004, sobre procreación médicamente asistida, y del artículo 250 del Código Civil, al considerar que dichas disposiciones se oponen a los artículos 2, 3, párrafos primero y segundo, y 30 de la Constitución italiana con los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Menor de 29 de noviembre de 1989, ratificada por Italia mediante la Ley n° 176 de 27 de mayo de 1991, y con el artículo 8 del CEDH. Según el Tribunal de Justicia, la inconstitucionalidad alegada se encontraba en el hecho de que los preceptos impugnados no permiten atribuir al hijo nacido en el marco de un proyecto de procreación heteróloga médicamente asistida llevado a cabo por una pareja de mujeres la *condición de hijo* reconocido también de la mujer que, junto con la madre biológica, ha dado su consentimiento a la práctica de la fecundación, y ello siempre que no concurren los requisitos para proceder a la adopción en casos particulares conforme al art. 44 párr. 1 lett. d) de la Ley n° 184 de 1983, y se establece el interés superior del menor, según la interpretación predominante en los últimos años.

<sup>347</sup> A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, en *Servizio Studi Corte Cost.*, 2021, 48.

constitucionales en juego, con respeto a la dignidad de la persona humana", para proporcionar, de forma orgánica, una protección adecuada a los derechos del menor "al cuidado, a la paternidad, a la educación, a la manutención, a la sucesión y, más en general, a la continuidad y a la comodidad de los hábitos compartidos", evitando generar desarmonía en el sistema.

Se señala que el tribunal remitente había denunciado la laguna de protección, ya que el marco legal vigente no permite que a los nacidos de un proyecto compartido de PMA, practicado en el extranjero por dos mujeres, se les conceda la *condición de* hijo reconocido ni siquiera por la madre prevista, cuando no se cumplen las condiciones para la adopción en los casos especiales<sup>348</sup> y se comprueba judicialmente el interés superior del menor.

Por lo tanto, como puede deducirse de estas últimas constataciones, es evidente que -en opinión del Tribunal- ha llegado el momento de proceder a una revisión tendencialmente exhaustiva del tema de la PMA.

En su defecto, el Tribunal Constitucional se encontrará necesariamente desempeñando una (nueva y no nueva) función sustitutoria.

Por último, en aras de la exhaustividad, cabe señalar que en diciembre de 2021<sup>349</sup> la Gran Sala del Tribunal de Justicia dictaminó que el Derecho de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a reconocer el certificado de nacimiento expedido por las autoridades de un Estado miembro a favor de un menor nacido en dicho Estado, mediante fecundación heteróloga, de una pareja del mismo sexo femenino, con el fin de permitir que el menor ejerza, con cada una de las dos madres, el derecho a circular y residir en el territorio europeo vinculado a su *status* de ciudadano de la Unión. A tal fin, las autoridades del Estado miembro de nacionalidad están obligadas, como exige la Directiva 2004/38, a expedir un documento de identidad o un pasaporte a favor del menor, en el que las dos mujeres figuren como madres, sin que, no obstante, se exija la expedición previa de un nuevo certificado de nacimiento por las autoridades del Estado miembro de que se trate.

Volveremos sobre este punto con más detalle en el análisis comparativo y de la UE del capítulo IV, al que nos remitimos.

---

<sup>348</sup> Este tema se tratará en la Sección II de este Capítulo.

<sup>349</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon, *Pancharevo*, (Asunto C-490/20 PPU, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008),

## **Sección II: La adopción: un modelo de paternidad con una visión verdaderamente centrada en el menor?**

### 1. Evolución de la institución de la adopción

El código de 1942 sólo preveía una forma de adopción: la que, con una larga tradición, tenía por objeto permitir a una persona que hubiera cumplido 50 años y no tuviera hijos -por no haberlos tenido nunca o por haberlos perdido- asumir como hijo a una persona al menos 18 años más joven que ella, a la que transmitiría su nombre y sus bienes<sup>350</sup>.

Posteriormente, se sintió la necesidad de recurrir a la adopción para proporcionar una familia a los menores sin padres o que, en cualquier caso, no tienen una situación familiar adecuada.

De este modo, se dio la vuelta a la perspectiva tradicional: en lugar de actuar en interés del padre adoptivo, la adopción pasó a considerarse únicamente en interés del menor.

En la actualidad, la institución se caracteriza por ser un instrumento para la realización de un derecho real del menor a tener una familia, entendida como un lugar en el que lograr todos los cuidados y la educación adecuados, en consonancia con los principios enunciados por las fuentes internacionales, entre los que merece especial mención la Convención sobre los Derechos del Menor, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por la ley nº 176 de 27 de mayo de 1991.

A nivel europeo, cabe mencionar el Convenio de Estrasburgo sobre la adopción de menores, de 24 de abril de 1967, ratificado por Italia mediante la Ley nº 357, de 22 de mayo de 1974, y reformado mediante una medida de 14 de mayo de 2008.

---

<sup>350</sup> Para una visión de conjunto, véase U. GUALAZZINI, *Adozione, (voce)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, dir. da A. AZARA, E. EULA, Utet, Turin, 1957, 290-302; G. CATTANEO, *Adozione, (voce)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Utet, Turin 1996, 94-131; M.G. DI RENZO VILLATA, *Personae e famiglia nel diritto medievale e moderno (voce)*, en *Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione Civile*, XIII, Turin, 1996, 457-527; M. TRIMARCHI (ed.), *Adozione*, en *Quaderni di diritto civile, Milán*, 2004; L. ROSSI CARLEO, *La filiazione adottiva*, en *Diritto civile, II, La famiglia*, dirigido por N. LIPARI y P. RESCIGNO, coordinado por A. ZOPPINI, Milán, 2009, 441-449.

La disciplina de la adopción de menores - inicialmente colocada como "novella" en el mismo cuerpo del Código Civil - se encuentra ahora en una ley especial fuera del código: la Ley nº 184 de 4 de mayo de 1983, "Disciplina de la adopción y del acogimiento de menores", que fue reformada por la Ley nº 149 de 28 de marzo de 2001, que cambió el título mismo de la ley, ahora llamada "Derecho del menor a una familia".

La adopción tradicional, reservada a las "personas mayores de edad"<sup>351</sup>, se ha mantenido en el Código Civil, aunque ahora se aplica raramente en la práctica.

Así pues, la institución de la adopción ha experimentado una profunda evolución a lo largo de los años. Concebida originalmente para permitir a quienes no tenían hijos nacidos dentro del matrimonio perpetuar sus apellidos y transmitir su herencia, ha cumplido posteriormente la misión de hacer posible que un menor en estado de abandono sea colocado en una nueva familia, capaz de proveer a sus necesidades vitales<sup>352</sup>.

Este cambio de perspectiva fue de la mano del establecimiento del "principio del interés superior del menor", que impregna todo el corpus de la legislación de menores de los países europeos, y que se formalizó por primera vez en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor de 1989<sup>353</sup>.

El "*interés superior del menor*" representa, desde esta perspectiva, el principio de referencia fundamental, a partir del cual el juez está llamado a valorar las peculiaridades de la situación sometida a su examen para adoptar la decisión que, a su juicio, logre el interés superior del menor<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> Tal es la redacción del Título VIII del Libro I del Código Civil, siguiendo los artículos 58 y 59 de la Ley 184/1983.

<sup>352</sup> Sobre la legitimación de la adopción, *ex multis*, véase L. FADIGA, *L'adozione legittimante*, en G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, en *Trattato dir. fam.*, editado por P. ZATTI, II, Milán, 2002, 625 ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. Presupposti ed effetti*, en *Filiazione e adozione, Trattato del nuovo dir. fam.*, dirigido por G. FERRANDO, III, Bologna, 2010, 587 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Turín, 2016, 379 ss.

<sup>353</sup> P. POLLICE, *L'interesse del minore*, en *Dir. giur.*, 2003, 1, 17 y ss.

<sup>354</sup> S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 4, 1373 y ss.; M. VELLETTI, *Interesse del minore e genitorialità*, en *Libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, 3 y ss.; G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, en *Dir. succ. fam.*, 2017, 777 y ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 86 y ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit.,

Un reflejo del principio que se acaba de exponer, con referencia específica a las situaciones en las que el menor se encuentra en un contexto de penuria familiar, es que el menor tiene derecho a ser criado en un contexto familiar que sienta como propio y que debe considerarse como tal en virtud del art. 1 de la Ley nº 184 de 4 de mayo de 1983 (Ley de Adopción), así como de la nueva redacción del art. 315-bis del Código Civil<sup>355</sup> y del art. 30 de la Constitución<sup>356</sup>.

Además, si la introducción de la ley de 1983 ya había puesto en primer plano el derecho del menor a "una familia propia", haciendo hincapié en las intervenciones de apoyo, este perfil fue aún más destacado por la reforma de 2001, que cambió el título mismo de la ley, proporcionando garantías procesales más eficaces y haciendo hincapié en la obligación positiva de las autoridades locales de hacerse cargo de las situaciones de penuria familiar para hacer efectivo el derecho del menor a una familia propia<sup>357</sup>.

En esta perspectiva, la institución de la adopción se ha afirmado cada vez más, en la apreciación del juez, como una *extrema ratio*<sup>358</sup>, es decir, como un remedio residual en caso de fracaso de las intervenciones de apoyo, cuando otras vías no son viables, siendo absolutamente preeminente el derecho del menor a crecer en el seno de la familia de origen y a mantener vínculos significativos con ella<sup>359</sup>.

En concreto, la Ley 184/1983 contempla el supuesto de que el menor atraviese dificultades familiares de tres formas diferentes, en función del grado de criticidad de la situación familiar.

---

2016.

<sup>355</sup> El artículo 315-bis(2) del Código Civil representa, según la mejor doctrina, un estatuto ontológico de la persona menor de edad: véase C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 363.

<sup>356</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2021, 838 y ss.

<sup>357</sup> Por todo, recordar las reflexiones de C.M. BIANCA, *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, en *Foro it.*, 10, 2017, 3171 y ss.

<sup>358</sup> Cass. 11 de noviembre de 1996 núm. 9861, en *Fam. dir.*, 1997, 250 y ss.; Cass. 2 de abril de 2005 núm. 6921, en *Fam. pers. e succ.*, 2005, 264 y ss.; Cass. 31 de marzo de 2010 núm. 7961, en *Giur. it.*, 2011, 297 y ss.; Cass. 24 de noviembre de 2015 núm. 23979, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 669 y ss.; Cass. 18 de diciembre de 2015 núm. 25526, *ivi*, 2016, 680 y ss.

<sup>359</sup> E. BATTELLI, *L'adozione*, en A. MACRILLÒ (ed.), *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Maggioli, Rimini, 2015, 249 y ss.

Si, por el contrario, las dificultades son graves pero temporales, es decir, parecen superables con suficiente rapidez, es posible recurrir al instrumento del acogimiento familiar (Título I *bis*, l. 184/1983 ). Por último, sólo si las dificultades son muy graves o dan lugar a malos tratos significativos, o si la situación de abandono del menor no puede superarse con la suficiente rapidez, el menor puede ser declarado adoptable y entregado en acogimiento preadoptivo (artículo 27, Ley de Adopción).ley de adopción).

Las orientaciones actuales del Tribunal Supremo tienden ahora a considerar la adopción plena como un instrumento residual al que sólo debe recurrirse en caso de abandono irremediable<sup>360</sup> .

## 2. Ley nº 183 de 1984: breve descripción de la ley y de las diferentes hipótesis de adopción

No fue hasta la década de 1980 cuando el ordenamiento jurídico italiano incorporó los principios desarrollados por los convenios internacionales, modificando la ley de 1967 mediante la Ley nº 184 de 1983, que reformó por completo la institución de la adopción.

En primer lugar, la adopción se define como "aquel acto que confiere a una de las partes -el adoptado- la condición jurídica de hijo de la otra -la parte adoptante-, aunque aquélla no haya sido engendrada por ésta"<sup>361</sup> . Se considera un instrumento de política social, cuya finalidad es proporcionar una familia a los menores que carecen de ella o que no tienen una adecuada. La adopción entendida como un contrato entre dos partes, destinado a satisfacer intereses puramente privados, se sustituye así por la concepción de la adopción como un instrumento para la realización del interés preeminente del menor, con una función publicista frente a los antiguos códigos.

En el ordenamiento jurídico italiano, la adopción se rige por Ley nº 184 de

---

<sup>360</sup> Por todos Cass. 21 septiembre 2000 núm. 12491, en *Fam. dir.*, 2001, 45 ss., con nota de C.D. FIORAVANTI, *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono nell'adozione dei minori: "L'adozione è prevista dal legislatore come estremo rimedio ad una irreparabile situazione di abbandono del minore, e non già come mezzo per ovviare a carenze genitoriali o per procurare al minore condizioni di vita migliori di quelle che la famiglia di origine è in grado di offrirgli"*.

<sup>361</sup> G. CATTANEO, *Adozione*, (voce), *ocit.*, 2.

4 de mayo de 1983 , titulada "El derecho del menor a una familia", epígrafe así sustituido por Ley nº 149 de 28 de marzo de 2001 , en lugar de la anterior y más genérica "Disciplina de la adopción y del acogimiento"<sup>362</sup> .

El apartado 1 del artículo 1, 1. 184/1983 comienza reconociendo el derecho del menor a crecer y ser educado en su familia de origen, como el entorno más adecuado para favorecer su crecimiento, bienestar y desarrollo armonioso, de acuerdo con sus merecidas expectativas de felicidad, amor, comprensión y apoyo, tanto material como moral.

El reconocimiento del derecho del menor a crecer en el seno de su familia de origen, aunque de importancia fundamental, está destinado a verse restringido cuando los cuidados morales y materiales ofrecidos por la familia biológica descienden por debajo de un determinado umbral, que debe considerarse prohibitivo, para no perjudicar el crecimiento armonioso del menor.

En esta perspectiva, como ya se ha mencionado, el recurso a la adopción constituye la *ultima ratio*.

La Ley 184/1983, en efecto, tiene el mérito de proteger primordialmente a los menores abandonados antes que las aspiraciones parentales de los padres adoptivos, como se desprende de los arts. 7 y 8<sup>363</sup> , según los cuales los menores que se encuentren en estado de abandono por carecer de la asistencia moral y material de sus padres o familiares necesarios para su sustento son declarados adoptables por el Juzgado de Menores, siempre que la falta de asistencia no se deba a una causa de fuerza mayor de carácter transitorio.

---

<sup>362</sup> La importancia sustantiva del cambio en el título de la ley parece evidente, queriendo el legislador resaltar la importancia conceptual del principio jurídico que otorga centralidad al elemento relacional del menor y sus necesidades.

<sup>363</sup> En particular, el artículo 8 de la Ley nº 184/1983 dispone lo siguiente: "El Juzgado de Menores de la circunscripción en la que se encuentre el menor declarará su situación de adoptabilidad si se comprueba que se encuentra en estado de desamparo por carecer de la asistencia moral y material de sus padres o parientes obligados a mantenerlo, siempre que la falta de asistencia no se deba a un caso transitorio de fuerza mayor". 2. La situación de desamparo existirá, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, incluso cuando los menores se encuentren en instituciones públicas o privadas de acogida o en comunidades de tipo familiar o estén en acogimiento familiar. 3. No existirá fuerza mayor cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 rechacen las medidas de apoyo ofrecidas por los servicios sociales locales (incluido el resultado del informe a que se refiere el artículo 79-bis) y el tribunal considere injustificado este rechazo. 4. El procedimiento de adopción se tramitará desde el principio con la asistencia letrada del menor y de sus padres u otros familiares, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10."

Esta última expresión significa la aparición de cualquier obstáculo externo planteado por la naturaleza, el medio ambiente o un tercero, capaz de imponerse a la voluntad del progenitor, cuya transitoriedad debe estar relacionada con el tiempo de desarrollo del menor. Por tanto, la fuerza mayor excluye el vínculo etiológico entre la conducta del progenitor y el estado de abandono.

En este sentido, de hecho, el legislador ha establecido una serie de intervenciones para apoyar la condición de penuria a través de la institución de los Servicios Sociales, con competencia en todo el territorio municipal, y capaz de dar respuestas concretas a las familias, también a través de la planificación de las Tarjetas de Servicios Sociales, ofreciendo información adecuada sobre las posibles intervenciones. La tarea de esta institución es, por tanto, detectar y, en la medida de lo posible, eliminar las situaciones de penuria familiar transitoria con intervenciones de apoyo.

Sólo cuando estas intervenciones no parecen suficientes se inicia el procedimiento de adopción previsto en los artículos 7 y siguientes, en el que intervienen no sólo los Servicios Sociales, el Ministerio Fiscal y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, sino también el menor, cuya participación se garantiza mediante la audiencia previa del menor y la presencia de su representante legal o, en caso de conflicto de intereses, de un tutor especial.

Dentro del procedimiento de adopción, surge la difícil tarea del intérprete en la valoración del estado de abandono, encaminada a equilibrar los intereses que subyacen a la declaración de adoptabilidad, que contempla, por un lado, el derecho del menor a ser criado por sus padres biológicos, y, por otro, el objetivo de evitar que el menor sufra daños como consecuencia de la conducta de abandono.

Es por ello que la jurisprudencia es inequívoca al considerar que la apreciación del estado de desamparo debe hacerse en términos concretos<sup>364</sup>,

---

<sup>364</sup> La apreciación de tales condiciones debe ser realizada por el tribunal de mérito, transpuesta en la decisión que declara al menor adoptable, y apoyada en una motivación adecuada, lógica y racional, teniendo en cuenta todos los elementos que surgieron en el curso de la investigación. A tal fin, según reiterada jurisprudencia, las declaraciones de los progenitores expresando su firme deseo de recuperar a su hijo, o su compromiso formal de participar en un proyecto de apoyo destinado a mejorar sus capacidades parentales, no son en sí mismas decisivas ni vinculantes para el órgano jurisdiccional, a menos que se apoyen también en circunstancias que puedan respaldar tales declaraciones, con independencia de la

y ello no tanto en los casos de negativa irrevocable o manifiesta inadecuación de los progenitores al cumplimiento de sus deberes, sino más bien en los casos en que no pueden garantizar al menor los mínimos cuidados materiales y la ayuda psicológica y afectiva para el desarrollo armónico de su personalidad .

365

La disciplina de las adopciones -consagrada en la Ley 184/1983 y en el Código Civil- incluye cuatro hipótesis distintas de adopción, que, conforme al artículo 74 del Código Civil, modificado por la Ley 219/2012, constituyen el establecimiento de la relación entre el adoptado y el adoptante, salvo la adopción del mayor.

La primera hipótesis de adopción, anteriormente definida como legitimación, y actualmente conocida como adopción ordinaria o plena, se refiere a los menores respecto de los cuales se ha formulado una declaración de adoptabilidad en *virtud* del artículo 7, apartado 1, del Convenio sobre adopción, por encontrarse en el estado de desamparo a que se refiere el artículo 8, en los términos expuestos anteriormente.

El menor sólo podrá ser adoptado por una pareja que lleve casada al menos tres años y lo haya solicitado expresamente (solicitud de acogimiento preadoptivo), y cumpla los requisitos establecidos en el artículo 6, tanto en lo que se refiere a su capacidad para criarlo, educarlo y mantenerlo, como a la estabilidad y cohesión de la *unidad* familiar. La declaración definitiva de adopción se decreta tras un periodo intermedio de acogimiento preadoptivo, destinado a comprobar la idoneidad de los padres adoptivos para hacerse cargo del menor, y conlleva el efecto contemplado en el artículo 27 de la citada ley, es decir, la adquisición de la *condición de* hijo matrimonial y la ruptura de la relación parental con la familia de origen<sup>366</sup> .

---

existencia de una relación afectiva entre el progenitor y el hijo. Véanse, *ex multis*, Cass. civ. 10 de septiembre de 2014 núm. 19006; Cass. 31 de marzo de 2010 núm. 7961, en Giur. it., 2011, 297 y ss. En la doctrina, por ejemplo, L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, cit., 625 y ss., quien reconstruye la evolución del concepto de abandono según la jurisprudencia. Sobre este tema véase L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, en *Trattato Rescigno*, 4, III, Turín, 1997, 354 y ss.

<sup>365</sup> Cass. civ., sec. I, 18 de noviembre de 2015, n.º 23624.

<sup>366</sup> Tal y como establece el artículo 27 de la Ley 184/1983, que dispone textualmente que: "Como consecuencia de la adopción, el adoptado adquirirá la condición de hijo nacido en el matrimonio de los padres adoptivos, cuyo apellido adoptará y transmitirá. Si la adopción se ordena contra la esposa separada, de conformidad con el artículo 25 (5), el adoptado adoptará su apellido. Con la adopción cesarán las relaciones del adoptado con su familia de origen, sin

La segunda hipótesis de adopción, la denominada adopción internacional, que se asemeja a la ordinaria en cuanto a los requisitos y efectos de aplicación, es la adopción de un menor extranjero residente en el extranjero, regulada en el artículo 29 y siguientes, 1.183/1984, que constituye también la adquisición de la nacionalidad italiana por parte del adoptado conforme al artículo 3, 1.91/1992.

La tercera hipótesis es la adopción en casos especiales<sup>367</sup>, regulada por los arts. 44 y ss., 1. citados anteriormente, que recoge en parte los rasgos de la anterior adopción no legitimante, ya que se caracteriza, a diferencia de la legitimante, por la conservación por parte del adoptado de su relación con la familia de origen.

La adopción en casos especiales debe yuxtaponerse a la adopción de un mayor de edad, regulada en los artículos 291 y siguientes del Código Civil, que, sin perjuicio de la conservación por el adoptado mayor de edad de todos los derechos frente a su familia de origen, no da lugar al establecimiento de relación jurídica alguna entre el adoptado y los parientes del adoptante, ni entre el adoptante y la familia del adoptado, con las únicas excepciones previstas en la ley y en las normas sobre sucesión, conforme a los artículos 300 y 304 del Código Civil.

### 3. La rigidez de la legislación: la inadecuación de la adopción plena a la evolución de los modelos familiares.

En varios aspectos, la disciplina de la adopción muestra cierta rigidez, principalmente debido a la disposición de ruptura de los lazos con la familia de origen, destinada a fomentar un apego adecuado del menor con la familia sustituta (art. 27 (3) Ley de Adopción).

---

perjuicio de las prohibiciones matrimoniales".

<sup>367</sup> Véase el § 3.1 de la Sec. II de este Capítulo.

Varias intervenciones legislativas -la reforma de 2001<sup>368</sup> y la reforma de la filiación de 2012/2013<sup>369</sup> - que proporcionan más apoyo a las familias de origen<sup>370</sup>, han contribuido a endurecer aún más los requisitos para la adopción plena, siempre con la intención de garantizar el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho del menor a su propia familia<sup>371</sup>.

El modelo que figura en el reglamento original de la Ley nº 184/1983 es incapaz de reflejar la realidad actual, mucho más compleja y fluida que en el momento en que se redactó la ley. En efecto, no se puede dejar de constatar la significativa evolución de los fenómenos de fondo y la importante transformación que ha experimentado la sociedad. Nos referimos, en particular, a la grave crisis económica que ha afectado a las clases medias, al constante crecimiento de las crisis familiares, al aumento de la desviación y

---

<sup>368</sup> La ley 149/2001 reforma, de hecho, el art. 1 de la ley 183/1984 al disponer que: "Art. 1. - El menor tendrá derecho a crecer y ser educado en el seno de su familia. 2. La condición de indigencia de los progenitores o del progenitor que ejerce la patria potestad no puede ser obstáculo para el ejercicio del derecho del menor a tener su propia familia. Para ello, se prestará apoyo y asistencia a la familia. 3. El Estado, las regiones y las entidades locales, en el ámbito de sus competencias, apoyarán, mediante intervenciones apropiadas, con el debido respeto a su autonomía y dentro de los límites de los recursos financieros disponibles, a las familias en situación de riesgo, con el fin de prevenir el abandono y permitir la educación del menor en el seno de su propia familia. También promoverán iniciativas para educar al público sobre el acogimiento y la adopción y para apoyar las actividades de las comunidades de tipo familiar, organizarán cursos de formación y actualización profesional para trabajadores sociales y reuniones de formación y preparación para familias y personas que pretendan acoger o adoptar menores. Los mismos organismos podrán celebrar convenios con entidades o asociaciones sin ánimo de lucro que trabajen en el ámbito de la protección de la infancia y la familia para la realización de las actividades contempladas en el presente apartado. (4) Cuando la familia no pueda hacerse cargo de la paternidad y el cuidado del menor, se aplicarán las instituciones contempladas en la presente Ley. 5. El derecho del menor a vivir, crecer y ser educado en el seno de una familia se garantizará sin distinción de sexo, etnia, edad, lengua, religión y con respeto a su identidad cultural y, en cualquier caso, sin contravenir los principios fundamentales del ordenamiento jurídico". Cabe señalar que, a raíz de la reforma de la filiación, la "patria potestad" ha pasado a denominarse "responsabilidad parental".

<sup>369</sup> Por último, con la reforma de la *filiación* de 2012-2013, el legislador pretende que las dificultades económicas de la familia dejen de considerarse causa del estado de desamparo; sólo el rechazo injustificado de las medidas de ayuda ofrecidas por los poderes públicos podría materializar la definitiva falta de asistencia material y moral debida al menor: véase G.E. NAPOLI, en C.M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Padua, 2015, 1115 y ss., espec. 1120 y ss.

<sup>370</sup> Sobre el tema G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, en *Dir. succ. fam.*, 2017, 79 y ss.

<sup>371</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, cit., 841.

la delincuencia juvenil, y a la impresionante magnitud que han adquirido los flujos migratorios, que han generado no sólo el establecimiento en nuestro país de familias extranjeras en estado de necesidad<sup>372</sup>, sino también la aparición de la categoría de menores extranjeros no acompañados<sup>373</sup>.

Estas circunstancias han contribuido a la aparición de situaciones respecto de las cuales el procedimiento de adopción plena parece a menudo inadecuado, por la razón de que la familia, aunque material y moralmente insuficiente respecto de las necesidades del menor, conserva sin embargo un papel activo y positivo respecto de éste, que no debe anularse totalmente. Al mismo tiempo, sin embargo, a menudo ni siquiera existe una posibilidad razonable de prever una mejora de la situación de la familia de origen que la haga capaz de desempeñar suficientemente su tarea educativa<sup>374</sup>.

En última instancia, uno se enfrenta a situaciones límite con una frecuencia considerable. En estos casos, el estado de necesidad del menor, si bien requiere la intervención de los órganos del Estado, no llega a integrar el estado de desamparo que fundamenta la adopción plena y, por otra parte, ni siquiera parece tener el carácter temporal que justificaría la aplicación del acogimiento familiar<sup>375</sup>.

En estas situaciones, por tanto, la atención se centra en la adopción en virtud del artículo 44 de la Ley n° 184/1983<sup>376</sup>. Se trata, como se verá, de un instrumento más flexible, que no presupone necesariamente el abandono, que no rompe las relaciones con la familia de origen y que también es admisible en favor de las personas solteras<sup>377</sup>.

---

<sup>372</sup>C.M. BIANCA, *Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia*, en *Familia*, 1-2, 2016, 3 y ss.

<sup>373</sup> En estos términos A. CORDIANO, *Affidamento e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 256. A este respecto, véase A.L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008.

<sup>374</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, cit., 842.

<sup>375</sup> Sobre la necesidad de colmar las lagunas de la legislación italiana en materia de adopción, véase L. LENTI, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e adozione accolti nell'ordinamento italiano*, en *Min. giust.*, 2001, 86 y ss.; ID., *L'adozione: è ora di cambiamenti?*, *ivi*, 2007, 131 y ss.; J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, en *Fam. dir.*, 2007, 1432 y ss.

<sup>376</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, cit., 841.

<sup>377</sup> G. MORANI, *Ancora sull'abbandono del minore quale principale presupposto della declaratoria di adottabilità: l'ultima pronuncia della Corte di cassazione ribadisce sul tema un indirizzo ormai consolidato*, en *Giur. it.*, 2011, 2, 298 ss.

### 3.1. Adopción en casos especiales: un instrumento más flexible

La adopción en casos especiales fue introducida por Ley nº 184/1983 precisamente para hacer efectivo el derecho del menor a una familia en los casos en que, aunque no se den las condiciones para la adopción plena, sea necesario o conveniente proceder a la adopción<sup>378</sup>.

Se trata de supuestos especiales, pero no excepcionales, de adopción, ya que incluso en estos casos el interés que se trata de proteger es el del menor, acogiéndolo en una familia que garantice su crecimiento equilibrado<sup>379</sup>. La función sigue siendo ofrecer al menor un entorno familiar adecuado para su desarrollo<sup>380</sup>.

Concretamente, según el artículo 44 de la Ley de Adopción, los menores pueden ser adoptados aunque no se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 7 (1).

---

<sup>378</sup> Sobre el tema C. EBENE COBELLI, *Adozione e affidamento dei minori, sub art. 44, l. n. 184/1983*, en *Nuove leggi civ. comm.*, M.C. BIANCA, F.D. BUSNELLI, G. FRANCHI y S. SCHIPANI (eds.), 1984, 172 ss.; M. BESSONE, G. FERRANDO, *voce Minori e maggiori di età (adozione dei)*, en *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Turín, 1984, 116 y ss.; R. TOMMASINI, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, dirigido por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, VI, Padua, 1993, 456 ss.; L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 462 ss.; A. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, en G. BONILINI, G. CATTANEO, (dir. por), *Il diritto di famiglia. Trattato*, Utet, Turín, 2007, 455 y ss.; M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, en *Tratt. dir. priv.*, cit., 397 y ss.; M. DOGLIOTTI, *L'adozione di minori*, en *Codice civile. Commentario*, fundado por P. SCHLESINGER, editado por F. D. BUSNELLI, Milán, 2002, 797 y ss.; A. y M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milán, 2001, 135 y ss.; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, en G. COLLURA, L. LENTI y M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, en *Trattato di diritto di famiglia*, editado por P. ZATTI, II, Milán, 2012, 951 y ss.; C. CIRAOLO, *Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti*, en L. BALESTRA (ed.), *La famiglia*, en *Commentario al codice civile*, editado por E. GABRIELLI, IV, Turín, 2010, 249 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, en *Trattato del nuovo dir. Fam.*, de G. FERRANDO, III, Bologna, 2007, 587 ss.; E. URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, en *Trattato del nuovo dir. fam.*, cit., 765 ss.; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 79 ss.

<sup>379</sup> Cf. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 79 ss.

<sup>380</sup> G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., 951 y ss. En la jurisprudencia, Tribunal de Casación nº 7950 de 21 de julio de 1995, en *Giur. it.*, 1997, I, 1, 697 y ss., con nota de A. GABRIELLI, *L'adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma*. Sostiene que se trata de hipótesis imponibles no susceptibles de interpretación analógica, Cass. 27 septiembre 2013 núm. 22292, en *Guida dir.*, 2013, 46, 34.

La adopción en casos especiales es, por tanto, un instrumento de cierre<sup>381</sup> que trata de hacer realidad el interés superior del menor en ser acogido en una familia en casos concretos utilizando para ello un instrumento jurídico de efectos más limitados<sup>382</sup>.

La disciplina positiva se encuentra en los artículos 44-57 de la Ley n° 184/1983. Por tanto, la especialidad con respecto a la forma tradicional también se corrobora en la colocación sistemática, así como en el contenido de las normas indicadas en ella.

De hecho, las disposiciones mencionadas se encuentran en un título del Código (Título IV) distinto del previsto para los principios generales (Título I), la custodia de los hijos (Título I-bis), la adopción (Título II) y la adopción internacional (Título III), lo que sugiere que el legislador ha querido predeterminar formas y términos distintos de los previstos en los títulos anteriores y que, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas compatibles con la institución regulada, las normas "especiales" se orientan a situaciones totalmente peculiares y, por tanto, no pueden subsumirse en los principios generales que regulan la adopción "plena".

En efecto, esta forma de adopción se aplica cuando el menor no se encuentra en el estado de abandono previsto por la ley, es decir, en ausencia de las condiciones previstas en el artículo 7, l. 184/1983, que permiten mantener el vínculo jurídico con la familia de origen<sup>383</sup>.

Por esta razón, no tiene necesariamente un carácter residual<sup>384</sup> y, como ha

---

<sup>381</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, cit., 843.

<sup>382</sup> G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., 951 y ss.; L. ROSSI CARLEO, *Affidamento e adozione*, cit., 462 y ss.

<sup>383</sup> T. MONTECCHIARI, *Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2019, 1722 y ss. Parece necesario completar las reflexiones anteriores con algunas aclaraciones sobre la aplicabilidad del artículo 44 de la Ley 184/1983 cuando el hijo no es reconocido al nacer, ya sea por la madre o por el padre, por ser discapacitado o por otros motivos, y la relación con la familia de origen. El autor señala que, en esta hipótesis, "la cuestión práctica es si puede seguir afirmándose que existe la relación de parentesco, a pesar de que el hijo no haya sido reconocido ni por la madre ni por el padre, o haya sido posteriormente retirado por ser discapacitado y se haya ordenado a los progenitores que renuncien a su responsabilidad. En efecto, no parece razonable que en tales circunstancias la relación con la familia de origen pueda seguir considerándose útil, garantista e idónea para el menor y, por tanto, deba mantenerse". Véase también C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Jus-online*, 3, 2015, 20 ss.

<sup>384</sup> C. CIRAOLLO, *Dell'adozione in casi particolari*, cit., 249.

declarado recientemente el Tribunal Supremo de Casación<sup>385</sup>, es también una norma de "salvaguardia" para reconocer una forma de protección adoptiva a los menores que, al no estar en condiciones de plena adoptabilidad, podrían quedar excluidos del derecho a una relación familiar adecuada.

En particular, es posible proceder a dicha adopción en virtud de los arts. 44 y ss, l. 184/1983 cuando exista una relación de parentesco entre el hijo y otra persona hasta el sexto grado de consanguinidad o una relación previa estable y duradera, también dentro de un periodo prolongado de acogimiento; cuando el hijo sea huérfano de padre y madre; podrá ser adoptado por el cónyuge si el hijo es hijo, también adoptivo, del otro cónyuge; cuando el hijo se encuentre en las condiciones de discapacidad señaladas en el Art. 3(1) de la Ley 104 de 5 de febrero de 1992 y además es huérfano de padre y madre; cuando existe la imposibilidad constatada de acogimiento preadoptivo.

La legislación permite, en los casos contemplados en los subapartados a), c), d), que además de las personas casadas, también puedan solicitar la adopción las personas no casadas.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 184/1983 se refiere al elemento de la edad, estableciendo que en el caso de adopción por parientes hasta el sexto grado de consanguinidad o por personas ligadas al menor por una relación estable anterior, o cuando no exista posibilidad de acogimiento preadoptivo, el adoptante deberá ser al menos dieciocho años mayor que el adoptado<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> Cass. 26 de junio de 2019 n° 17100, en *DeJure*; en *Guida dir.*, 2019, 31, 42.

<sup>386</sup> El Tribunal Constitucional también se había pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia núm. 44, de 2 de febrero de 1990, en *Nuove leg. civ. comm.*, 1991, 1009, en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 44 de la Ley núm. 184/1983, en la medida en que establecía genéricamente que en todos los casos debía existir una diferencia mínima de dieciocho años entre adoptante y adoptado, no concediendo al juez ningún margen discrecional para reducir el intervalo mínimo de dieciocho años, si existían razones válidas de interés del menor constitucionalmente garantizadas. De hecho, los magistrados del Tribunal Constitucional se refirieron al art. 30 de la Constitución en su valor global de garantía del menor y de la formación social en la que se expresa o puede expresarse su personalidad, partiendo de un razonamiento de lógica normativa que no se apoyaba en el límite de dieciocho años previsto por la ley para la adopción y en el de dieciséis años previsto para el menor reconocido por el progenitor. De ahí que el hecho de que no se alcance la edad de dieciocho años no deba considerarse un elemento imperativo, de modo que la reforma promulgada por la Ley 149/2001 ha previsto adecuadamente, sin perjuicio del límite que debe respetarse, un margen de discrecionalidad para el juez en relación con el caso concreto y el interés real del menor a adoptar, que podría anularse cuando se haya constatado una adopción óptima, pero que entonces se denegaría por el incumplimiento formal de un límite estricto de edad.

Por tanto, esta forma de adopción difiere de la adopción plena tanto en sus requisitos objetivos, ya que no es necesario que el menor se encuentre en estado de desamparo, como en sus requisitos subjetivos, ya que no se exige que la adopción sea realizada por una pareja casada. El adoptado, de hecho, se convierte en hijo adoptivo del adoptante pero, al menos en el diseño original, no establece relaciones con los parientes del adoptado<sup>387</sup>, no rompe relaciones con su familia de origen y se limita a añadir el apellido del adoptante al suyo propio<sup>388</sup>.

Es importante señalar cómo, con el paso del tiempo, la adopción especial se ha utilizado para dar respuesta a una casuística muy variada, a problemas distintos de aquellos en los que el legislador de 1983 había centrado su atención; en particular, ha sido a menudo la solución precisamente para aquellas situaciones que se sitúan en la zona gris entre la adopción y el acogimiento, como los casos de seminegligencia permanente.

De hecho, en la jurisprudencia de menores han surgido interesantes experimentos con formas de adopción caracterizadas por la ausencia de ruptura total de los vínculos entre el menor adoptado y su familia biológica, que se encuentran, en cierto sentido, a medio camino entre la institución de la adopción legítima y la del acogimiento familiar. Por otra parte, soluciones de este tipo también parecen contar con el apoyo de la literatura científica más reciente, que ha realizado una importante contribución al debate sobre el tema, reescribiendo en gran medida las teorías modernas sobre la estructuración y reestructuración de los vínculos, apoyando la posibilidad de que sea posible configurar vínculos múltiples precisamente para los menores que viven en contextos de desamparo que se prolongan durante largos períodos de tiempo<sup>389</sup>.

Este modelo se ha definido como "adopción leve"<sup>390</sup> y es el resultado de

---

<sup>387</sup> Parece razonable suponer, de hecho, que el nuevo artículo 74 del Código Civil ha modificado las normas anteriores al contemplar las relaciones de parentesco en todos los casos de adopción de menores, aunque sea "en *casos especiales*", y excluirlas únicamente para la adopción de adultos: véase P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, en *Fam. dir.*

<sup>388</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, cit., 845 y ss.

<sup>389</sup> J. BOWLBY, *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, Raffaello Cortina, Milán, 1982; R. CASSIBBA, *Attaccamenti multipli*, Unicopli, Milán, 2003; M. CHISTOLINI, *Affido sine die e tutela dei minori*, Milán, 2015.

<sup>390</sup> Para una introducción general al tema de la adopción "leve", véase F. OCCHIOGROSSO,

una interpretación amplia de la denominada adopción en casos particulares (o adopción simple) regulada en el artículo 44 (1) (d) de la Ley nº 184/1983, que permite la adopción "cuando se acredite la imposibilidad del acogimiento preadoptivo"<sup>391</sup>. Según esta interpretación, sería posible recurrir a la adopción simple no sólo en los casos de imposibilidad fáctica de proceder a una adopción legítima, sino también en los casos de imposibilidad legal<sup>392</sup>, es decir, cuando falta el estado legal de desamparo y no se dan las condiciones para declarar el estado de adoptabilidad, o incluso en los casos de menores que han estado abandonados en acogimiento familiar durante más de dos años, con la consiguiente consolidación afectiva con los acogedores, y a los que les resulta imposible regresar a su familia de origen, debido a la continuación de la situación de grave dificultad y desamparo que había dado lugar a su acogimiento<sup>393</sup>.

---

*Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milán, 2009. Sobre la experiencia de Bari, véase S. CAFFARENA, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, 393 ss.; M. FIORINI, *Corsia preferenziale all'esigenza di garantire la continuità negli affetti*, *ivi*, 2008, 19 ss.; F. OCCHIOGROSSO, *I percorsi comuni alle due adozioni: adozione aperte e conoscenza delle origini*, in *Min. giust.*, 2003, 244 ss.; *Id.*, *Circular del Presidente del Tribunal de Menores de Bari a los servicios territoriales*, *ibid.*, 2003, 278 ss.; *Id.*, *L'adozione mite due anni dopo*, *ibid.*, 2005, 149 ss. Sobre el concepto de cuasiadopción permanente y, más concretamente, sobre la adopción leve, véase L. GIGANTE, *Le funzioni positive dell'adozione mite*, *ivi*, 2007, 143 y ss.; L. LAERA, *"Chi ha paura dell'adozione mite?"*, *ivi*, 2007, 151 y ss.; AA.VV., *L'Adozione mite: giudici professionali e giudici onorari a confronto*, en *Minori giust.*, 2009, 112 y ss. Con referencia también a la reforma de la filiación, véase T. MONTECCHIARI, *Adozione «mite»: una forma diversa di adozione dei minori o un affido senza termine?*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 1381 y ss. Expresando dudas sobre la adopción "leve", entre otros, M. DOGLIOTTI, *Adozione «forte» e «mite», affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, en *Fam. dir.*, 2009, 427 y ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla c.d. giustizia minorile "mite"*, en *Foro it.*, 2010, V, 303 ss.; F. SANTANERA, *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima, mai autorizzata dal consiglio superiore della magistratura*, en *Prospettive Assistenziali*, 2006, 154 ss.; L. FADIGA, *Adozione aperta? Sì o no?*, en *Prospettive assistenziali*, 2008, 161 y ss.; E. CECCARELLI, *L'affidamento familiare nella legge e nelle sue applicazioni*, en P. GIASANTI, E. ROSSI (eds.), *Affido forte e adozione debole culture in trasformazione*, Franco Angeli, Milán, 2007.

<sup>391</sup> E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, *cit.*, 845.

<sup>392</sup> Cf. Trib. min. Milán 28 marzo 2007, en *Fam. min.*, 2007, 83 ss.; Trib. min. Milán 7 febrero 2007, *ivi*, 2007, 84 ss.

<sup>393</sup> Sobre el tema A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive "de iure condendo"*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, II, 157 ss. En la jurisprudencia, véase Trib. min. Bolonia 29 de mayo de 1988, en *Dir. Fam. Pers.*, 1989, 139 ss.; App. Bolonia 4 de enero de 1984 y 27 de febrero de 1985, *ivi*, 1985, 545 ss.; Ap. Bolonia 15 de abril de 1989, en *Giur. merito*, 1991, 93 ss.; Trib.

La adopción encubierta, por tanto, sería el camino a seguir en situaciones del llamado semiabandono permanente, en las que no parece conveniente romper por completo el vínculo entre el menor adoptado y todos (o algunos) de los miembros de su familia de origen, como ocurriría si se recurriera a legitimar la adopción<sup>394</sup>.

Es un modelo de adopción dirigido a ofrecer al adoptado una familia adecuada para su paternidad, evitando al mismo tiempo que el establecimiento de la nueva relación rompa los vínculos existentes con otros miembros de la familia o padres biológicos: especialmente cuando el menor ha establecido y mantiene vínculos significativos con ellos<sup>395</sup>.

---

min. Perugia 22 julio 1997, en *Dir. Fam. Pers.*, 1998, 1479 ss.; Trib. min. Bolonia 29 mayo 1988, *ivi*, 1989, 139 ss.; Trib. min. Salerno 19 julio 2002, in *Fam. dir.*, 2003, 606 ss.; Trib. min. Bolonia 7 febrero 2003, in *Fam. dir.*, 2003, 605 ss.; Trib. min. Roma 8 de enero de 2003, en *Giur. merito*, 2003, 1122 ss., con nota de M. ORLANDI, *Bimbi contesi tra famiglie biologiche e famiglie degli affetti: due situazioni difficili risolte secondo buon senso*.

<sup>394</sup> T. MONTECCHIARI, *Adozione «mite»: una forma diversa di adozione dei minori o un affido senza termine?*, cit., 2013, 4, 1581 y ss.

<sup>395</sup> También cabe destacar cómo, en la práctica de algunos jueces de menores, ha surgido, junto a la adopción leve, una forma peculiar de adopción plena, con características menos estrictas, caracterizada por la posibilidad de mantener relaciones entre el menor y su familia de origen, definida por algunos como "adopción abierta". Esta forma de adopción permitiría, por una parte, aplicar la institución de la adopción legitimadora de forma evolutiva y, por otra, evitar una aplicación extensiva de la adopción en casos particulares con el riesgo de que se convierta en un sustituto de la primera. Este modelo es el resultado de una lectura evolutiva del artículo 27 (ff) de la Ley nº 184/1983, encaminada a considerar que la frase "con la adopción cesan las relaciones del adoptado con su familia de origen, sin perjuicio de las prohibiciones matrimoniales" debe entenderse en un sentido puramente jurídico y, por tanto, no de forma que incluya también las relaciones afectivas de hecho carentes de significado jurídico. Además, la reconstrucción en cuestión encontraría su justificación en los principios constitucionales recogidos en los artículos 2 y 30 de la Constitución. Sobre este tema, véase A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive "de iure condendo"*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2015, 155 ss.; M. ORLANDI, *Bimbi contesi tra famiglie biologiche e famiglie degli affetti: due situazioni difficili risolte secondo buon senso*, en *Giur. merito*, 2003, 1122 ss.; A. Figone, *Adozione legittimata al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive "de iure condendo"*, en *Giur. FIGONE, Adozione legittimante e mantenimento di rapporti tra minore e famiglia di origine*, en *Fam. dir.*, 2001, 79 ss.; P. PANZÈ, *Informare sull'abbandono*, en *Min. giust.*, 2000, 118 ss. En jurisprudencia, véase Trib. min. Bolonia 9 septiembre 2000, in *Fam. dir.*, 2001, 79 ss.; Trib. min. Roma 16 de enero de 1999, en *Dir. Fam. Pers.*, 2000, 144 ss.; Trib. min. Turín 12 de marzo de 2008, en *Min. giust.*, 2008, 335 ss.; Ap. Roma 28 de mayo de 1998, en *Dir. Fam. Pers.*, 2001, 1463 ss.; Trib. min. Milán 15 de noviembre de 2004, en *dir. de Fam.*, 2005, 653 ss.; Trib. min. Emilia Romagna 28 de noviembre de 2002, en *Min. giust.*, 2003, 275 ss. En sentido crítico, A. SCALISI, *L'adozione mite: una prospettiva non necessaria, né utile*, en P. CENDON (ed.), *personaedanno.it*, 12 de noviembre de 2008; F. SANTANERA, *Sentencia prejudicial del*

En definitiva, la peculiaridad de la adopción en casos especiales es, sin duda, que tiene efectos diferentes y más limitados que la adopción plena, pero es capaz de hacer frente a una gran variedad de casos prácticos que pueden presentarse.

Esta circunstancia hace que pueda responder mejor a una multiplicidad de necesidades concretas que el marco jurídico de la adopción plena no podría satisfacer<sup>396</sup>.

No es casual, en efecto, que en los últimos años hayan proliferado las hipótesis en las que la jurisprudencia ha reconocido una interpretación evolutiva y más amplia de art. 44, l. 184/1983, partiendo de los casos de *adopción de hijastros, hasta el* reconocimiento de la adopción a personas solteras, a homosexuales solteros<sup>397</sup>, a mayores de dieciocho años, a parejas de hecho<sup>398</sup>.

---

*Tribunal de Menores de Turín*, en *Prosp. ass.*, 2008, 162; ID., *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima, mai autorizzata dal Consiglio superiore della magistratura*, *ivi*, 2006, 154; ID., *L'adozione mite: come svaloriare la vera adozione*, *ivi*, 2004, 147.

<sup>396</sup> Desde el punto de vista estadístico, la adopción *en virtud* del artículo 44 de la Ley n.º 184/1983 se ha convertido en una "herramienta indispensable para la justicia de menores" y se caracteriza por ser un fenómeno en constante crecimiento. A. CORDIANO, *Affidamento e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2017, 256.

<sup>397</sup> T. MONTECCHIARI, *Adozione «mite»: una forma diversa di adozione dei minori o un affido senza termine?*, *cit.*, 1381 y ss.

<sup>398</sup> Entre otros, véase: Trib. min. Roma 30 de julio de 2014, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 109, con nota de J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; en *Fam. dir.*, 2015, 585 y ss., 593 y ss., con nota de M. G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; Trib. min. Roma 22 de octubre de 2015, en *Foro it.*, 2016, I, c. 339; Trib. min. Roma 29 de abril de 2016, en *DeJure*, 2016; Trib. min. Roma 21 de marzo de 2016, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2 de mayo de 2016; Trib. min. Florencia 8 de marzo de 2017, en *Foro it.*, 2017, 1041; Cass. 22 de junio de 2016 núm. 12962, en *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota de P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; en *Ifamiliarista.it*, 22 de junio de 2016, con nota de A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*; en *Foro it.*, 2016, I, c. 3349, con nota de G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; Ap. Milán 9 de febrero de 2017, en *Corr. giur.*, 2017, 798; Trib. min. Bolonia 31 de agosto de 2017, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Cass., Sec. un., noviembre de 2018 núm. 12193, en *DeJure*, 2018. En doctrina, además de los Autores citados, véase también S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, en *Fam. e dir.*, 2016, 1025; A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi della volontà legislativa*, en *Giur. it.*, 2016, 2573; E. A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partner di unioni civili*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 799 y ss.; A. ARCERI, *Filiazione ed adozione. La stepchild adoption*, en A. ALBANESE (ed.), *Le nuove famiglie*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, 349 y ss.; A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, en *Giur. it.*, 2016, 1822; E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili*, *cit.*, 566; R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina*

### 3.2. La reforma de 2015: el derecho del menor a la continuidad afectiva

La Ley 173/2015 reconoció el derecho a la continuidad afectiva de los hijos, afectando a la institución del acogimiento familiar regulada en la Ley de Adopción (art. 2 y ss.).

En su artículo 1, la Ley 173/2015 modificó el artículo 4 de la Ley 184/1983, permitiendo a la familia acogedora, en presencia de los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 184/1983, solicitar la adopción plena del menor acogido. El Tribunal de Menores, al resolver sobre la solicitud, debe tener en cuenta "los importantes vínculos afectivos y la relación estable y duradera establecida entre el menor y la familia acogedora" de conformidad con el artículo 4, apartado 5-bis, de la Ley nº 184/1983<sup>399</sup>.

Por tanto, puede concluirse que la familia de acogida tiene "una especie de preferencia en el proceso de adopción"<sup>400</sup>.

Las razones de esta innovación se encuentran, una vez más, en el interés superior del menor. Los cambios se hicieron con vistas a evitar el trauma de una nueva separación al menor, que ya se beneficia de un importante vínculo

---

*dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, en M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO (eds.), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Turín, 2016, 23; F. BRUNETTA D'USSEAU, *L'ottica comparata e le prospettive per la nuova legge italiana sulle unioni civili*, en M. GORGONI (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., 17; LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1707.

<sup>399</sup> Introducido por el artículo 1, l. 173/2015, que de hecho establecía que: "En el artículo 4 de la Ley nº 184, de 4 de mayo de 1983, en su versión modificada, se inserta, después del apartado 5, lo siguiente: "5-bis. Si, durante un periodo prolongado de acogimiento, el menor fuera declarado adoptable conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II y si, cumplidos los requisitos previstos en el artículo 6, la familia acogedora solicitara la adopción del menor, el Juzgado de Menores, para resolver sobre la adopción, tendrá en cuenta los importantes vínculos afectivos y la relación estable y duradera establecida entre el menor y la familia acogedora".

<sup>400</sup> Trib. Milano, ord. 17.1.2017, en [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), partiendo de la finalidad de la ley núm. 173/2015 de preservar el "derecho a la continuidad afectiva de los menores en acogimiento familiar", concluye que la obligación del juez de citar a la familia acogedora o acogedora en los procedimientos de responsabilidad parental, acogimiento y adoptabilidad relativos al menor acogido (art. 5, párr. 1, Ley núm. 184/1983 modificada por la Ley núm. 173/2015) opera teniendo en cuenta exclusivamente la hipótesis de que el menor se encuentre en acogimiento familiar y no ya bajo la tutela del Ayuntamiento o de los Servicios Sociales. Los acogedores, según el tribunal, no tienen la condición de parte en sentido técnico, "desempeñando meras funciones de asesoramiento: son "fuentes de información" para el juez".

con la pareja de acogida. Este vínculo, especifica la Ley 173/2015, también es relevante en caso de extinción de la custodia familiar.

La reforma también introdujo un nuevo apartado *5-ter* en el artículo 4 de la Ley n° 184/1983<sup>401</sup>. Esto tiene un valor especial, ya que establece que, cuando el menor regresa a su familia de origen o es acogido por otra familia o adoptado por otras personas, debe protegerse "la continuidad de las relaciones socioafectivas positivas establecidas durante el periodo de acogimiento"<sup>402</sup>, si ello redundaría en interés del menor.

La continuidad afectiva se convierte así en un derecho fundamental del menor, al estar estrechamente relacionada con el desarrollo de su personalidad (artículos 2 y 3.2 de la Constitución).

Se trata de un derecho que se pone en juego no sólo en la crisis matrimonial o en la convivencia *más uxorio*<sup>403</sup>, sino también, como se verá, en la función conservadora o constitutiva del estatuto del menor, así como para salvaguardar a figuras que, durante la custodia familiar, se han convertido en decisivas para el menor<sup>404</sup>.

#### 4. El canon de *imitatio naturae* y la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso a la adopción.

---

<sup>401</sup> El art. 1, l. 173/2015, de hecho disponía que: "En el artículo 4 de la Ley n° 184, de 4 de mayo de 1983, y siguientes

Después del apartado 5 se insertan los siguientes apartados: [...] 5-ter. Cuando, tras un periodo de acogimiento, el menor regrese a su familia de origen o sea acogido por otra familia o adoptado por otra familia, se protegerá en todo caso la continuidad de las relaciones sociales y afectivas positivas establecidas durante el periodo de acogimiento, si ello redundaría en el interés superior del menor [...]".

<sup>402</sup> Esto implica, en caso necesario, que el tribunal ordene la celebración de reuniones entre el menor y los custodios originales, a fin de preservar y desarrollar la relación significativa existente. El legislador señala que es la relación sana y el enriquecimiento resultante de ella el viático para el buen crecimiento y la formación del carácter de una persona en formación. Por lo tanto, también señala la relación que se crea con las figuras para-parentales.

<sup>403</sup> El párrafo 1 del artículo 337-ter del Código Civil dispone, en efecto, que "El hijo menor de edad tendrá derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de sus padres, a recibir cuidados, educación, instrucción y asistencia moral de ambos, y a mantener relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama parental".

<sup>404</sup> A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, en *Persona e Mercato*, 3, 2017, 153 y ss.

Tras esbozar una visión general de la institución de la adopción en el ordenamiento jurídico italiano, es necesario detenerse en los problemas que plantea.

En particular, muchos de los desarrollos debatidos que han afectado al derecho de adopción se refieren al problema del significado y valor que debe atribuirse a la denominada *imitatio naturae*. Es importante reiterar que la referencia a una supuesta "naturalidad de la relación familiar"<sup>405</sup> no es una categoría ontológica ajena a la historia, sino que evoluciona con ella.

En el pasado de la tradición romanista, el parámetro de *la imitatio naturae* tendía a excluir a las mujeres de poder adoptar, ya que al no tener "in natura" la patria potestad sobre sus hijos, no habría tenido sentido permitirles adquirirla sobre los de otros<sup>406</sup>. Por el contrario, la adopción de una persona soltera por otra persona soltera<sup>407</sup> se consideraba perfectamente natural, mientras que hoy en día se suele sostener que tanto la *imitatio naturae* como la protección del *interés superior del menor* exigen referirse a la pareja y no al progenitor único<sup>408</sup>.

De hecho, la cuestión que más anima el debate en la doctrina y la jurisprudencia italianas se refiere al posible reconocimiento de las adopciones

---

<sup>405</sup> En primer lugar, habría que abordar la cuestión de lo que es "natural" y luego considerar si esta calificación tiene también reflexiones en el plano de lo que debería ser: cf. D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Londres 1739-1740, traducido por Rizzuti, Roma-Bari 1982, pp. 496-502.

<sup>406</sup> Cf. GAIO, *Institutiones*, 1.104: "*Feminae vero nullo modo adoptare possunt*". En efecto, como es bien sabido, la adopción romana primitiva consistía en acuerdos solemnes por los que un *pater familias* se sometía a la *potestas de* otro (*adrogatio*), o un *filius familias* pasaba de la *potestas de* un *pater* a la de otro (*adoptio*): ambos esquemas "naturalmente" incompatibles con la participación de una mujer. Sin embargo, no faltaron excepciones a esta suposición. En efecto, en época tardorromana la adopción comenzó a concederse excepcionalmente a las mujeres "*ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum*", según la fórmula aceptada por la compilación justiniana (Inst. 1.11.10). Véase a este respecto, también para más referencias, S. SCIORTINO, *Sull'adozione da parte delle donne*, en *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, 2006, 1-40.

<sup>407</sup> Véase la nota anterior y el § 1, Sec. II de este Capítulo.

<sup>408</sup> Sin embargo, en la actualidad, las formas de adopción por parte de personas solteras, aunque con un efecto menor, encuentran ciertos espacios de relevancia. En el ordenamiento jurídico italiano, la adopción por una persona soltera es posible no sólo en el caso de la adopción por una persona mayor de edad, que presenta vestigios de la institución romanista (art. 291 y ss. del Código Civil), sino también en la adopción en casos especiales *en virtud del artículo 44 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983*: para un caso reciente, véase Tribunal de Casación, 26 de junio de 2019, núm. 17100, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), donde se puso de relieve cómo una mujer soltera de edad avanzada puede ser plenamente capaz de hacerse cargo de un menor

por una pareja *del mismo sexo*. La cuestión se refiere a si el valor inherente a *la imitatio naturae* es un obstáculo para la legitimación de las adopciones homosexuales.

En efecto, a nivel europeo, analizando las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece ahora inequívoco que la homosexualidad de una persona no puede considerarse en sí misma un obstáculo para la protección de su relación con sus hijos ni perjudicial para sus intereses<sup>409</sup>, y también que la orientación sexual por sí sola no puede utilizarse como criterio para distinguir entre parejas en lo que respecta a la posibilidad de acceder a las instituciones de adopción<sup>410</sup>.

Sin embargo, en Italia, este parámetro legitima una distinción a efectos del acceso al matrimonio<sup>411</sup>, al que se correlaciona la adopción plena. Por tanto, en algunos aspectos, las parejas *del mismo sexo tienen* acceso a distintas modalidades de legalización de la vida familiar, a las que, para proteger el *interés superior de los* menores implicados, se pueden correlacionar distintas formas de adopción más limitadas en sus requisitos y eficacia<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> En particular, se hace referencia al TEDH, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 de diciembre de 1999, n° 33290/96, que había considerado inaceptable por discriminatoria la decisión de los jueces lusos que, considerando que un menor debe en cualquier caso "vivir en una familia tradicional portuguesa", habían aceptado la petición de una ex esposa de impedir que su ex marido, que cohabitaba con otro hombre, tuviera contacto con la hija de ambos. Por tanto, el principio consagrado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también fue respetado por los jueces italianos con Cass., 11 de enero de 2013, n° 601, en *Giur. it.*, 2013, p. 5, con nota de B. PAPARO, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*.

<sup>410</sup> La jurisprudencia europea nunca ha reconocido un derecho a la adopción como tal, sino que se ha basado en varias ocasiones en el principio de no discriminación: así, si un país permite la adopción de un menor por una persona soltera, no puede excluir a una persona soltera concreta únicamente por su orientación homosexual (Gran Sala del TEDH, E.B. c. Francia, 22 de enero de 2008, n° 43546/02), y si admite la adopción del hijo de un miembro de la pareja de hecho por el otro en el marco de las parejas heterosexuales, no puede denegarla en las parejas del mismo sexo (STEDH Gran Sala, X y otros c. Austria, 19 de febrero de 2013, n° 19010/07).

<sup>411</sup> De hecho, la jurisprudencia europea ha descartado la existencia de una obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo (TEDH, Schalk & Kopf c. Austria, 24 de junio de 2010, n° 30141/04), ya que el Convenio sólo exige que no se les niegue ningún reconocimiento jurídico (TEDH, 21 de julio de 2016, Oliari & Others c. Italia, nos. 18766/11 y 36030/11), de modo que si la posibilidad de adoptar al hijo de la pareja se deniega con referencia a todas las convivencias de hecho y se limita a las parejas casadas, no existe discriminación ni siquiera cuando las parejas del mismo sexo no pueden acceder al matrimonio (TEDH, Gas y Dubois c. Francia, 15 de marzo de 2012, n° 25951/07).

<sup>412</sup> A día de hoy, en Europa occidental prevalece en gran medida un modelo en el que las parejas *del mismo sexo* pueden contraer matrimonio y acceder a una adopción conjunta que

Dicho esto, vamos a profundizar en el tema de la adopción a la luz de la Ley 76/2016 de uniones civiles. Teniendo en cuenta, por tanto, la imposibilidad/dificultad de la adopción para las parejas homoparentales, abordaremos la evolución de la denominada adopción de *hijastros* (adopción en casos especiales), para centrarnos después en el análisis de la legislación italiana sobre el reconocimiento de las órdenes de adopción extranjeras.

Desde un punto de vista práctico, como se verá, algunas de las prohibiciones del legislador italiano en materia de filiación homoparental son ineficaces en la medida en que pueden eludirse fácilmente yendo al extranjero y obteniendo allí lo que se desea en cumplimiento de la ley local, lo que a menudo da derecho a aplicarla de algún modo, directa o indirectamente, también en Italia.

#### 4.1. La homopaternidad a la luz de la Ley 76/2016 de uniones civiles

El tema de la adopción por parte de parejas de hecho fue, sin duda, uno de los más problemáticos en el camino que llevó a la aprobación de la Ley nº 76 de 2016<sup>413</sup>.

---

también es plenamente efectiva para los menores en estado de desamparo, pero también existen sistemas, entre los que el ejemplo más significativo es el italiano, en los que dichas parejas pueden acceder en cambio no al matrimonio sino a una unión civil o a una convivencia compatibles (según una orientación consolidada en la jurisprudencia de fondo, a partir del Trib. 2015, 2, 109 y luego en el de legitimación a partir de Cass., 22 de junio de 2016, núm. 12962, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con nota a pie de página de G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*) sólo con la adopción en casos especiales del hijo del partner *ex art. 44, ap. 1, lett. d, de l. maggio 1983, núm. 184 de mayo de 1983*, que tiene efectos limitados ya que en algunos casos graves existe la posibilidad de revocación y, sobre todo, no existe relación de parentesco con la familia del adoptante, aunque una sentencia aislada ha puesto en duda la pervivencia de esta limitación (Trib. Min. Bologna, 25 de junio de 2020, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota de A. SCHILLACI, *Da Bologna una svolta storica verso gli effetti pieni dell'adozione in casi particolari*). Para más referencias: M. FARINA, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, cit., 71-96; E. TUCCARI, *Primo via libera della Corte di Cassazione alla c.d. "stepchild adoption" del partner omosessuale: un caso di creatività giurisprudenziale?*, en C. GRANDELLI (ed.), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milán, 2017, 33-53; G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Nápoles, 2018; E. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partner di unioni civili*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, 799 ss.; A. LORENZETTI, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, en *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, pp. 631-644.

<sup>413</sup> La Ley nº 76, de 20 de mayo de 2016, de Regulación de las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo y de Regulación de las Convivencias, además de establecer y regular las uniones civiles, también establece un marco normativo para las convivencias de hecho hetero

Al término de un acalorado debate político, que amenazó con poner en peligro la propia aprobación de la ley<sup>414</sup>, la cuestión se encomendó a la disciplina del apartado 20<sup>415</sup>.

El artículo 1, apartado 20, l. 176/2015, con el objetivo de garantizar a las uniones civiles "la efectividad de la protección y el pleno cumplimiento de

---

y *homosexuales*. Entre los primeros comentarios sobre la disciplina véase M. C. VENUTI, *La regolamentazione delle Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, en *Politica del diritto*, 1-2, 2016, 95-128; E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, en *Il Corriere giuridico*, 7, 2016, 893 y ss.; B.E. HERNANDEZ-TRUYOL, R. VIRZO (eds.), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, Vol. 11, Nápoles.

<sup>414</sup> El debate político que condujo a la aprobación de la legislación se prolonga en las interpretaciones que se han hecho de la ley. En cualquier caso, la aprobación de un reglamento sobre uniones civiles era necesaria, sobre todo después de que Italia fuera condenada por violación del artículo 8 del CEDH. Así, Cedu 21 de julio de 2015, Oliari y otros c. Italia, en *Foro it.*, 2016, IV, 1, con nota de G. CASABURI, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918, con nota de L. LENTI, *Prime note in margine al caso "Oliari v. Italia"*; en *Rass. avv. Stato*, 2015, 2, 56, con nota de R. DE FELICE, *La Cedu sulla tutela delle coppie omosessuali in Italia. La larga ola de Schalk y Kopf*; en *Guida dir.*, 2015, 33, 110, con nota de M. CASTELLANETA, *Il mancato riconoscimento ad avere una relazione stabile con persone dello stesso sesso viola la Convenzione europea*; en *Genius*, 2015, 2, 304, con nota de M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*; en *Fam. Dir.*, 2015, 1069, con nota de P. BRUNO, *"Oliari contro Italia": la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*.

<sup>415</sup> V. BARBA, *Unione civile e adozione*, en *Fam. dir.*, 4, 2017, 381 y ss. El autor ofrece una interpretación "abierta" del apartado 20. En efecto, partiendo del análisis del Párrafo 20 de la Ley nº 76/2016, propone verificar cuáles son los espacios interpretativos para permitir la adopción por parte de personas que hayan celebrado una unión civil. Considera, en efecto, que "la primera parte del apartado 20, a la que debe reconocerse una función nomogenética, crea *prima facie* normas aplicables a las personas unidas civilmente, de contenido idéntico a las que se refieren al matrimonio o a las que contienen la palabra cónyuge o cónyuges u otras equivalentes. La aplicabilidad *prima facie* no coincide necesariamente con la aplicabilidad concluyente, ya que esta última es evaluada por el intérprete, es decir, depende de los criterios y metacriterios de aplicabilidad. La segunda parte del artículo 20 no excluye la aplicabilidad a las personas que han constituido una pareja de hecho de las normas del Código Civil a las que no se hace referencia expresa y de las normas del Derecho de adopción, sino que se limita a establecer que el mecanismo normo-genético, descrito en la primera parte, no se aplica a las disposiciones del Código Civil y del Derecho de adopción. Sobre la base de esta consideración, se demuestra que, como resultado de un control de compatibilidad, adecuación y congruencia de la disciplina a los intereses en juego, tanto las disposiciones del Código Civil no expresamente mencionadas como el Derecho de adopción pueden aplicarse de forma análoga a las personas que han celebrado una unión civil. Esto demuestra, por tanto, no sólo que el art. 12 disp. leg. gen. ha quedado superado, sino sobre todo que toda interpretación jurídica es análoga".

las obligaciones", por un lado, establece que todas las disposiciones legales que se refieren al matrimonio y las disposiciones que contienen las palabras "cónyuge", "cónyuges" o términos equivalentes, dondequiera que ocurran, en las leyes, actos con fuerza de ley, reglamentos, así como en los actos administrativos y convenios colectivos, también se observan para las personas unidas civilmente. Por otro lado, establece que esta norma no se aplica a las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Adopción de Menores nº 184 de 1983<sup>416</sup>. En esta materia, "seguirá en vigor lo dispuesto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes"<sup>417</sup>. La palabra permitida reitera que la Ley nº 76/2016 no innova en materia de adopción, ni en cuanto a normas individuales ni en cuanto a principios generales.

Esta norma se situó, desde el principio, en el centro del debate académico hasta el punto de convertirse en el caso con el que partidarios y detractores de las uniones civiles intentaron defender sus argumentos.

En efecto, han intentado argumentar y demostrar, respectivamente, el primero la identidad disciplinaria sustancial de la unión civil y el matrimonio y, por tanto, su identidad sustancial de naturaleza (jurídica), el segundo, en cambio, la diversidad radical de la unión civil con respecto al matrimonio y, por tanto, su profunda desigualdad<sup>418</sup>.

En cualquier caso, los primeros comentaristas han ofrecido una interpretación técnica del citado apartado 20 que refleja la letra de la ley<sup>419</sup>, aplicando todas las disposiciones del Código Civil a las que se hace referencia expresa y no aplicando aquellas a las que no se hace referencia expresa. Más concretamente, todas las disposiciones normativas que hacen referencia al matrimonio o que contienen las palabras "cónyuge", o "cónyuges", o sus

---

<sup>416</sup> Para un análisis más detallado de las normas del apartado 20, véase V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, en *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da G. BONILINI, V, Turín, 2017.

<sup>417</sup> Esta fórmula aparecía en la redacción más reciente del texto, al mismo tiempo que la supresión del artículo 5 del proyecto de ley 2081 (Senado).

<sup>418</sup> V. BARBA, *Unione civile e adozione*, cit., 381-382.

<sup>419</sup> Entre quienes han propuesto una interpretación diferente se encuentran A. SCHILLACI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, en *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3, 2016, 14; ID., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2, al que G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, en G. CASABURI, I. GRIMALDI (eds.), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 76.

equivalentes, se aplican a las uniones civiles, dondequiera que estén contenidas, mientras no se haga referencia a ellas en el Código Civil y en la Ley de Adopción.

En definitiva, la disciplina de las uniones civiles contenida en la Ley núm. 76/2016, al ofrecer un plan de reglas a la relación de las parejas *del mismo sexo*, no contiene disposiciones específicas sobre el aspecto de la filiación y la adopción<sup>420</sup>, limitándose a remitir a la Ley núm. 184/1983 únicamente para excluir su aplicación general en el ámbito de las uniones homoafectivas<sup>421</sup>. La inoperancia de las normas sobre adopción "plena" constituye una limitación para las parejas homoafectivas unidas civilmente frente a la figura homóloga de los matrimonios, situando el ámbito de la adopción (y de la filiación) entre aquellos en los que existe una mayor desigualdad de trato con las uniones de tipo matrimonial y en los que existe un trato disuasorio<sup>422</sup>.

La denominada cláusula general de equivalencia contenida en el apartado 20 del artículo único de la Ley 76/2016 deja al margen de la relevancia jurídica el problemático perfil de la denominada *adopción* homoparental *de hijastros*, difiriendo a los jueces la tarea de valorar, caso por caso, si procede o no reconocer dentro de las mallas de la disciplina de la adopción en supuestos particulares (estableciendo sus límites y condiciones) la relación parental, ya establecida de facto dentro del núcleo familiar entre la pareja y el hijo del otro *miembro de la pareja*<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> Para un análisis comparativo conciso sobre la adopción y la coparentalidad, véase G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1670 y ss.

<sup>421</sup> G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, en *Il corriere giuridico*, 2017, 2, 191, constata una actitud pasiva del legislador también a la hora de dictar los decretos de ejecución. En particular, el Decreto Legislativo n.º 7, de 19 de enero de 2017, sobre modificaciones y reorganización de las normas de Derecho internacional privado para la regulación de las uniones civiles, en aplicación del artículo 1, apartado 28, letra b), de la Ley n.º 76/2016, se limita a considerar el reconocimiento de los actos de matrimonio y de las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Por otra parte, el silencio del legislador sobre la filiación desde el punto de vista del ejercicio de la responsabilidad parental en el seno de la unión civil permite considerar que no se oponen al reconocimiento, mantenimiento y educación de los hijos comunes de los *miembros de la unión*. En este sentido, M. GATTUSO, *La regolamentazione della relazione fra genitore e figli nell'ambito dell'unione civile*, en G. BUFONE, M. GATTUSO, M. M. WINKLER (eds.), *Unione civile e convivenza*, 250.-Ed.

<sup>422</sup> G. GALASSO, *Unione omoaffettiva e adozione*, en *GenIUS*, 1, 2017, 87 y ss.

<sup>423</sup> G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., 19 señala cómo, en materia de regulación de las relaciones paterno-filiales en las uniones civiles, la ausencia de indicaciones legislativas hace recaer sobre el juez toda la

#### 4.2. Adopción en casos especiales de un hijo de la pareja: evolución jurisprudencial de la institución (Cass. 12962/2016)

En los últimos años, la jurisprudencia italiana se ha ocupado de responder a las necesidades de protección de las parejas homosexuales que pretenden que se reconozca el vínculo parental que se ha creado con el hijo biológico de su *pareja*.

De hecho, en Italia no existe una regulación legal de las relaciones que se establecen en las llamadas "familias recompuestas", es decir, aquellas uniones entre personas que ya han formado una unidad familiar en el pasado<sup>424</sup>.

Así, con el fin de satisfacer estas necesidades de protección, los tribunales nacionales empezaron a dar una interpretación extensiva del artículo 44, apartado 1, letra d), de la Ley 184/1983, según el cual "los menores podrán ser adoptados incluso cuando no se den las condiciones establecidas en el artículo 7, apartado 1 [...]: d) cuando exista una imposibilidad probada de acogimiento preadoptivo", con el fin de permitir a las parejas del mismo sexo adoptar al hijo de su pareja.

En particular, el Tribunal de Menores de Roma, en varias sentencias<sup>425</sup> - precedidas de jurisprudencia sensible a la filiación de hecho surgida en el contexto de una relación de pareja heterosexual<sup>426</sup> - ha sostenido que el

---

responsabilidad de establecer las reglas y garantizar el derecho de los hijos a la certeza y estabilidad de la relación con quien ejerce efectivamente la función parental.

<sup>424</sup> E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, en *Fam. Dir.*, 10, 2016, 966 enumera las diversas situaciones que se encuadran en este fenómeno: familias recompuestas por viudos o divorciados, por personas que anteriormente formaban parte de una convivencia *more uxorio* o que han engendrado un hijo con una persona distinta de su actual pareja o mediante técnicas de procreación médicamente asistida, etc.

<sup>425</sup> Tribunal de Menores de Roma, núm. 299/2014; Tribunal de Menores de Roma, núm. 4580/2015; Tribunal de Menores de Roma, 30 de diciembre de 2015.

<sup>426</sup> Según el Tribunal de Menores de Milán, nº 606/2007, en *Leggi d'Italia online*, la pareja de hecho heterosexual *more uxorio* puede adoptar al hijo de su pareja en virtud del artículo 44 let. d) de la Ley nº 184/1983, ya que el supuesto del let. b) del mismo artículo es inaplicable, dada la inexistencia de relación conyugal entre la persona que pretende adoptar y la madre del adoptado. El tribunal, habiendo reconocido el informe positivo de los Servicios Sociales que acreditaba la existencia de una estrecha relación entre el progenitor de facto y el menor, habiendo escuchado a este último, de casi catorce años de edad, y habiendo visto el consentimiento de la madre a la adopción, no tuvo dudas en afirmar que la adopción *de*

requisito de imposibilidad a que se refiere el artículo 44 letra d) antes citado debe entenderse en sentido amplio, por tanto en relación con un impedimento no sólo de hecho<sup>427</sup>, sino también de derecho (en ausencia del estado de desamparo) del acogimiento preadoptivo<sup>428</sup>.

Los jueces consideraron que esta interpretación era más respetuosa con la letra del precepto y con la finalidad de la adopción en casos especiales<sup>429</sup>, permitiendo proteger el interés del menor, no en estado de desamparo, "en el reconocimiento legal de unas relaciones parentales más logradas y completas"<sup>430</sup>. De hecho, por un lado, ya existe un progenitor legal que cuida de su hijo y, por otro, mediante la adopción especial, es posible que una

---

*conformidad con el artículo 44 let. d) en el presente caso respondía al interés superior del menor (art. 57 n° 2 Ley n° 184/1983). Confirma el Tribunal de Apelación. Florencia, núm. 1274/2012, en *Leggi d'Italia online*, que la adopción con arreglo al art. 44 ap. 1 let. b), según el cual sólo el cónyuge está legitimado para solicitar la adopción del hijo, incluido el hijo adoptivo del otro cónyuge, "no puede acabar perjudicando el *estatuto* del hijo de la familia de hecho, equiparado por la ley [núm. 219/2012] al de los hijos legítimos". Pensar de otro modo conduciría a una discriminación basada exclusivamente en el nacimiento (dentro o fuera del matrimonio), en abierto contraste con el apartado 1 del artículo 3 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato desigual basado en "condiciones personales y sociales". Cf. también Tribunal Constitucional, 18 de julio de 1986, n° 198, en *Leggi d'Italia online*, que ya había reconocido la relevancia jurídica de la relación de filiación de hecho en caso de disolución del matrimonio entre los padres adoptivos.*

<sup>427</sup> Cuál es la edad avanzada del menor o el hecho de que padezca una enfermedad grave, aunque exista el estado de abandono.

<sup>428</sup> La Sentencia del Tribunal de Menores Roma, 30 de diciembre de 2015, antes citada, argumenta a partir de la letra d) del art. 44 de la Ley de Adopción, añadido por la Ley 149/2001, que ha aislado la hipótesis de la imposibilidad del acogimiento preadoptivo del caso de los menores con capacidades diferentes (art. 44 let. c). De ello se deduce que, si bien la imposibilidad de acogimiento preadoptivo de hecho permanece en el subapartado c), de derecho se ha trasladado al subapartado d). Además, la letra d) no especifica cómo debe entenderse esta imposibilidad. El tribunal afirma además que denegar la adopción en casos especiales cuando la imposibilidad es una cuestión de derecho supondría, por un lado, traicionar la razón de ser de la adopción en casos especiales, que consiste en dar preeminencia a las relaciones de hecho establecidas a lo largo del tiempo, y por otro, vulnerar el principio del interés superior del menor, que se resiste a la rigidez y promueve, en cambio, soluciones jurisprudenciales adecuadas al caso concreto.

<sup>429</sup> El Tribunal de Menores Roma, 30.12.2015, subraya que la adopción en casos especiales tiene por objeto, según la intención del legislador, "favorecer la consolidación de la relación entre el menor y los parientes o personas que ya se ocupan de él". Se trata de una adopción con efectos más limitados, en términos de parentesco, que la adopción plena (ex legitimante) y sin sustitución del vínculo con los padres biológicos. Es precisamente la diversidad de las condiciones y la rapidez y simplificación del procedimiento judicial de adopción en casos especiales -según el Tribunal- lo que llevó al legislador a prever expresamente en el artículo 57, apartado 2, de la Ley de Adopción la verificación judicial del interés superior del menor.

<sup>430</sup> Así, Tribunal de Menores Roma, núm. 299/2014, cit.

persona que se ha comportado de hecho como progenitor tenga la condición de hijo constituido, en interés del menor, también en relación consigo misma<sup>431</sup>. Así pues, con arreglo al artículo 44, letra d), de la Ley nº 184/1983, no sólo es imposible de hecho, según la interpretación tradicional, sino también de derecho.

El Tribunal Supremo confirmó esta orientación, enriqueciendo su razonamiento<sup>432</sup>.

Por un lado, en efecto, se ha apoyado en la evolución normativa del artículo 44 de la Ley nº 184/1983 hasta la Ley nº 173/2015 que, en razón de la estabilidad y duración del vínculo afectivo significativo con el menor, permite al acogedor - una "familia" o una "persona física" (art. 2, apdo. 1, Ley nº 184/1983) - adoptar al menor en casos especiales conforme al apartado a) del artículo 44 de la Ley nº 184/1983.

Por otra parte, invocó el artículo 11, apartado 1, de la Ley nº 184/1983, que excluye la declaración judicial del estado de adoptabilidad no sólo en presencia de parientes hasta el cuarto grado "que tengan relaciones significativas con el menor", sino también cuando "existan peticiones de adopción en virtud del artículo 44". Según el Tribunal Supremo, esto significa que "el legislador ha querido favorecer la consolidación de la relación entre

---

<sup>431</sup> La Sentencia del Tribunal de Menores de Roma, de 30.12.2015, antes citada, recuerda que la tesis según la cual la adopción en casos especiales requiere únicamente una imposibilidad de hecho del acogimiento preadoptivo se impuso en los años ochenta. En aquel momento, algunos tribunales sostenían que este tipo de adopción se aplicaba exclusivamente "a los menores declarados adoptables pero no susceptibles de ser entregados en acogimiento preadoptivo, bien por padecer graves problemas de salud y/o psicológicos, en todo caso con características tales que no puedan ser entregados en acogimiento preadoptivo por ninguna de las parejas aspirantes a legitimar la adopción...", o porque la separación forzosa de un menor (declarado adoptable) del acogedor o acogedores "maltratadores", que son mayores y no están casados, habría creado un trauma irreversible en ese menor si se le hubiera retirado y entregado en acogimiento preadoptivo a otra pareja debidamente inscrita en la lista de espera". Esta orientación, ya descartada en 1989 (cf. Corte d'App. Bolonia, 15.4.1989, en *Giur. mer.*, 1991, 91 y ss.), ha quedado definitivamente superada no sólo debido a los argumentos ya resumidos anteriormente en el texto, sino también como consecuencia de la ley nº 149/2001.

<sup>432</sup> Cass., 22 de junio de 2016, núm. 12962, en *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con notas de P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, y de L. ATTADEMO, *La 'stepchild adoption' omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*; en *Fam. e dir.*, 2016, 11, 1025 ss., con nota de S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; en *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota de G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*.

el menor y los parientes o personas que ya se ocupan de él, previendo la posibilidad de la adopción, si bien con efectos más limitados que la adopción "legitimante" [*rectius*: plena]<sup>433</sup>, pero con requisitos previos necesariamente menos exigentes que ésta". Cabe añadir que la nueva imprescriptibilidad de las acciones de estatuto sólo para el menor también señala la importancia de la relación seria, estable y duradera entre el adulto y el menor<sup>434</sup>.

Además, el Tribunal de Casación ha subrayado la centralidad, en todos los casos de adopción en supuestos particulares, de la valoración de la idoneidad afectiva del adoptante y del interés superior del menor (artículo 57 de la Ley nº 184/1983), deducida sobre todo de la audiencia del menor cuando concurren los requisitos legales.

Por último, los jueces de legitimación destacaron la aplicabilidad jurídica y necesaria del principio del interés superior del menor, cuyo contenido está vinculado a la evolución del ordenamiento jurídico que debe captarse también a través de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los que se remite debidamente el Tribunal Supremo<sup>435</sup>.

Ante esta utilización del instituto, el Tribunal Constitucional intervino en 2022 y dictó una sentencia innovadora sobre el punto<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> Cabe señalar que hoy en día ya no está del todo claro que con la adopción en casos especiales el adoptado sólo adquiera una relación de parentesco con el adoptante. Según F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, en *Riv. crit. riv. priv.*, 2013, 273 y ss., ante la introducción del principio de unicidad del estado del hijo y una interpretación que extrae -como suele decirse- un efecto útil de la expresión contenida en el art. 77 del Código Civil "tanto en el caso en que el hijo es adoptado, debe admitirse que el adoptado en casos especiales adquiere vínculos de parentesco también con la rama parental del adoptante. Por consiguiente, la doctrina autorizada es favorable a la derogación tácita (parcial) de la referencia al art. 300 del Código Civil por el art. 55 de la Ley nº 184/1983.

<sup>434</sup> Cass., 22 de junio de 2016, núm. 12962, cit., subraya exactamente cómo el nuevo plazo de cinco años de inadmisibilidad de la acción estatal (arts. 244, ap. 4 y 263, ap. 3 y 4, Código Civil), introducido por el decreto legislativo núm. 154/2013, "pone de relieve el reconocimiento de la importancia de las relaciones establecidas y consolidadas en el tiempo entre progenitor e hijo bajo el perfil del derecho de este último a preservar [tales relaciones] caracterizando la identidad personal desde el nacimiento". Surge así esa conexión que destacábamos al principio de este estudio entre el desarrollo del derecho de filiación y la efectividad de derechos fundamentales, como el desarrollo de la propia identidad.

<sup>435</sup> Cass., 22 de junio de 2016, n.º 12962, citado anteriormente.

<sup>436</sup> Tribunal Constitucional, 23 de febrero de 2022, n.º 79. Para los primeros comentarios sobre esta cuestión, véase M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, en *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2022, 330 ss.; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, *ivi*, 5, 2022, 1 ss.

En particular, el Tribunal intervino declarando la ilegitimidad del artículo 55 de la Ley n° 184/1983, titulado "Derecho del menor a una familia", en la parte en que excluye que la institución de la adopción en casos particulares no establezca relación civil alguna entre el adoptado y la familia del adoptante, remitiéndose a la aplicación del artículo 300 del Código Civil, relativo a la regulación de la adopción de personas mayores de edad.

El Tribunal confirma la interpretación planteada por el tribunal *a quo*, según la cual el artículo 55 de la Ley n° 184/1983 no podía considerarse implícitamente derogado por el artículo 74 del Código Civil, modificado por la reforma de 2012 en materia de filiación<sup>1</sup>. Este precepto, al definir lo que se entiende por vínculo de "parentesco", establece que se establecerá entre personas descendientes de un mismo ascendiente, incluso en el caso de hijo adoptivo, salvo que se trate de la adopción de una persona mayor de edad (a cuyas reglas se remite expresamente el propio precepto objeto de la presente cuestión de constitucionalidad).

La remisión que hace el artículo 55 de la Ley de Adopción al artículo 300 cc, que excluye la afirmación de un vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, constituye, por tanto, según el Tribunal, un "obstáculo claro e inequívoco", subrayando, además, que "su no inclusión en el artículo 106 del Decreto Legislativo 28 de diciembre de 2013, núm. 154 [...], que señala los preceptos derogados por la reforma de la filiación, así como el carácter altamente innovador de la previsión de las relaciones civiles entre el menor adoptado en supuestos especiales y los parientes del adoptante conducen a excluir que tal cambio normativo pueda considerarse alcanzado por una mera derogación tácita [...]"<sup>437</sup> .

---

<sup>437</sup> Tribunal Constitucional, 23 de febrero de 2022, citado anteriormente. El Tribunal Constitucional ya había subrayado la imposibilidad de considerar que esta disposición había sido implícitamente derogada por la nueva redacción del artículo 74 del Código Civil, señalando que "[...] la adopción en supuestos especiales, que opera en hipótesis típicas y circunscritas, produciendo efectos limitados, ya que no confiere al menor la condición de hijo legítimo del adoptante, no asegura la creación de una relación de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante (considerando el impacto incierto de la modificación del art. 74 del Código Civil efectuada por el artículo 1, apartado 1, de la Ley n° 219, de 10 de diciembre de 2012, relativa a las "Disposiciones sobre el reconocimiento de los hijos naturales") y no interrumpe la relación con la familia de origen" (Tribunal Constitucional n° 32/2021). Las mismas dudas se reiteran en la sentencia inmediatamente posterior en este sentido: "[...] sin perjuicio de la modificación del art. 74 del Código Civil por el art. 1, párrafo, por el artículo 1, apartado 1, de la Ley n.º 219, de 10 de diciembre de 2012 (Disposiciones sobre el reconocimiento de los hijos naturales), que reconoce la admisibilidad general de la

Por consiguiente, los jueces consideraron que la exclusión del establecimiento de un vínculo jurídico entre el adoptado y sus familiares no respondía a las necesidades y finalidades que caracterizan el uso de la institución.

Por tanto, según el Tribunal Constitucional, "la falta de reconocimiento de relaciones civiles con los parientes del adoptado discrimina, vulnerando el artículo 3 de la Constitución, al menor adoptado en casos especiales frente a otros menores y le priva de relaciones jurídicas que contribuyen a formar su identidad y a consolidar su dimensión personal y patrimonial, en contra de lo dispuesto en los artículos 31, párrafo segundo, y 117, párrafo primero, de la Constitución en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos"<sup>438</sup>.

#### 5. Legislación italiana sobre el reconocimiento de resoluciones de adopción extranjeras

Se ha demostrado en repetidas ocasiones cómo, a pesar de las prohibiciones impuestas por el legislador, las personas que no pueden realizar sus planes de paternidad en Italia eluden la legislación acudiendo a países cuya legislación les permite realizar sus aspiraciones parentales<sup>439</sup>.

En estos casos, la autoridad judicial italiana debe decidir si concede o no, y si reconoce, las resoluciones relativas al *status filiations* dictadas en el extranjero.

---

adopción para establecer relaciones de parentesco, con la única excepción de la adopción de personas mayores de edad, sigue siendo controvertida -dada la referencia que sigue haciendo el artículo 55 de la Ley n.º 184/1983- 55 de la Ley n.º 184 de 1983 al artículo 330 del Código Civil- si la adopción en casos especiales permite también el establecimiento de vínculos de parentesco entre el menor y quienes aparezcan socialmente, y él perciba, como sus abuelos, tíos o incluso hermanos, cuando el adoptante ya tenga otros hijos propios" (Tribunal Constitucional n.º 33/2021).

<sup>438</sup> Comunicado del Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 2022. El análisis de la sentencia se retomará en el § 8 del Capítulo III, ya que en el presente caso se refiere a la adopción en casos especiales de un menor nacido como consecuencia de un vientre de alquiler.

<sup>439</sup> Las diferencias en la legislación sobre procreación médicamente asistida han propiciado el desarrollo del llamado turismo procreativo. Una vez realizado el proyecto parental en el extranjero, se plantea el problema de la transcripción de la partida de nacimiento en nuestro ordenamiento jurídico: sobre este punto, véase la sección I § 6 del presente capítulo en relación con la procreación médicamente asistida y el capítulo III en relación con la maternidad subrogada. Para un análisis comparativo de las distintas leyes, véase el capítulo IV.

Conviene, pues, examinar, en primer lugar, la legislación italiana que regula esta materia, que se caracteriza por la importante "estratificación" de las disposiciones que la componen y la consiguiente extrema dificultad para orientarse en ella<sup>440</sup>.

Cuando hablamos del reconocimiento de las resoluciones de adopción extranjeras y de la identificación de la legislación aplicable, debemos tener en cuenta que no existe un único tipo de adopción que pueda llevarse a cabo en el extranjero, sino más bien una multiplicidad de tipos a los que corresponden distintas disciplinas normativas y procedimientos diferenciados para su transcripción en el ordenamiento jurídico italiano.

La materia en cuestión está regulada por la Ley 218 de 31 de mayo de 1995<sup>441</sup> y el Título III de la Ley 184/1983, que regula la adopción internacional. Este último ha sido reformado por la ley que autorizó la ratificación y la ejecución del Convenio de La Haya de 1993<sup>442</sup>, con el fin de garantizar que dichas adopciones se realicen respetando los derechos fundamentales, y con el fin de crear un sistema de cooperación entre los Estados contratantes destinado a favorecer, en el interés superior del menor, el reconocimiento de las adopciones constituidas en su marco y de conformidad con el propio Convenio<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> C. E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1, 2014, 43. El autor señala cómo la falta de claridad de la legislación constituye un disvalor y cómo resulta aún más grave en el ámbito de las adopciones internacionales, que, por el contrario, debería ser claro y no prestarse a interpretaciones inciertas, ya que su objetivo primordial es satisfacer el interés superior del menor. También en C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 209 se considera que la estratificación de las distintas disposiciones, a primera vista mal coordinadas entre sí, contribuye a hacer extremadamente compleja la materia, en la que por tanto es todo menos fácil orientarse. No cabe duda, según los autores, de que es precisamente la seguridad jurídica lo que sería necesario para responder al interés superior del menor.

<sup>441</sup> Ley 218 de 31 de mayo de 1995, Reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, Capítulo V, Título III.

<sup>442</sup> Ley nº 476 de 31 de diciembre de 1998, por la que se autoriza la ratificación y ejecución del Convenio relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

<sup>443</sup> C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 207. De hecho, el Convenio de La Haya tiene tres objetivos: en primer lugar, establecer garantías para que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del menor y respetando los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho internacional. A continuación, la de establecer un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para garantizar el respeto de estas garantías y prevenir así el secuestro, la venta y el tráfico de menores. Por último, el

El preámbulo de dicho Convenio establece algunos de los principios fundamentales en la materia: el derecho del menor a crecer en un entorno familiar caracterizado por un clima de felicidad, amor y comprensión para el desarrollo armonioso de su personalidad; la necesidad de dar prioridad a aquellas medidas que permitan al menor permanecer en su familia de origen; y la institución de la adopción internacional como última medida para garantizar una familia a aquellos menores para los que no se pueda encontrar una familia adecuada en su Estado de origen<sup>444</sup>.

La Ley 218/1995 y la Ley 184/1983 están estrechamente entrelazadas, y así se desprende del art. 41 (2) de la Ley 218/1995<sup>445</sup> que recuerda algunas disposiciones de la Ley de Adopción<sup>446</sup>.

Este artículo prevé dos formas diferentes de reconocimiento según se trate o no de adopción internacional de menores: en el apartado 1, establece que las resoluciones de adopción son reconocibles en Italia en virtud de los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 218/1995; en el apartado 2, establece que las disposiciones de las leyes especiales sobre adopción de menores no se ven afectadas, remitiéndose así a los artículos 35 y 36 de la Ley 184/1983.

La primera parte prevé el reconocimiento automático de los actos extranjeros, que deben presentarse directamente en el registro civil para su transcripción y sólo en caso de denegación pueden impugnarse ante el tribunal o el Tribunal de Apelación; la segunda parte, en cambio, prevé un reconocimiento sujeto al control del Tribunal de Menores<sup>447</sup>.

Los dos apartados, que prevén procedimientos diferentes, no pueden aplicarse ambos al mismo caso, ya que la aplicación de la legislación especial sobre adopción de menores y, por tanto, el procedimiento de deliberación

---

objetivo de garantizar el reconocimiento, en los Estados contratantes, de las adopciones realizadas de conformidad con el Convenio. A. BEGHÈ LORETI, *Voce Adozione Internazionale*, en *Enciclopedia del diritto, aggiornamento*, I, Giuffrè, Milán, 1997, considera que fue precisamente la conciencia de que sólo con un sistema consensuado sería posible garantizar el interés superior del adoptado y reducir los conflictos entre las distintas legislaciones, lo que llevó a los Estados a crear un nuevo instrumento internacional que prevé controles públicos de las adopciones internacionales.

<sup>444</sup> Este es el principio de subsidiariedad de la adopción internacional.

<sup>445</sup> El artículo 41 de la Ley 218/1995 se titula "reconocimiento de medidas de adopción extranjeras".

<sup>446</sup> C. E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, 45.

<sup>447</sup> En estos casos, por tanto, el reconocimiento se produce tras la deliberación del tribunal italiano competente. Tribunal Constitucional, 7 de abril de 2016, n.º 76.

previsto en los artículos 35 y 36, no puede sino excluir la remisión a las normas ordinarias sobre reconocimiento automático de medidas extranjeras<sup>448</sup>.

El procedimiento de deliberación de la ley especial prevalece sobre las normas ordinarias sobre el reconocimiento automático de medidas extranjeras, que, por tanto, sólo deben aplicarse cuando los artículos 35 y 36 no sean aplicables<sup>449</sup>.

Como podemos ver, esta legislación se caracteriza por las múltiples referencias a otras leyes y, por lo tanto, es difícil de interpretar para los jueces.

El ejemplo palmario de esta dificultad viene dado por la sentencia del Tribunal de Bolonia<sup>450</sup> que, en 2014, consideró necesario plantear la cuestión de constitucionalidad de los artículos 35 y 36 de l. 184/1983 en la parte en que, tal como se interpretan según el Derecho viviente, no permiten al tribunal apreciar, en el caso concreto, si redundan en beneficio del hijo adoptivo reconocer la sentencia extranjera que ha pronunciado la adopción a favor del cónyuge del progenitor, aun cuando el matrimonio en cuestión no sea susceptible de producir efectos en el ordenamiento jurídico italiano, por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>451</sup>.

---

<sup>448</sup> Tribunal Constitucional 7 de abril de 2016, n° 76.

<sup>449</sup> E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 3, 2014.

<sup>450</sup> Trib. Min. Bolonia, Ord. 10 noviembre 2014.

<sup>451</sup> El Tribunal de Bolonia tuvo que pronunciarse sobre una solicitud de reconocimiento de una sentencia estadounidense que ordenaba la adopción plena de un menor, nacido en Estados Unidos tras una procreación médicamente asistida en el marco de un proyecto de custodia compartida, a favor de la demandante, *pareja de* la madre biológica. En particular, la demandante, pareja casada de la madre biológica, en el presente caso no solicitó al tribunal que ordenara la adopción de la hija de su *pareja* (regulada por ley en el artículo 44, apartado 1, de la Ley 184/1983), puesto que la adopción ya había tenido lugar en Estados Unidos, donde la mujer era considerada a todos los efectos la madre de la niña. Ella, por su parte, solicitó el reconocimiento de la sentencia americana que había pronunciado tal adopción, para ser considerada como tal también en el Derecho italiano. El juez, tras comprobar la concurrencia, en abstracto, de todos los requisitos para el reconocimiento de la sentencia, pasó a valorar si la adopción por un progenitor homosexual era o no contraria al orden público. En su auto, el Tribunal de Bolonia, si bien subraya el hecho de que la jurisprudencia constante considera como principio de orden público que la adopción sólo está permitida a los cónyuges unidos en matrimonio, estima, sin embargo, que esta orientación ya no es actual: ello, especialmente tras la sentencia del Tribunal de Casación que declaró que los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero ya no son inexistentes, sino sólo improductivos de efectos en nuestro ordenamiento jurídico (Cass. Civ,

El Tribunal Constitucional, al rechazar la cuestión planteada, contribuye con su sentencia a aclarar el ámbito de aplicación de los dos tipos distintos de reconocimiento contemplados en el artículo 41 de la Ley 218/1995.

Hay que considerar, en primer lugar, que la regla general es la contenida en el párrafo segundo y que el párrafo primero, por esta razón, sólo se aplicará residualmente<sup>452</sup>.

El Tribunal Constitucional precisa que los citados artículos de la Ley 184/1983 regulan el reconocimiento de las adopciones internacionales<sup>453</sup>, es decir, aquellas adopciones de menores cuya nacionalidad es distinta a la de los adoptantes<sup>454</sup> y que se encuentran en estado de desamparo<sup>455</sup>.

El ámbito de aplicación de la Ley de Adopción abarca así dos hipótesis: el caso de la adopción de un menor que se encuentra en Italia en estado de abandono y la adopción de un menor extranjero, residente en el extranjero, por padres adoptivos residentes en Italia o ciudadanos italianos residentes en el extranjero desde hace menos de dos años.

---

Sez. I, Sentencia de 15 de marzo de 2012, n° 4184), al pronunciamiento del Soberano Tribunal que reconoció la existencia de una vida familiar adscribible al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también entre parejas *del mismo sexo* (Eur. Dir. Uomo, 24 de junio de 2010, Ref. 30141/04, Schalk y Kopf c. Austria), y la sentencia del Tribunal Constitucional según la cual dichos sindicatos forman parte de los grupos sociales protegidos por el artículo 2 de la Constitución (Tribunal Constitucional, Sent. 11 de junio de 2014, núm. 170). Por tanto, considera que la legislación sobre el reconocimiento de las adopciones perfeccionadas en el extranjero debe censurarse porque, por el único motivo de la homosexualidad de los padres, obstaculiza absolutamente que la familia constituida en el extranjero siga siendo una familia también en Italia, y luego porque impide al juez apreciar concretamente lo que corresponde o no al *interés superior del menor*.

<sup>452</sup> S. MATTEINI CHIARI, *L'adozione di minori*, en S. MATTEINI CHIARI (ed.), *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milán, 2014, 574.

<sup>453</sup> Como ya hemos visto, las adopciones internacionales no se rigen únicamente por el Título III de la Ley 184/1983: en efecto, el artículo 29 de dicha ley dispone que "la adopción de menores extranjeros se realizará de conformidad con los principios y directrices del Convenio relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, en lo sucesivo denominado "Convenio", de acuerdo con las disposiciones contenidas en la presente ley".

<sup>454</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 446.

<sup>455</sup> Por tanto, la adopción internacional presupone que los futuros padres y el menor residen en Estados diferentes. E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, cit., precisa che deve sussistere anche lo stato de abandono e quindi per rientrare in tale categoria si deve trattare di provvedimenti adottivi destinati a far cessare qualsiasi rapporto dell'adottato verso la famiglia di origine.

Así, en el caso del reconocimiento de las resoluciones extranjeras de adopción internacional, aunque en virtud del Convenio de La Haya debería haber un reconocimiento automático<sup>456</sup>, en realidad la resolución extranjera está sujeta a un escrutinio y a una evaluación penetrante que se confía al Tribunal de Menores<sup>457</sup>.

Una adopción pronunciada en el extranjero produce los efectos de una adopción plena en Derecho italiano<sup>458</sup>.

El procedimiento difiere según se trate de reconocer una adopción que tuvo lugar en un país que ha ratificado el Convenio de La Haya o no<sup>459</sup>.

El artículo 35 de la Ley 184/1983 se ocupa de regular el reconocimiento de las adopciones que han tenido lugar en un Estado contratante, y distingue este procedimiento según que la adopción se haya pronunciado en el extranjero antes de la llegada del menor o deba pronunciarse después de su llegada.

En el primer caso, el Tribunal debe, en primer lugar, verificar la concurrencia, en la medida de adopción extranjera, de las condiciones previstas para las adopciones internacionales en el artículo 4 del Convenio de La Haya<sup>460</sup> y debe comprobar que la adopción no es contraria a los principios

---

<sup>456</sup> El artículo 23 del Convenio establece que una adopción certificada por la autoridad competente del Estado de recepción como conforme a las disposiciones del Convenio será reconocida automáticamente entre los demás Estados contratantes.

<sup>457</sup> Sin embargo, el legislador italiano se ha alejado de la inspiración original del Convenio, que prevé el reconocimiento automático. En efecto, según M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 710, debe hablarse de efectos condicionados a la intervención del juez y a la orden de transcripción.

<sup>458</sup> El artículo 35, apartado 1, de la Ley n° 184/1983 establece que "la adopción pronunciada en el extranjero produce en el ordenamiento jurídico italiano los efectos contemplados en el artículo 27", que dispone que, como consecuencia de la adopción, el adoptado adquiere la condición de hijo nacido del matrimonio de los padres adoptivos, cuyo apellido asume y transmite, y que con la adopción cesan las relaciones del adoptado con su familia de origen, sin perjuicio de las prohibiciones matrimoniales.

<sup>459</sup> Hasta la fecha, más de noventa Estados han ratificado la Convención. Para consultar la lista completa de países contratantes: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19994569/201403180000/0.211.221.311.pdf>.

<sup>460</sup> Art. 35(2), l. 184/1983. Art. 4 del Convenio establece que las adopciones cubiertas por el Convenio sólo pueden tener lugar si las autoridades competentes del Estado de origen: a) han determinado que el menor es adoptable; b) han establecido, tras considerar debidamente las posibilidades de colocación del menor en el Estado de origen, que la adopción internacional responde al interés superior del menor; c) se han asegurado de que la adopción internacional responde al interés superior del menor. (1) que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan recibido el asesoramiento necesario y hayan sido debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular

fundamentales que rigen, en el Estado, el Derecho de familia y de menores, apreciados en relación con el interés superior del menor<sup>461</sup>. Entre ellas debe figurar, sin duda, la situación de abandono del menor que se adopta<sup>462</sup>, debe haber existido la posibilidad de que los padres biológicos se opongan a la adopción<sup>463</sup> y los padres adoptivos deben estar casados. Además, si se trata de un menor que ha cumplido catorce años, es necesario que manifieste su consentimiento a la adopción y, si tiene doce años o menos pero capacidad de discernimiento, debe ser oído en el procedimiento.

Además, debe comprobar la presencia de la certificación de conformidad de la adopción con el Convenio de La Haya y la autorización de entrada del menor en el Estado y de residencia permanente en Italia<sup>464</sup>.

Si, por el contrario, la adopción debe concluir después de la llegada del menor a Italia, el procedimiento a seguir cambia: el Tribunal reconocerá la medida de la autoridad extranjera como acogimiento preadoptivo si no es contraria a los principios fundamentales que rigen, en el Estado, el Derecho de familia y de menores, apreciados en relación con el interés superior del

---

por lo que se refiere al mantenimiento o a la terminación, en razón de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen (2) que dichas personas, instituciones y autoridades han dado libremente su consentimiento, en la forma legalmente establecida, y que este consentimiento ha sido dado o atestiguado por escrito; (3) que el consentimiento no se ha obtenido mediante pago o contraprestación de ningún tipo y no ha sido retirado y (4) que el consentimiento de la madre, si se requiere, se haya dado sólo después del nacimiento del menor; y (d) que se hayan asegurado, teniendo en cuenta la edad y madurez del menor, (1) de que el menor haya sido aconsejado y haya sido debidamente informado de las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, si se requiere dicho consentimiento (2) que se han tenido en cuenta los deseos y opiniones del menor; (3) que el consentimiento del menor a la adopción, cuando se requiera dicho consentimiento, se ha dado libremente, en la forma legalmente prescrita, y se ha expresado o anotado por escrito; y (4) que el consentimiento no se ha obtenido mediante pago o contraprestación de ningún tipo.

<sup>461</sup> Art 35(3), l. 184/1983.

<sup>462</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione*, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, Utet, Turín, 2003, 55; M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 712 afirma que la medida extranjera sólo no sería contraria a los principios fundamentales del Derecho de familia y de menores si incluyera, entre sus requisitos previos, la situación de abandono, el conocimiento por los padres de origen de las consecuencias de las medidas y su posibilidad de oponerse a ellas.

<sup>463</sup> M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 713; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione*, cit., 55 afirma que también se ha considerado como expresión de principios jurídicos inalienables el respeto de las reglas de repregunta e impugnación, como reglas de un *debido proceso legal*, en los procedimientos extranjeros que conducen a la declaración del estado de adoptabilidad del menor.

<sup>464</sup> Art. 35(2), l. 184/1983.

menor. Fijará la duración de la guarda en un año y, transcurrido ese plazo, valorará si la permanencia del menor en esa familia sigue respondiendo o no al interés superior del menor: en el primer caso, pronunciará la adopción y ordenará su inscripción en los registros del estado civil, mientras que en el segundo, la revocará y adoptará las medidas previstas en el artículo 21 del Convenio<sup>465</sup>.

En cambio, el artículo 36, apartado 2, de la Ley 184/1983 regula el reconocimiento de las adopciones internacionales de menores realizadas en un país que no es parte del Convenio ni siquiera signatario de acuerdos bilaterales. En estos casos, el Tribunal debe comprobar en primer lugar la condición de desamparo del menor extranjero o el consentimiento de los padres biológicos a la adopción plena; a continuación, debe verificar que los futuros padres adoptivos han obtenido un decreto de idoneidad para la adopción y que se ha concedido la autorización de entrada del menor<sup>466</sup>.

Por último, la Ley de Adopciones establece que, en todo caso, no podrá ordenarse la transcripción de la resolución extranjera que acuerde la adopción en los supuestos previstos en el artículo 35, apartado 6<sup>467</sup>.

Los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 218/1995 se aplican en los casos en que es necesario reconocer los pronunciamientos extranjeros que han ordenado adopciones no legales, es decir, adopciones de adultos (italianos o extranjeros) y de menores en casos especiales, adopciones en el extranjero de menores italianos y adopciones nacionales de menores extranjeros pronunciadas en el extranjero a favor de adoptantes extranjeros<sup>468</sup>.

El reconocimiento de las sentencias dictadas en otros países, las medidas extranjeras relativas a la capacidad de las personas, así como a la existencia de relaciones familiares o derechos de la personalidad y las medidas extranjeras de jurisdicción voluntaria son reconocibles en Italia

---

<sup>465</sup> Art. 35(4), l. 184/1983.

<sup>466</sup> Art. 36(2), l. 184/1983.

<sup>467</sup> Es decir, en los casos en que: a) la medida de adopción se refiera a adoptantes que no reúnan los requisitos previstos por la Ley italiana de Adopciones; b) no se hayan cumplido las indicaciones contenidas en la declaración de idoneidad; c) no sea posible la conversión en adopción que produzca los efectos contemplados en el artículo 27; d) la adopción o el acogimiento extranjeros no se hayan realizado a través de las autoridades centrales y de un organismo autorizado; e) la colocación del menor en la familia adoptiva haya resultado contraria a su interés superior.

<sup>468</sup> C. MOSCONI, F. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 228.

automáticamente, sin necesidad de un procedimiento especial de deliberación, si se cumplen determinadas condiciones, entre ellas que no sean contrarias al orden público y que se respeten los derechos esenciales de defensa en el Estado de origen de la medida.

#### 5.1. El rol de suplencia asumido por la jurisprudencia italiana en esta materia

Como ya se ha mencionado, el tema del reconocimiento en el Estado de las relaciones familiares establecidas en virtud de una ley extranjera adquiere cada vez más importancia en la actualidad debido, sobre todo, al fenómeno del turismo procreativo, alimentado por personas que en Italia no serían reconocidas como aptas para la adopción y que acuden al extranjero para obtener tales pronunciamientos.

Esta cuestión, que en el pasado se había planteado con referencia a la adopción por personas *solteras*, se encuentra en el contexto actual con referencia tanto a la adopción conjunta a favor de parejas *del mismo sexo* como a la adopción en casos especiales del hijo de una *pareja* del mismo sexo<sup>469</sup>.

Se trata de una cuestión que implica valores especialmente importantes, en primer lugar el interés superior del menor.

Muy a menudo se ha negado la transcribibilidad de tales sentencias alegando que los matrimonios entre personas del mismo sexo no pueden ser reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto internos como supranacionales, han comenzado, sin embargo, a apartarse de esta línea de pensamiento, haciendo hincapié en el derecho a la continuidad del *status filiationis* y en el respeto a la vida privada y familiar del menor, y han llegado a reconocer tales decisiones también en nuestro ordenamiento jurídico<sup>470</sup>.

---

<sup>469</sup> C. RAGNI, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, en *GenIUS*, 2, 2015, 228.

<sup>470</sup> F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio d'un coppia omosessuale*, en *Fam. Dir.*, 3, 2016, 281 recuerda cómo el reconocimiento de los *estatutos personales* se considera un perfil ineludible del respeto a la vida familiar de las personas consagrado en el artículo 8 CEDH.

El punto de apoyo de todas estas sentencias sigue siendo el interés superior del menor, que constituye el criterio inspirador de toda la disciplina italiana en materia de adopción<sup>471</sup> y el parámetro que debe guiar al juez llamado a reconocer una relación de adopción.

El *best interests of the child*, en su formulación, lleva a favorecer al máximo el reconocimiento de las resoluciones de adopción extranjeras y, por tanto, a restringir el recurso al límite de orden público a casos verdaderamente excepcionales: éste, por tanto, se comprime precisamente porque debe primar el interés superior del menor<sup>472</sup>.

La primera sentencia innovadora en este sentido es la del Tribunal de Apelación de Milán<sup>473</sup>, que situó el interés preeminente del menor en el centro de su decisión para garantizar la eficacia de la protección<sup>474</sup>.

El Tribunal, cuestionado en cuanto al reconocimiento en Italia de la relación de filiación adoptiva establecida en el extranjero con "efectos legitimadores" a favor de la pareja del mismo sexo de la madre biológica, se vio en la necesidad de examinar la medida española que ordenaba la adopción

---

<sup>471</sup> Se hace referencia tanto a la l. 184/1983 como a la l. 218/1995.

<sup>472</sup> C. MOSCONI, F. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 229.

<sup>473</sup> App. Milán, Sez. Fam., 1 de diciembre de 2015 n.º 2543. Es el caso de una pareja de mujeres, ambas de nacionalidad italiana, que desarrollan un proyecto de paternidad compartida y dan a luz a una niña tras el uso de técnicas de procreación médicamente asistida en España. Más tarde decidieron casarse y, de nuevo basándose en la legislación española, obtuvieron una orden judicial que ordenaba la adopción plena del menor a favor de la *pareja de la madre biológica*. En 2013 se divorciaron y, de regreso a Italia, solicitaron al Tribunal de Milán la transcripción del certificado de matrimonio (y divorcio) y de la sentencia de adopción. El Tribunal de Milán, tras desestimar la primera solicitud, se declaró incompetente en relación con la segunda, alegando que, en el caso de autos, al no tratarse de una adopción internacional, no debía aplicarse el párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 218/1995 (que remite a la Ley 184/1983), sino el párrafo primero de dicha Ley, que remite al procedimiento de reconocimiento automático *con arreglo al* artículo 64 y siguientes de la Ley 218/1995. Por consiguiente, la demandante no debería haber acudido al Juzgado de Menores, sino haber solicitado la transcripción directamente al funcionario del Registro Civil. Siguió las instrucciones de los jueces, pero el funcionario del registro civil se opuso a su denegación de transcripción alegando que, al no estar reconocidos en Italia los matrimonios entre personas del mismo sexo, el adoptado no es cónyuge de la madre biológica con arreglo a la legislación italiana y, por tanto, el tipo de adopción realizada en el extranjero no está contemplado en el artículo 44 de la Ley 184/1983.

<sup>474</sup> F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio d'una coppia omosessuale*, cit., 277, señala que la decisión del tribunal milanés es una manifestación más de jurisprudencia creativa con función supletoria en un sector de las relaciones familiares en el que la inercia del legislador provoca incertidumbres crecientes que no contribuyen a dar una protección efectiva a los menores, cuyo interés superior debe en todo caso aplicarse prioritariamente en todas las decisiones que les conciernen.

sobre la base del artículo 64 y siguientes de la Ley 218/1995. Estos artículos prevén el reconocimiento automático de la sentencia extranjera cuando surta efectos en el ordenamiento jurídico del Estado en el que se pronunció, cuando se hayan respetado los derechos de la defensa y cuando no sea contraria al orden público.

Una vez comprobados los dos primeros requisitos, pasa a valorar si la sentencia extranjera que ordena la adopción del hijo de la *pareja del* mismo sexo es o no contraria al orden público. Tras resumir las sentencias nacionales y supranacionales más importantes sobre el tema<sup>475</sup>, el Tribunal concluye que "no hay razón alguna para considerar que una sentencia extranjera que haya establecido una relación de adopción entre una persona no casada y el hijo reconocido de su *pareja*, aunque sea del mismo sexo, sea contraria al orden público", una vez valorado concretamente que el reconocimiento de la adopción responde al interés superior del menor en mantener la vida familiar construida con ambas figuras parentales y en preservar las relaciones afectivas y educativas positivas establecidas con ellas, en virtud de su prolongada convivencia y de la medida de adopción"<sup>476</sup>.

De ello se desprende que los principios de orden público deben ceder ante el interés superior del menor en el reconocimiento legal del estatuto de filiación válidamente establecido en el extranjero<sup>477</sup> y que la obligación del

---

<sup>475</sup> El Tribunal de Apelación de Milán se remite en primer lugar a la Cass. Civ., Sec. III, 22 de agosto de 2013 n° 19405, según la cual la noción de orden público no puede definirse exclusivamente en función del ordenamiento jurídico interno, ya que engloba tanto los principios fundamentales de la Constitución como aquellos principios fundamentales comunes a los distintos ordenamientos jurídicos. A continuación, los jueces milaneses se remiten a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Labasse y Menneson c. Francia) en las que se establece que la autoridad judicial de un Estado adherido al CEDH, tiene la obligación, al decidir sobre los hijos, de tener en cuenta prioritariamente el interés superior del menor, apreciado en concreto, en el mantenimiento de la vida familiar *en virtud* del artículo 8 CEDH y de las relaciones establecidas con las figuras parentales de referencia. En estas sentencias también reitera que las relaciones entre personas del mismo sexo también entran dentro del concepto de vida familiar.

<sup>476</sup> App. Milán, Sec. Fam., 1 de diciembre de 2015 núm. 2543, apdo. 28.

<sup>477</sup> C. BENANTI, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 5, 2016, 734; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, en *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2014, 102 y B. LAVITOLA, *Trascrivibilità dell'atto di matrimonio same-sex e del provvedimento di adozione a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore*, en [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 5, 2016, 6 consideran el interés del menor como un "contralímite" al orden público.

juez de aplicar el *best interests of the child* puede justificar una interpretación incluso fuertemente evolutiva de las normas nacionales<sup>478</sup>.

En cualquier caso, reiteramos -con carácter general- cómo el gran énfasis puesto en el interés superior del menor en la jurisprudencia corre a menudo el riesgo de ser engañoso y ocultar la perspectiva real que los inspira<sup>479</sup>.

## 5.2. Transcripción de un acta de adopción constituida en el extranjero (Sez. Unite. 9006/2021)

Los jueces italianos no sólo se enfrentaron al problema del reconocimiento de las sentencias extranjeras que ordenaban la adopción del hijo de una *pareja del mismo sexo*, sino que también tuvieron que hacer frente a las solicitudes de transcripción de adopciones conjuntas de menores a favor de parejas del mismo sexo presentadas en países en los que esto está permitido<sup>480</sup>.

También en estos casos se ordenó la transcripción de las citadas sentencias extranjeras y, en consecuencia, se reconocieron las relaciones de filiación establecidas en el extranjero en el seno de parejas del mismo sexo.

En este sentido, las Secciones Unidas de 2021 se pronunciaron a favor del reconocimiento de la adopción extranjera a favor de parejas *same sex*<sup>481</sup>.

La ocasión la brinda el examen de una orden de *adopción*, medida jurisdiccional dictada por el *Tribunal Sustitutorio* del Estado de Nueva York que concede a una pareja homosexual la condición de padres adoptivos de un menor, tras haber obtenido previamente el consentimiento del *padre biológico* y de la *madre biológica*, y tras haber valorado concretamente la idoneidad del menor para la adopción, con el fin de verificar su conformidad con el *best interests of the child*<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del d'una coppia omosessuale*, cit. 276.

<sup>479</sup> Sobre este punto, véase el § 4 del Capítulo I.

<sup>480</sup> Uno de los primeros casos es el del Trib. Min. Bolonia, Ord. 10 noviembre 2014, mencionado en el § 5 de la Sec. II de este Capítulo.

<sup>481</sup> Cf. Cass., Sec. un., 31 de marzo de 2021 n. 9006, en *giustiziainsieme.it.*, con comentario de S. STEFANELLI, *Italia reconoce la adopción extranjera de menores por una pareja masculina, pero sólo en ausencia de maternidad subrogada*.

<sup>482</sup> La cuestión de la doble nacionalidad de la persona que había solicitado la transcripción no fue objeto de atención ni por el Tribunal de Apelación de Milán ni por el Tribunal de Casación. No obstante, debe observarse que la cuestión no parece tener una importancia secundaria desde varios puntos de vista: en primer lugar, el artículo 19, apartado 2, de la Ley

El *procedimiento* lógico utilizado por el Tribunal en el curso de la parte dispositiva presenta más de un perfil de interés.

Preliminarmente, las Secciones Unidas excluyen la aplicación al presente caso del marco jurídico relativo a la denominada adopción internacional, con consecuencias decisivas también en términos de identificación del tribunal competente<sup>483</sup>.

La cuestión se reconduce así a la comprobación de la compatibilidad del *estatuto* parental, de naturaleza adoptiva, legalmente adquirido en el extranjero por una pareja homoparental masculina. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que la ampliación de las condiciones de acceso a la adopción legitimadora constituye una directriz axiológica derivable tanto de la jurisprudencia constitucional y de legitimación como de fuentes internacionales<sup>484</sup>.

También entra en juego la noción de orden público internacional esbozada por las citadas Sentencias de las Secciones Unidas núm. 16601/2017 y núm. 12193/2019, en las que se destaca la "relevancia de la legislación ordinaria, como instrumento de aplicación de los valores consagrados en la Constitución" y configuradora del Derecho vivo en el que se inserta el sistema<sup>485</sup>.

---

218 de 1995, que establece que, en caso de nacionalidad múltiple, prevalece la nacionalidad italiana, si existe, con la consecuencia de hacer aplicable el Derecho material italiano. En segundo lugar, y en consecuencia, un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en el extranjero por un nacional italiano no sería reconocible dentro del perímetro de la institución matrimonial, sino del mismo modo que una pareja de hecho, según el artículo 32-*bis* de la misma Ley n° 218 de 1995 (véase la nota 28 y el texto correspondiente infra). Esta última circunstancia, por tanto, adquiere relevancia en relación con la institución de la adopción plena que, como hemos visto, fue reservada por el legislador italiano únicamente a las parejas casadas.

<sup>483</sup> G. PUMA, *Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*, en *Riv. Dir. Int.*, 3, 2021, 841 y ss.

<sup>484</sup> V. MONTARULI, *La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia same sex: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1, 2022, 331 ss.

<sup>485</sup> El Tribunal Supremo de Casación se ha adherido a la concepción abierta y universalista del orden público internacional, ya expresada en directrices anteriores (Cass. 19599 de 2016 y 14878 de 2017, S.U. núm. 16601 de 2017 y reiterada en la más reciente núm. 12193 de 2019). Los principios de orden público internacional no sólo tienen la función de limitar la aplicación del Derecho extranjero (L. núm. 218 de 1995, art. 16) y el reconocimiento de actos y medidas extranjeras (L. núm. 218 de 1995, art. 64), sino también la de promover (S.U. 16601 de 2017) y garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona (Cass. n. 19405 de 2013), a través de los principios procedentes del Derecho de la Unión Europea,

En el presente caso, el núcleo de los principios relativos al orden público internacional debe interpretarse sobre la base del principio del interés superior del menor, tal como se establece en los convenios internacionales.

El Tribunal no se detiene en la particular configuración del interés del menor, tal como se describe en el artículo 24 del Convenio de La Haya de 1993, que, como se ha señalado anteriormente, es especialmente importante en materia de adopción, por lo que la ponderación con otros intereses y valores debe llevarse a cabo con especial rigor en este asunto.

En este contexto, como argumenta la propia sentencia en un pasaje, el Derecho interno reconoce una pluralidad de modelos de parentalidad adoptiva, corroborada por la jurisprudencia supranacional y nacional, unificada por el objetivo de preservar la continuidad afectiva y relacional ya establecida en la unidad familiar.

Una vez definida la cuestión en los términos expuestos, el razonamiento del Tribunal de Justicia sigue una trayectoria lineal, conforme a las adquisiciones ya ampliamente documentadas por la jurisprudencia nacional y supranacional sobre la irrelevancia de la orientación sexual en los litigios relativos a la custodia de los hijos, tal y como documentan los *leading cases* Cass. núm. 601/2013<sup>486</sup> y, en materia de adopción no legitimadora a favor de parejas del mismo sexo, por el caso Roman que dio lugar a la sentencia Cass. núm. 12692/2016<sup>487</sup>, hasta la histórica sentencia Cass, Sez. un., núm. 12193/2019, en la que el carácter homosexual de la pareja masculina constituía un mero presupuesto fáctico, pero no el objeto de la contravención de los principios de orden público, que sólo puede atribuirse al recurso a la gestación subrogada, según el *dictum* ya recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 272/2017, que también abre la vía al recurso a la institución de la adopción en casos especiales.

Por último, excluye el valor como principio de orden público internacional de los límites establecidos por el Derecho interno y, en particular, por el artículo 6 de la Ley nº . 184/1983, para el acceso a la adopción legitimante prevista sólo para las parejas heterosexuales casadas, y por la ley de uniones

---

de los Convenios sobre los derechos de la persona a los que Italia se ha adherido y con la contribución esencial de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Constitución y de las leyes ordinarias.

<sup>486</sup> Cass.11 enero 2013 nº 601, en *Foro it.*, 2013, 4, I, 1193, con nota de G. CASABURI.

<sup>487</sup> Véase Cass. 22 de junio de 2016 núm. 12692, citado anteriormente.

civiles, que no extendió el acceso a esta institución a las parejas unidas civilmente, pero dejó abierta la vía de la adopción no legitimante, en virtud de una concepción más inclusiva de los modelos relacionales y familiares, basada en una lectura evolutiva de artículos 2 Const. y del mismo artículo 9 Const.

El Tribunal Constitucional ha afirmado en repetidas ocasiones, la última en la sentencia nº 221/2019, que la "formación social", en cuyo ámbito el artículo 2 de la Constitución reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, abarca también las uniones entre personas del mismo sexo, entendidas como la convivencia estable entre dos personas del mismo sexo.

En virtud de estos principios, la Ley nº 76 de 20 de mayo de 2016 califica expresamente, en el apartado 1 del artículo 1, la unión civil entre personas del mismo sexo "como una formación social específica en el sentido de los artículos 2 y 3 de la Constitución". La vida familiar establecida por una unión estable de una pareja homoafectiva bien puede, por tanto, constituir un marco válido para el ejercicio de la paternidad, en función de la protección del interés preeminente del niño en la continuidad y la estabilidad afectivas y relacionales.

Pero el aspecto más significativo se refiere al reconocimiento de una fórmula adoptiva desconocida para el ordenamiento jurídico italiano, a la que las Secciones Unidas llegan a través de una reconstrucción de la noción de orden público internacional, realizada al hilo de la reciente jurisprudencia de legitimación y, en particular, de la sentencia de las mismas Secciones Unidas núm. 12193, de 8 de mayo de 2019<sup>488</sup>.

En efecto, el Tribunal de Casación consideró que el reconocimiento de la medida controvertida no producía efectos contrarios al orden público debido al interés preeminente del menor en la estabilidad familiar, respecto del cual

---

<sup>488</sup> Sobre la sentencia véase, entre otros, C. CAMPIGLIO, *Il procedimento di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di stato civile*, en *Riv. di Dir. Int.*, 2019, p. 1132 ss.; O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.) n. 12193/2019 tra " costituzionalizzazione attenuata " e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, *ivi*, 1137 ss.; S. TONOLO, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore «intenzionale»: i limiti nella formula di adattamento*, *ibid.* p. 1151 ss.; F. M. BUONAIUTI, *Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell'ordine pubblico*, in *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2019, 1075 y ss.

no operaba la *única* limitación considerada "constitucionalmente necesaria" por la jurisprudencia reciente, a saber, la de la dignidad humana, garantizada por las normas que prohíben recurrir a la maternidad subrogada.

De hecho, el presente asunto se refiere a una adopción legítima pronunciada con el consentimiento de los padres biológicos del menor, de forma totalmente ajena a la gestación por terceros.

En definitiva, según los jueces de la legitimación, tal y como están las cosas, la unión matrimonial -prevista en el artículo 29 de la Constitución, aunque constituye el modelo de relación familiar con mayor grado de protección jurídica- ya no identifica en relación con el *estatuto* parental, especialmente tras la reforma de la filiación, el modelo único (o el que se considera exclusivamente adecuado) para el nacimiento y paternidad de los hijos menores, y en consecuencia debe descartarse que pueda operar como límite al reconocimiento de los efectos de un acto que atribuye la paternidad adoptiva a una pareja homosexual, además unida en matrimonio.

De ahí la afirmación del principio de que no es contrario a los principios del orden público internacional reconocer los efectos de una resolución judicial extranjera de adopción de un menor por una pareja homoparental masculina que confiere *el estatuto* parental según el modelo de adopción plena o legitimadora, ya que el hecho de que la unidad familiar del menor adoptivo sea homoparental no constituye un obstáculo cuando se excluye la preexistencia de un acuerdo de maternidad subrogada como base de la filiación.

#### 6. ¿Existe el derecho a la adopción? Consideraciones sobre el derecho de adopción de las parejas del mismo sexo

En los casos en que el Tribunal de Menores evalúa una solicitud de adopción en supuestos especiales, ni el requisito del estado civil ni el de la heterosexualidad son elementos indispensables<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> Art. 44(3), l. n° 184/1983

Más bien, la investigación ordenada por el tribunal a través de los Servicios Sociales sobre determinados elementos<sup>490</sup> es decisiva para hacer realidad el interés superior del menor<sup>491</sup>.

Entre ellos, el apartado 3 del artículo 57 de la Ley nº 184/1983 menciona la idoneidad afectiva y la capacidad de los padres adoptivos para educar e instruir al menor (apartado a), los motivos de la adopción (apartado b), el entorno familiar de los padres adoptivos y otros.

Por lo tanto, debe descartarse que la orientación sexual de un solicitante de adopción con arreglo al artículo 44, letra d), de la Ley nº 184/1983 pueda constituir, en sí misma, un motivo de denegación de la solicitud.

En algunas UAT se afirma que la capacidad parental no se ve afectada por la homosexualidad y se describe al menor como sereno, equilibrado y consciente de la peculiaridad de su familia compuesta por dos progenitores del mismo sexo. En cada caso concreto extraído de la jurisprudencia, surge un fuerte vínculo entre el menor y el progenitor llamado "social", que con el tiempo se ha convertido en una figura de referencia insustituible.

Así pues, para la filiación es fundamental no sólo el vínculo biológico, sino también el cuidado, el apoyo moral y material y la asunción de los deberes parentales<sup>492</sup>.

Todos estos son elementos que, si son estables y duraderos, justifican el establecimiento de la condición de menor mediante la adopción en casos particulares.

---

<sup>490</sup> A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 161.

<sup>491</sup> Tal como se menciona expresamente en el apartado 2 del artículo 57 de la Ley nº 184/1983.

<sup>492</sup> Es significativo, a este respecto, citar el siguiente pasaje del informe de la CTU del Trib. per i minorenni Roma, núm. 299/2014, cit.: "[Es en el periodo de la infancia] cuando los menores construyen modelos internos de las representaciones, de las experiencias de relación que en realidad tienen lugar con la figura que más les ha cuidado desde su nacimiento y, por tanto, no necesariamente definible como progenitor, ni mucho menos perteneciente a una orientación sexual precisa. (...) Lo importante para el bienestar de los menores es la calidad del entorno familiar que les proporcionan sus padres, independientemente de que sean del mismo sexo o tengan la misma orientación". Según los jueces honorarios que participaron en la decisión del jurado, debe considerarse que: "El bienestar psicosocial de los miembros de los grupos familiares no está tan relacionado con la forma que adopta el grupo como con la calidad de los procesos y dinámicas relacionales que se promulgan en su seno. No son ni el número ni el sexo de los padres los que garantizan per se las mejores condiciones para el desarrollo del menor, sino su capacidad para asumir estos papeles y las responsabilidades educativas que de ellos se derivan [...]".

Ciertamente, la formalización de la relación a través *del estatuto* aplica de forma más incisiva los intereses del menor, garantizando un desarrollo más completo y una mayor conciencia, también en las relaciones con los demás y las instituciones, de su identidad<sup>493</sup>.

La cuestión es que, atendiendo al interés real del menor, la afectividad debe traer consigo la naturaleza jurídica del vínculo. Incluso la institución del matrimonio, bien mirado, descansa no en el sistema declarativo que connota su constitución, sino precisamente en la afectividad<sup>494</sup>.

Y es precisamente en aplicación del principio del interés superior del menor, iluminado por el marco legal antes mencionado, que se justifica el establecimiento de la condición de menor respecto de un adulto del mismo sexo que el progenitor. Partiendo de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe al homosexual ser padre. La homosexualidad no debe considerarse, *sic et simpliciter*, una fuente de prejuicios para el crecimiento equilibrado del menor<sup>495</sup>.

Una observación final. Todos los argumentos expuestos hasta ahora se centran en la posición del menor, pero no debe pasarse por alto el argumento - que sin duda habrá que estudiar a fondo en términos interdisciplinarios - de

---

<sup>493</sup> A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 164.

<sup>494</sup> P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, en A. BUSACCA (ed.), *La famiglia all'imperfetto?*, Nápoles, 2016, 276-279, señala cómo los efectos del matrimonio (por ejemplo: pensión, pensión de alimentos, permiso de residencia) "se resuelven siempre si la otra parte prueba la falta del sustrato material (facticidad de la convivencia), es decir, que se está en presencia de matrimonios (o uniones) sin familia".

<sup>495</sup> Según Cass., 11.1.2013, núm. 601, en *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570 ss., con nota de F. RUSCELLO, *¡Quando il pregiudizio è... in valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole a la madre omosessuale*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 10432 ss., con nota de C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*, "el fundamento de la queja del demandante no son certezas científicas o datos de la experiencia, sino el mero prejuicio de que es perjudicial para el desarrollo equilibrado del menor vivir en una familia centrada en una pareja homosexual". Esto da por sentado lo que en cambio hay que demostrar, a saber, la nocividad de ese contexto familiar para el menor". Véase también L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, en *Corr. giur.*, 7, 2013, 893 ss.

la prohibición de discriminación de las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales<sup>496</sup> en lo que respecta a la adopción<sup>497</sup>.

7. La adopción y el *interés superior del menor*: un modelo de paternidad que realmente tiene en cuenta las necesidades del menor.

El modelo contemporáneo de adopción, de origen ilustrado, es uniforme en cuanto a la finalidad social que persigue, es decir, la estricta prioridad concedida a la protección del interés superior del menor. Este modelo de adopción es, con diferencia, el principal en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos de los países de Europa Occidental y Norteamérica<sup>498</sup> : constituye el modelo básico.

---

<sup>496</sup> La jurisprudencia, por supuesto, en materia de estatuto siempre se ha centrado en la protección del menor. Es sin duda la mejor protección de esta última la que requiere la adopción en determinados casos, como se ha señalado. Sin embargo, el Tribunal de Menores de Roma no rehuyó, en deferencia a una sentencia del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, 15 de abril de 2010, núm. 138, en *Foro it.*, 2010, parte I, 1367 y ss., con nota de R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali ma non possono accedere al matrimonio*) una referencia significativa a la relevancia jurídica de la convivencia entre personas del mismo sexo y a la prohibición de discriminación de dichas parejas respecto de las parejas heterosexuales. F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di figlio*, en R. PANE (ed.), *Il nuovo diritto di famiglia*, Nápoles, 2015, 19 ss, concluye, tras una magistral interpretación del artículo 29.1 de la Constitución a la luz del sistema de la Carta Fundamental, que "No existe obstáculo alguno en nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento interpretativo de la naturaleza familiar de las relaciones afectivas estables de pareja, ya sean heterosexuales u homosexuales, así como de las relaciones que, en el marco de las denominadas familias recompuestas, existen entre el conviviente o cónyuge y los hijos del otro, situaciones aún no reguladas". En este sentido, el Tribunal de Menores de Roma, núm. 299/2014, cit., se remite al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 19.2.2013, caso X y otros c. Austria, demanda núm. 19010/2007, según la cual la ley austriaca es discriminatoria al permitir *la adopción por el segundo progenitor* a las parejas heterosexuales de hecho, mientras que la deniega a las parejas homosexuales (art. 14 en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). El TEDH afirma que "el gobierno austriaco no ha demostrado que la protección de la familia, entendida en el sentido tradicional, y los intereses del menor [requieran] la exclusión de las parejas del mismo sexo de la *adopción por un segundo progenitor*".

<sup>497</sup> A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 164.

<sup>498</sup> En Estados Unidos, sin embargo, parece que poco a poco se va distorsionando: de hecho, dudo mucho que se puedan incluir las adopciones privadas, las llamadas *adopciones independientes*, que ahora están muy extendidas.

*Ante todo*, la adopción es una institución concebida para dar una familia a un menor necesitado, y sólo en segundo lugar para dar un hijo a quienes no han tenido ninguno genéticamente propio<sup>499</sup>.

También tiene un efecto legitimador, es decir, sitúa irrevocablemente al menor en su nueva familia de acogida, otorgándole el mismo estatuto que a un hijo legítimo, tanto frente a los padres adoptivos como frente a sus parientes y familiares políticos; al mismo tiempo, rompe definitivamente toda relación jurídica con su familia de origen<sup>500</sup>. Puede tener lugar incluso si la familia ya tiene hijos legítimos.

La adopción constituye un instrumento de política social que requiere una cooperación muy estrecha entre la autoridad pública, cuyo primer deber es verificar que la adopción corresponde al interés superior del menor, y las partes privadas, es decir, las familias de acogida.

Expresa así el pleno éxito en la sociedad contemporánea de la idea de que la paternidad es ante todo psicológica y afectiva: ser padre no significa tanto transmitir la propia herencia genética como criar a un hijo, amarlo, educarlo, iniciarlo en la vida adulta<sup>501</sup>.

Sin embargo, si se profundiza y se articula más la descripción de este modelo, nos encontramos con una gran variedad de normas que regulan sus múltiples aspectos. A continuación, se fragmenta en una pluralidad de diferentes tipos de adopción, que divergen en muchos puntos, incluso de gran importancia: sin embargo, todos ellos son trazables a un único modelo<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, en G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, en *Trattato dir. fam.*, dirigido por P. ZATTI, II, Milán, 2012, 767 ss.

<sup>500</sup> Véase § 3, Sec. II de este Capítulo.

<sup>501</sup> L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit. 783.

<sup>502</sup> Para describir el modelo contemporáneo de adopción, me parece más productivo emplear, en lugar de la herramienta lógica del "concepto", la del "tipo", cuyos contornos sólo están determinados de forma aproximada. Sus rasgos característicos (a diferencia de los elementos esenciales de un concepto) no constituyen un número cerrado, por lo que no es necesario que todos estén siempre presentes (mientras que los elementos esenciales de un concepto sí deben estarlo). Para determinar la pertenencia al tipo, no sólo es decisiva la cantidad de rasgos caracterizadores presentes, sino también la intensidad con que se presenta cada uno de ellos (mientras que para determinar la pertenencia al concepto abstracto, sólo es relevante la presencia o ausencia de los elementos esenciales). El problema de la pertenencia o no pertenencia al tipo no se plantea, pues, en términos de alternativa seca (como en el caso del concepto abstracto), sino de gradualidad: el tipo, en otras palabras, es abierto: no indica rígidamente cuáles son los datos tipificadores y, por tanto, sus límites; por el contrario, el concepto abstracto es cerrado, ya que su ámbito de aplicación está estrictamente determinado

El hecho esencial, y es crucial subrayarlo, es que la adopción debe estar plenamente orientada a salvaguardar el interés superior del menor.

Por tanto, hay que modelarla para darle la familia de la que carece. Las normas que lo regulan no son más que meras modalidades técnicas para alcanzar de la mejor manera posible este fin: un mismo tipo de adopción puede subsumirse en el modelo contemporáneo si sus normas constituyen un conjunto normativo suficientemente coherente en sí mismo y racionalmente dirigido a perseguir la finalidad mencionada, teniendo en cuenta las múltiples circunstancias sociales en las que deben operar.

Las soluciones técnicas previstas por la ley, en definitiva, son los medios que permiten garantizar de la manera más eficaz -al menos según la intención- el interés del menor en las diversas situaciones históricas, geográficas, sociales y psicológicas. Por supuesto, es indispensable prever instrumentos adecuados para que la autoridad pública esté en condiciones de comprobar que, en casos concretos, se garantiza realmente este propósito<sup>503</sup>.

El modelo básico de adopción presenta hoy en todos los países una variante de la máxima importancia, que se distingue por el hecho de que el adoptado y el adoptante, en el momento de ser emparejados, son ciudadanos (y residentes) de naciones distintas: la adopción internacional. Se trata de un fenómeno que no deja de crecer en número y, a día de hoy, en todos los países europeos, la mayoría de las adopciones son ya de este tipo.

Muchos legisladores, como el italiano, establecen como principio que las adopciones nacionales e internacionales no tendrán entre sí más diferencias que las que, de carácter procesal, haga necesarias el hecho de que el menor a adoptar proceda de otro país, de modo que todo lo relativo a su adoptabilidad se decidirá por la autoridad de su país de origen y en aplicación de su ley<sup>504</sup>.

Sin embargo, se requiere una cuidadosa consideración precisamente por el hecho de que sólo la autoridad nacional del menor, en aplicación de su legislación nacional, tiene la posibilidad y el deber de determinar si el menor necesita ser criado por otra familia debido a la inadecuación de la suya.

---

por la lista de elementos esenciales que lo componen. Sobre la aplicación al Derecho del instrumento lógico del tipo véase, por todos, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padua, 1974, 121 y ss.

<sup>503</sup> L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit. 783.

<sup>504</sup> *Ibid.*, 784.

La adopción internacional sólo puede considerarse en el interés superior del menor de tener una familia y, por tanto, sólo puede incluirse plenamente en el modelo de adopción contemporáneo en un caso. La ley del país de origen del menor debe otorgar un papel central y decisivo en el proceso de adopción a la salvaguarda del interés superior del menor, no sólo en las declaraciones normativas sino especialmente en las prácticas operativas.

En otros casos, por el contrario, es inevitable que la adopción internacional acabe adoptando las características de una institución muy distinta también para los países de acogida, a pesar de las diferentes indicaciones de su legislación.

Corre un gran peligro de transformarse, además subrepticamente, en una institución en la que se distorsionen más o menos profundamente las características del modelo contemporáneo de adopción: una institución que acaba sirviendo sobre todo para dar un hijo a quienes no tienen genéticamente ninguno propio, mientras que la finalidad de dar una familia a un menor necesitado queda en un segundo plano, cuando no realmente olvidada<sup>505</sup>.

---

<sup>505</sup> *Ibid*, 785.

## Observaciones finales a la luz del análisis de las dos instituciones

A pesar del examen anterior, es evidente que las dos instituciones, a pesar de la constante referencia jurisprudencial al *interés superior del menor*, responden en realidad a *lógicas* diferentes.

En efecto, mientras que la procreación médicamente asistida opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de los adultos, dado que el menor a proteger ni siquiera existe, la adopción, prescindiendo por completo del momento de la procreación, opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de la persona menor de edad<sup>506</sup>.

Por lo tanto, esta institución responde a necesidades de "carácter evidentemente solidario"<sup>507</sup> y, como tal, "permite ir más allá de la importancia del dato biológico en la parentalidad precisamente para garantizar el cuidado y la protección de un menor de edad específico, compuesto por características físicas y psicológicas, necesidades materiales y existenciales"<sup>508</sup>.

Esta diferencia fue puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 221/2019, en la que se afirma que "la adopción [...] no tiene por objeto dar un hijo a una pareja, sino principalmente dar una familia al menor que carece de ella", dado que en el "caso de la adopción [...] el menor ya ha nacido y surge como especialmente merecedor de protección", a diferencia de la reproducción médicamente asistida, que tiene por objeto "dar un hijo que aún no ha llegado a existir a una pareja (o a un individuo), realizando sus aspiraciones parentales". En particular, este pronunciamiento tuvo el mérito de haber sometido a revisión crítica la "yuxtaposición engañosa" entre AMPA

---

<sup>506</sup> Tribunal Constitucional, 23 de octubre de 2019, núm. 221, cit. En la sentencia, el Tribunal Constitucional precisa que "la adopción [...] no tiene por objeto dar un hijo a una pareja, sino principalmente dar una familia a un menor que carece de ella", ya que "en el caso de la adopción [...] el menor ya ha nacido y surge como especialmente merecedor de protección", a diferencia de la PMA, que tiene por objeto "dar un hijo que aún no ha nacido a una pareja (o a un individuo), realizando sus aspiraciones parentales". Véase de nuevo G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*, en *Corr. Giur.*, 2019, 1469 ss.

<sup>507</sup> Véase de nuevo G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figliano c'è ancora un' spazio per i figli?*, cit., 5.

<sup>508</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*, cit., 1469 ss.

heteróloga y adopción, que, por otra parte, se había previsto en la decisión nº 162/2014.

Se trataba de una circunstancia que tenía importantes repercusiones aplicativas, ya que permitía al tribunal de justicia superar *la importancia asignada* por los peticionarios -de nuevo con vistas a una posible extensión a las parejas *del mismo sexo* de la PMA- a las "recientes orientaciones de la jurisprudencia común sobre las cuestiones de la adopción de menores por parejas del mismo sexo y el reconocimiento en Italia de los actos constituidos en el extranjero". En efecto, especialmente en relación con el primer enfoque, el Tribunal Constitucional ha subrayado, partiendo de la mencionada necesidad de protección del menor que subyace en las normas sobre adopción, que en la "hipótesis circunscrita de adopción no legitimante que se considera aplicable a las parejas del mismo sexo" debe tenerse en cuenta el "interés del propio menor en mantener relaciones afectivas ya establecidas y consolidadas de facto"<sup>509</sup>, Considerando que este aspecto, por supuesto, por todo lo que se ha observado anteriormente, no puede ser relevante en la hipótesis de PMA a favor de una pareja del mismo sexo, teniendo en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, "no existe" ningún menor que proteger.

El Tribunal Constitucional confirmó, como ya se había señalado anteriormente<sup>510</sup>, que si bien el interés superior del menor era a menudo evocado por nuestros jueces en relación con la cuestión de la homoparentalidad, ello se hacía principalmente para comprobar si la preservación de determinadas relaciones afectivas, ya desarrolladas a lo largo del tiempo, era o no funcional al pleno y sano desarrollo de la personalidad del menor<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> C. Const. nº 221, de 23 de octubre de 2019, citada anteriormente.

<sup>510</sup> G. RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne "adultocentriche" e scelte apparentemente "minorecentriche" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; Id, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"*, cit.; más en general, sobre la necesidad de "definir" el concepto de interés superior del menor, anclándolo al "derecho al desarrollo de la personalidad" del menor, Id, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, en *Rass. dir. civ.*, 2011, 1169.

<sup>511</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirerement'*, cit., 1469 ss.

En esta línea, considérese, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1296/2016<sup>512</sup>, que reafirmó, tras varias sentencias en este sentido<sup>513</sup>, que las personas del mismo sexo pueden recurrir a las denominadas adopciones en casos particulares al amparo del artículo 44, apartado 1, letra d, de la Ley núm. 184/1983, dado que esta "particular hipótesis normativa" tiene por objeto "reconocer jurídicamente, previa valoración rigurosa de la correspondencia de la elección con el interés superior del menor, a las relaciones afectivas continuadas de carácter estable establecidas en interés del menor, así como a la adopción de un menor objeto de una relación especial con el mismo sexo". 184/1983, dado que esta "particular hipótesis legislativa de la adopción" pretende "reconocer jurídicamente, previa comprobación rigurosa de la correspondencia de la elección con el interés superior del menor, las relaciones afectivas continuadas de carácter estable que se establezcan con el menor y que se caractericen por el cumplimiento de deberes de guarda, asistencia, cuidado y educación análogos a los de los progenitores".

A este respecto, también se señaló que el posible recurso a la adopción en tales casos no tendría por objeto "crear una nueva relación paterno-filial, sino tomar nota de una relación que ya existía y estaba establecida" en la vida del menor, y valorar su utilidad<sup>514</sup>.

Se trata, pues, de sentencias cuya *ratio decidendi* es garantizar, mediante la salvaguarda de relaciones positivas para el menor, un desarrollo armónico y completo del propio menor, considerado como un todo en todos sus

---

<sup>512</sup> En *Corr. Giur.*, 2016, 1203 ss., con comentarios de P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; y L. ATTADEMO, *La 'stepchild adoption' omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; en *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota de G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*.

<sup>513</sup> Sobre la tendencia generalizada a incluir en la "imposibilidad acreditada de acogimiento preadoptivo" a que se refiere el artículo 44.1.d) de la Ley 184/1983, no sólo los supuestos de imposibilidad material, sino también los de imposibilidad legal por inexistencia de estado de desamparo, con la consiguiente posibilidad de acceso a las denominadas adopciones en supuestos especiales incluso por parte de la *pareja*, aunque sea del mismo sexo que el progenitor, véase G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Nápoles, 2016, 104 y ss, y *en ella* amplia jurisprudencia y referencias doctrinales.

<sup>514</sup> App. Roma, sez. menores, 23 de diciembre de 2015, en [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it), con nota de Long, *Adoption in special cases of same-sex partner's child*.

componentes -afectivo, psicológico, físico, relacional y cultural-<sup>515</sup>, en las que, según el Tribunal<sup>516</sup>, "únicamente" se confirmó que "la orientación sexual de la pareja" no afecta "a la idoneidad de la persona para asumir la responsabilidad parental"<sup>517</sup>.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional en 2019, revisando algunas de las directrices anteriormente adoptadas<sup>518</sup>, despojó a la materia de esa peligrosa deriva "adultocéntrica", que conducía hacia la afirmación de un hipotético y al límite incierto "derecho absoluto a la paternidad", destinado a confundir las "necesidades" de los adultos con las de los menores de 18 años<sup>519</sup>.

En particular, el Tribunal señala que incluso la referencia a las uniones civiles, "como formación social específica en el sentido de los artículos 2 y 3 de la Constitución"<sup>520</sup>, no parece absolutamente dirimente para poder considerar un "derecho general a ser padres" que opere ahora en nuestro ordenamiento jurídico, en el bien entendido de que, como siempre ha precisado el Tribunal Constitucional a este respecto, la propia Constitución "no establece una noción de familia indisolublemente unida a la presencia de hijos"<sup>521</sup>.

---

<sup>515</sup> En relación con este planteamiento, véase G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, en *Dir. Fam. pers.*, 2012, 1295 y ss.; Id, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., 1475 y ss.

<sup>516</sup> En concreto, a este respecto, el Tribunal Constitucional se refirió, entre otras, a una de las primeras resoluciones en este sentido: Cass. 11 de enero de 2013, núm. 601, en *Corr. Giur.*, 2013, 893 y ss, con una nota de L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, que, al reafirmar la custodia exclusiva de la prole a la madre que convivía con otra mujer partiendo del supuesto de que su orientación sexual no podía ser relevante a efectos de la elegibilidad parental, estigmatizó las orientaciones contrarias a ese planteamiento, que, prescindiendo de "certezas científicas o datos de la experiencia", se basaban exclusivamente en "el mero prejuicio de que es perjudicial para el desarrollo equilibrado del menor vivir en una familia centrada en una pareja homosexual".

<sup>517</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirerement'*, cit., 1469 ss.

<sup>518</sup> Se hace referencia, en particular, al Tribunal Constitucional 162/2014.

<sup>519</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirerement'*, cit., 1469 ss.

<sup>520</sup> Art. 1 l. n. 76/2016.

<sup>521</sup> Para una reflexión articulada sobre las interferencias entre los desarrollos más recientes del Derecho de familia y el marco de las relaciones familiares que se encuentra en la Constitución, L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, en *Giust. civ.*, 2018, 245 y ss, donde se observa que "los años más recientes se han caracterizado, en efecto, por una evolución del Derecho de las

Y, sin embargo, aunque se abogue por esta tesis, considerando que no existe un "derecho absoluto a la paternidad", se tiende a admitir un "derecho a procrear" constitucionalmente relevante o, al menos, "un derecho a ver protegidos los derechos subyacentes al momento procreativo"<sup>522</sup>.

Desde esta perspectiva, si se acepta que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y protege el derecho a la procreación (es decir, el derecho a la autodeterminación en las opciones procreativas), la pregunta que el jurista está llamado a responder es si es razonable la ponderación de derechos operada por el legislador al prohibir el acceso a la PMA a determinadas categorías de sujetos.

En particular, el caso de las mujeres solteras y de las parejas del mismo sexo formadas por dos mujeres no parece presentar una diferencia clara con el de las parejas heterosexuales que, al ser absolutamente infértiles, recurren a la práctica de la fecundación heteróloga; así pues, el único interés que se opone a la plena realización del derecho a procrear mediante el recurso a las técnicas de fecundación asistida es el interés del menor en la doble filiación. Sin embargo, como ya hemos visto, este interés no parece ser absoluto, sino que su protección queda a discreción del legislador. En cambio, en el caso de los hombres solos o de las parejas del mismo sexo formadas por dos hombres, entra en juego el derecho a la integridad física y psíquica de la mujer embarazada, partícipe necesaria del proyecto parental de la pareja. Y es precisamente el interés de la mujer el que subyace a la prohibición de llevar a cabo, organizar y publicitar la maternidad subrogada consagrada en el artículo 12, apartado 6, de la Ley nº 40 de 2004, prohibición absoluta que afecta tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales. La jurisprudencia nacional ha reiterado en varias ocasiones que la prohibición de la maternidad subrogada es una cuestión de orden público internacional y se basa en la dignidad humana -protegida constitucionalmente- de la mujer gestante<sup>523</sup>.

---

relaciones familiares que -con vistas a preservar una pluralidad de intereses establecida a lo largo del tiempo- ha sancionado la superación, al menos parcial, del marco constitucional que, por lo que respecta al contenido de los artículos 29 y 30, muestra una cierta antigüedad".

<sup>522</sup> B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 737 y ss.

<sup>523</sup> Cass., 11 de noviembre de 2014, n. 24001, en *Il Corriere giuridico*, 4, 2015, 471 y ss., con nota de A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, quien subraya cómo la maternidad subrogada implica la disposición del cuerpo de la mujer y, al asociarse a un acuerdo que precede al embarazo, "implica no un mero acto

Así, en esta segunda hipótesis, el equilibrio se establece entre dos intereses de importancia constitucional, de modo que el sacrificio del derecho a la autodeterminación se justifica por la necesidad de proteger la salud y la dignidad humana de la madre subrogada.

Lo que se desprende de lo dicho anteriormente es cómo, especialmente tras la caída de la prohibición de la fecundación heteróloga, los argumentos que apoyan la prohibición de la PMA para las parejas y personas homosexuales (más concretamente para las mujeres que entran en estas categorías) son débiles y se centran en el presunto interés del menor en la doble paternidad. Es probablemente este mismo perfil el que impide la superación de esta presunción, superación que permitiría la apertura de los procedimientos de adopción en nuestro ordenamiento jurídico pero, inevitablemente, también la ampliación del acceso a las técnicas de fecundación asistida. Este segundo paso puede no ser automático sólo en la medida en que nos replanteemos la forma de ver el derecho a procrear.

---

de disposición del propio cuerpo, sino la obligación de disponer del propio cuerpo, es decir, de quedarse embarazada y de ceder a terceros el recién nacido". Tal obligación instrumentaliza el cuerpo femenino porque degrada a la mujer a medio exclusivo para satisfacer los fines de otros. Por tanto, la cuestión no es la onerosidad de la práctica. Aunque sea gratuita, la maternidad subrogada convierte a la mujer en un medio para realizar el proyecto parental de otros. Si luego resulta onerosa, se une a la comercialización del cuerpo humano, prohibida por el artículo 21 del Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina y por el artículo 3, apartado 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". Tribunal de Monza, 27 de octubre de 1989, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1990, 355 y ss., con nota de M. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*. En aquella ocasión, el Tribunal de Monza había precisado que "el acto de disponer del propio cuerpo, implícito en el contrato de maternidad, aun cuando no cause una disminución permanente de la integridad física de la mujer -absolutamente injustificable en este caso- y sea subsanado por un consentimiento posterior, válidamente expresado, nunca puede considerarse objeto de una obligación previa por parte de la legitimada, de realizarlo o permitir que otros lo realicen sobre ella y es, en todo caso, contrario a la ley, al orden público y, al menos en caso de onerosidad, también a las buenas costumbres (art. 5 del Código Civil)". En el sentido de reconocer la licitud del contrato de maternidad por sustitución, antes de la entrada en vigor de la ley nº 40/2004, el Tribunal de Roma, ord. 17 de febrero de 2000, en *Famiglia e Diritto*, 2, 2000, 152 ss, con notas de M. DOGLIOTTI y G. CASSANO, QUIEN había afirmado que "es cierto que la conciencia moral y social no puede permitir la mercantilización de una función tan elevada y delicada como la maternidad, que entraña una gravísima lesión de la dignidad de la persona amada, pero esta afirmación debe ponerse en tela de juicio cuando el consentimiento para la utilización del útero viene determinado, como en el caso que nos ocupa, por razones de solidaridad y concedido por un espíritu de liberalidad". En doctrina, una apertura hacia la maternidad por sustitución se muestra en P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, en *Trattato di diritto di famiglia*, dirigido por P. ZATTI, I, Giuffrè, Milán, 2011, 69 ss.

De hecho, al admitir un efectivo "derecho absoluto de los menores a tener una familia" y no un "derecho absoluto a ser padres", y dado que la inclusión en una familia homoparental o monoparental no afecta a priori negativamente al desarrollo y formación del menor, cabría pensar que el Legislador abriera el procedimiento de adopción a solteros y parejas del mismo sexo en interés del menor<sup>524</sup> .

---

<sup>524</sup> En este sentido, B. LIBERALI, *L'adozione dei singoli e delle coppie omosessuali*, en [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2013. Véase también P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 142 y ss., quien observa que la orientación sexual de los progenitores puede considerarse como una variable significativa, pero en sí misma no negativa, en el modo en que será la futura familia de los hijos y, en este sentido, reclama una reforma del Derecho de familia.

## Capítulo III

### Aún quedan preguntas abiertas sobre el procreación artificial en Italia: subrogación.

Resumen: 1. La maternidad subrogada entre la ciencia, la ética y el derecho – 2. El marco jurídico europeo y mundial: breve panorámica – 2.1 Legislación en Italia: la Ley 40/2004 y la prohibición de la maternidad subrogada – 2.2. ..y en las relaciones con Estados extranjeros – 3. La jurisprudencia supranacional del CEDH (*Labasse y Mennesson v. Francia, Paradiso y Campanelli v. Italia, D.B y otros contra Suiza*) – 4. La relación de negociación entre la pareja que encarga el trabajo y la madre embarazada – 5. Subrogación por maternidad e interés real del menor – 6. Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: la hipótesis de la llamada maternidad subrogada altruista – 7. La posición del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de la maternidad subrogada (Tribunal Constitucional núm. 272/2017) – 8. Breves observaciones finales y últimas reflexiones del Tribunal Constitucional sobre la cuestión del *status filiationis* (Tribunal Constitucional núm. 33/2021 núm. 79/2022)

1. La maternidad subrogada entre la ciencia, la ética y el derecho

El fenómeno de la maternidad subrogada<sup>525</sup> - expresamente prohibida en Italia en *virtud* del artículo 12, apartado 6, de la Ley 40/2004<sup>526</sup> - surge dentro de la debatida cuestión de la procreación médicamente asistida, cuyas técnicas se utilizan también para realizar casos particulares de colaboración procreadora por parte de una mujer que no forma parte de la pareja y que se ofrece, a cambio de una remuneración o de forma gratuita, a llevar a término la gestación cediendo su propio material genético<sup>527</sup>. Es lo que se conoce como maternidad subrogada, definida como "la maternidad de aquellas mujeres que se ofrecen a tener un embarazo y gestar un hijo no para ellas, sino para otra mujer<sup>528</sup>".

A veces, el concepto de maternidad subrogada se utiliza erróneamente<sup>529</sup> para referirse a todos los casos que engloba.

---

<sup>525</sup> El fenómeno que nos ocupa tiene orígenes muy antiguos: Basta pensar en la historia bíblica de Sara, esposa de Abraham, que, al no poder procrear por razones de edad, pide a la esclava Agardi que se una a su marido para asegurarse la descendencia; Por otra parte, ya en la antigua Roma estaba muy extendida la práctica *del ventrem locare*, por la que un hombre entregaba su esposa a un amigo, casado con una mujer estéril, y luego la recuperaba inmediatamente después del parto, como en la famosa historia de Catón el Uticense, que entregó a su esposa Marthia a su amigo Hortensius Orto, para que éste también pudiera asegurarse un hijo. Cf. P. GRIMALDI, *La maternità surrogata tra bioetica e diritto*, en *Paradoxa*, 3, 2017, 53-65, espec. 53-54.

<sup>526</sup> Se trata de la única disposición que aborda la maternidad subrogada prohibiéndola y castigándola penalmente, lo que resulta ciertamente excesivo no sólo por la naturaleza y el alcance de la pena (prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 euros a 1 millón de euros), sino también por el amplio abanico de personas responsables (padres comitentes, madres de alquiler, operadores y organizadores). El texto, sin embargo, carece de una definición de maternidad subrogada: por una parte, por tanto, la disposición se presta a una oposición absoluta a la práctica (incluso, por ejemplo, cuando se trata de maternidad solidaria, realizada por espíritu de solidaridad); por otra parte, plantea cuestiones de interpretación, relativas al alcance de su ilicitud, que no son fáciles de resolver. El vacío normativo para el resto es total: ninguna disposición, entre otras cosas, indica cuáles son los efectos, más allá de las sanciones, de las posibles relaciones sustitutorias (para estas observaciones véase, entre otros, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, en S. RODOTÀ, P. ZATTI (ed.), cit., 1490).

<sup>527</sup> S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 50.

<sup>528</sup> I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 1.

<sup>529</sup> Para la calificación terminológica, se han utilizado diversas definiciones: maternidad subrogada, contrato de maternidad, maternidad por sustitución, gestación por cuenta ajena, acuerdos reproductivos, donación de vientre. Es evidente que el lenguaje también desempeña un papel, ya que la primera manipulación del pensamiento se produce a través de las palabras. Decir "gestación para otros" es muy distinto de decir "vientre de alquiler". El concepto de alquiler conlleva la idea, de hecho, del objeto y del comercio, mientras que la definición "para los demás" nos orienta hacia una positividad buenista que hace que esta condición no sólo sea aceptable, sino también deseable. La definición "gestación subrogada" es la más

De hecho, dentro de esta práctica se pueden distinguir al menos tres fenómenos diferentes: la llamada donación de óvulos, la maternidad subrogada sólo por gestación (llamada gestación por cuenta ajena o maternidad subrogada de alquiler) y la maternidad subrogada por concepción y gestación, considerada por algunos como maternidad subrogada propiamente dicha<sup>530</sup>.

La donación de óvulos se produce cuando el ovocito de una mujer es fecundado con el espermatozoide de la pareja de otra mujer, que no puede concebir de forma independiente, y posteriormente se implanta en el útero de esta última, que va a llevar el embarazo a término; En tal caso, la maternidad subrogada adopta la forma de desdoblamiento de la figura de la madre biológica de la figura de la madre uterina y social, figuras que luego se subsumirán y unirán en la misma persona, es decir, la que lleva a término el embarazo y da a luz<sup>531</sup>.

Muy distinta es la hipótesis relativa a la denominada gestación por cuenta ajena, en la que una pareja comitente proporciona a una tercera mujer su propio material genético obtenido mediante fecundación in vitro<sup>532</sup> y ésta única y exclusivamente lleva a término un embarazo y da a luz a un menor cuyo material genético le es completamente ajeno.

En concreto, la gestación subrogada puede ser "homóloga", si el embrión implantado en el útero de la madre de alquiler es fruto del material biológico de la pareja comitente, o "heteróloga", si existe la aportación genética de un sujeto ajeno a la pareja.

Gestación subrogada por concepción y gestación<sup>533</sup> se produce cuando una mujer lleva a término un embarazo en nombre de un tercero, prestando

---

extendida y tiene su origen en el caso "Baby M.", sometido al Tribunal Superior de Nueva Jersey (en *Foro it.*, 1988, IV, c. 97). L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, en *Dir. Fam. Pers.*, 1, 2017, 139 y ss.

<sup>530</sup> G. BALDINI, G. CASSANO (eds.), *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, Milán, 2002, 215; véase también R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 153.

<sup>531</sup> *Ibid.*, 154.

<sup>532</sup> Para la definición de fecundación in vitro, véase el apartado 1 de la sección I del capítulo I.

<sup>533</sup> También hay que señalar que la maternidad subrogada por concepción y gestación es necesariamente una "maternidad subrogada heteróloga", ya que la madre "portadora" (también llamada madre de alquiler o subrogada o madre uterina), en este caso, antes de "prestar" su vientre para la gestación, pone a disposición sus óvulos para que puedan ser fecundados con el espermatozoide del varón de la pareja comitente. En cambio, la maternidad

también su propio material genético; el embrión<sup>534</sup>, que, tras desarrollarse, nacerá, es pues el resultado de la fusión del ovocito de la propia madre con el semen masculino de otra persona<sup>535</sup>.

En definitiva, bien podemos afirmar que la gestación para otros aparece como un caso compuesto con formación progresiva, resultado de la sucesión e integración de dos momentos distintos: la inseminación artificial propiamente dicha (que, como acabamos de ver, puede ser homóloga o heteróloga) y la ulterior *locatio ventris*.

La necesaria participación de un tercero ajeno a la futura pareja parental - la madre gestacional- pone de relieve que la práctica de la gestación por cuenta ajena es un caso distinto de la procreación médicamente asistida.

---

subrogada sólo por gestación puede ser "homóloga" (en cuyo caso la madre subrogada acoge un embrión formado a partir de los gametos aportados por los padres naturales) o "heteróloga" (en cuyo caso el embrión que se implanta en el útero de la madre subrogada es fruto del encuentro entre el gameto de un miembro de la pareja solicitante y el de un tercer donante de esperma o de óvulos). En el marco de la *maternidad subrogada* "heteróloga", todavía puede darse el caso de que los gametos de los que procede el embrión implantado en el vientre de la madre subrogada sean proporcionados por terceras personas, ajenas tanto a la pareja comitente como a la propia madre subrogada, M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, en *Giur. Merito*, II, 2010, 358 y ss.

<sup>534</sup> En términos puramente obstétricos, técnicamente, el embrión representa el producto de la concepción, hasta el final del tercer mes de embarazo. El embrión es, pues, un organismo en las primeras fases de su desarrollo, que comienza con la fecundación del ovocito, que se transforma en cigoto, mediante un fenómeno conocido como embriogénesis. De hecho, encontrar una respuesta a la pregunta de qué es el embrión para el Derecho es especialmente complejo. No es éste el lugar para profundizar en esta compleja cuestión, por lo que le remitimos a las observaciones de G. FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, en G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, XI y ss., quien escribe que "el nacimiento y la muerte ya no parecen definibles, como todavía parece hacerlo el código civil, en términos de acontecimientos instantáneos, sino que se manifiestan como procesos en el curso de los cuales resulta cada vez más difícil encontrar ese momento fatal que marca la frontera entre el ser y el no ser". Véanse también las consideraciones de C. M. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2002, 119 y ss., quien subraya cómo "el jurista sólo recientemente ha incorporado las expresiones "embrión" y "feto" a su patrimonio lingüístico, tomándolas de las ciencias biológicas. (...) El jurista, antes de su encuentro con las cuestiones bioéticas de las últimas décadas, utilizaba y sigue utilizando las palabras "concebido" y "menor por nacer"; expresiones que se encuentran en el código civil y que indican una especie de expectativa de adquisición de capacidad jurídica y de titularidad de derechos. Se trata de expresiones más genéricas desde el punto de vista biológico, porque se detienen en el primer caso en la afirmación del acto de la fecundación y no en el momento de la gestación; y en el segundo caso en la posibilidad de un futuro nacimiento".

<sup>535</sup> Véase R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., 154.

Igualmente diferentes -a pesar de los muchos aspectos en común- son las cuestiones jurídicas subyacentes a ambas instituciones, razón por la cual la maternidad subrogada tiende a asumir, dentro de los ordenamientos jurídicos modernos, una relevancia y una fisonomía autónomas también desde el punto de vista jurídico<sup>536</sup>. Se trata, por tanto, de un fenómeno de gran complejidad, tanto desde el punto de vista jurídico como ético y moral.

En el ordenamiento jurídico italiano, hay dos perfiles especialmente problemáticos: la validez de los acuerdos de maternidad subrogada y el establecimiento de la maternidad<sup>537</sup>.

Por lo que respecta a los acuerdos de maternidad subrogada, la opinión predominante entre los estudiosos ha mostrado una fuerte resistencia a reconocer su validez, por tratarse de prácticas que entran en conflicto con las disposiciones codificadas de los artículos 5 y 269 del Código Civil<sup>538</sup>.

En particular, se consideró que el artículo 5 del Código Civil, que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo "cuando sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres", debía aplicarse a cualquier caso relacionado con el cuerpo humano, incluida la puesta a disposición, gratuita u onerosa, del cuerpo de otra mujer con fines procreativos<sup>539</sup>.

Por ello, la doctrina mayoritaria considera que es contrario a la ley, a la moral y al orden público<sup>540</sup> siempre que se celebre un acuerdo de gestación subrogada, en todas sus posibles variantes<sup>541</sup>.

En cuanto, por otra parte, a la creación de relaciones de filiación entre la madre y el feto en función del acontecimiento posterior del parto, desde un

---

<sup>536</sup> B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, en *Derecho Civil Contemporáneo*, 3, 2014.

<sup>537</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 441; así como G. CAPIZZI, *Questioni vecchi e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronostoria*, en *BioLaw Journal*, 2, 2014, 111 y ss.

<sup>538</sup> Sobre este punto, véase D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo (voce)*, en *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1998, 34; V. RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1989, 168 y ss.

<sup>539</sup> En este sentido, M. DOGLIOTTI, *L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato nazionale per la bioetica*, en *Fam. Dir.*, 1994, 554 y G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 444.

<sup>540</sup> Art. 5 del Código Civil, subdividido en Actos de disposición del propio cuerpo, que establece: "Se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo cuando causen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres".

<sup>541</sup> Sobre este punto I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 36 ss.

punto de vista codicístico existe el art. 269, párrafo 3 del Código Civil, que atribuye expresamente la cualidad de madre a la mujer que efectivamente llevó adelante el embarazo, dando a luz al recién nacido (es decir, a la "madre gestacional")<sup>542</sup>, vínculo etiológico implícitamente reconocido también en los arts. 231 y ss. del Código Civil, así como en las normas contenidas en la Ordenanza del Registro Civil<sup>543</sup>. Sin embargo, se trata de disposiciones promulgadas en una época de la historia en la que no cabía imaginar la posibilidad de que un embarazo fuera materialmente llevado a cabo por una mujer distinta de la que aportaba el material genético ("madre biológica"). En algunos casos límite, también se ha considerado que el delito de alteración de estado, contemplado en el artículo 567.2 del Código Penal, puede cometerse si se solicita la transcripción de la partida de nacimiento, figurando como madre a todos los efectos la que dio a luz<sup>544</sup>.

Por ello, la orientación de que la relación de maternidad se establece sólo con la madre gestacional, que llevó adelante el embarazo dando a luz al recién nacido, ha sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, como se verá a continuación.

Sólo cabe mencionar que, a día de hoy, la parentalidad es independiente del vínculo puramente biológico entre padres e hijos, siendo también relevante la denominada "parentalidad social"<sup>545</sup>, es decir, las relaciones que se establecen a la luz de los nuevos modelos familiares.

## 2. El marco jurídico europeo y mundial: breve panorámica

En cuanto a la gestación subrogada, el panorama internacional no puede ser más variado, ya que en algunos países la práctica está permitida y regulada, mientras que en otros está prohibida por ilegal<sup>546</sup>.

---

<sup>542</sup> Art. 269 del Código Civil: "La maternidad se probará acreditando la identidad del que se afirma que es el hijo y del que fue parido por la mujer que se afirma que es la madre".

<sup>543</sup> Artículos 29, 30, 31 y 32 del Real Decreto n° 1238 de 9 de julio de 1939, revisado y simplificado por el Decreto Presidencial n° 396 de 3 de noviembre de 2000.

<sup>544</sup> T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2015, 418 y ss.

<sup>545</sup> Sobre este tema, véase el apartado 3.2. del Capítulo I.

<sup>546</sup> Para un análisis en profundidad del fenómeno a escala internacional, véase el apartado

Por lo tanto, referirse de forma general a la maternidad subrogada internacional puede inducir a error, ya que refleja la imagen de una realidad única y homoparental que no se ajusta a las conclusiones del estudio realizado en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>547</sup>.

De hecho, no existe un régimen jurídico para la maternidad subrogada internacional.

Por el contrario, existe un mosaico de diferentes respuestas reguladoras nacionales que permiten, en mayor o menor medida, la sustitución de la maternidad. La práctica internacional se injerta en las soluciones locales, sobre las que construye una *red* profesional.

La maternidad subrogada es, por tanto, un fenómeno transnacional, que aprovecha los pliegues de dos o más ordenamientos jurídicos nacionales para alcanzar sus objetivos<sup>548</sup>.

El panorama mundial es muy diverso. En Rusia<sup>549</sup>, India<sup>550</sup> y Reino Unido, los acuerdos de gestación subrogada están permitidos y regulados por normativas especiales. En cambio, en algunos países de Estados Unidos y Australia sólo se han introducido directrices. De nuevo, en Bélgica, Finlandia y Grecia se consideran válidos tales acuerdos en ausencia de legislación específica<sup>551</sup>.

Desde la perspectiva de la UE, la Unión Europea, aunque intenta fomentar la libre circulación de los ciudadanos, aún está lejos de armonizar las normas de Derecho de familia en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En efecto, aunque en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, toda pareja tiene derecho a procrear un hijo y a recurrir a métodos artificiales de reproducción, los Estados pueden regular de

---

#### 5.1. Capítulo IV.

<sup>547</sup> Oficina Permanente, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising out of International Surrogacy Agreements*, Prel. Doc. N° 3C, 2014.

<sup>548</sup> K. TRILHA SCHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, en *GenIUS*, 1, 2020, 2.

<sup>549</sup> La Ley Federal sobre "Principios de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa" entró en vigor el 1 de enero de 2012.

<sup>550</sup> En India, las primeras directrices sobre gestación subrogada fueron establecidas por el Ministerio de Sanidad y *Bienestar Familiar* en 2002, actualizadas posteriormente en 2005.

<sup>551</sup> A. M. FASANO, *La maternità per sostituzione e i diritti dei figli intenzionali*, en P. CENDON (ed.), *Persona e Danno*, 10 de febrero de 2015, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

forma autónoma la procreación asistida y prohibir determinados métodos de reproducción en las condiciones establecidas también en el artículo 8 del CEDH, apartado 2<sup>552</sup>.

En cualquier caso, existe una aversión generalizada a la maternidad subrogada, sobre todo cuando va acompañada de un acuerdo patrimonial<sup>553</sup>.

Dicho esto, los distintos Estados han legislado libremente sobre este punto, dictando disciplinas que en muchos casos son incluso antitéticas.

En Austria y Alemania existe una prohibición explícita<sup>554</sup>. En Noruega, aunque no existe una normativa específica, la prohibición se esconde tras la ilegalidad prevista de dar ovocitos a la mujer que presta su útero<sup>555</sup>. En Suiza, cualquier tipo de donación de embriones y gestación subrogada está expresamente prohibida para proteger la dignidad de la madre de alquiler y del feto<sup>556</sup>. Francia, por su parte, aunque permite la donación de óvulos, excluye el alquiler de úteros, y además prevé una sanción penal tanto para la madre subrogada como para los padres de alquiler<sup>557</sup>.

En España, es el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 2 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el que -al igual que en Italia- prohíbe la maternidad subrogada, estableciendo en particular que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se acuerde la gestación, remunerada o no, de una mujer que renuncie a la filiación materna en beneficio del contratante o de un tercero.<sup>558</sup> En Inglaterra, por otra parte, a raíz del "*Informe*

---

<sup>552</sup> Artículo 8 del CEDH: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

<sup>553</sup> C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, en *Fam. dir.*, 8-9, 2017, 825 y ss. espec. 827.

<sup>554</sup> L. n° 293/1992, art. 3, para Austria; L. 13 de diciembre de 1990, art. 1, apdo. 7, para Alemania.

<sup>555</sup> Ley de 12 de julio de 1987, art. 11.

<sup>556</sup> Art. 119 párrafo 2 (d) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza.

<sup>557</sup> La Ley n° 94-653 de 29 de julio de 1984, que introdujo el artículo 16/7 en el Código Civil, según el cual es nulo todo acuerdo relativo a la procreación o al embarazo en nombre de otra persona, y añadió al artículo 227-13 del Código Penal un tercer párrafo que estipula que es delito actuar como intermediario entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte llevar al menor en su cuerpo y entregárselo después a la pareja.

<sup>558</sup> A. BATUECAS CALETRIO, *La inscripción en el registro civil español de los hijos nacidos*

*del Comité de Investigación sobre Fecundación Humana y Embriología"*, el 16 de julio de 1985 se elaboró la primera ley orgánica sobre maternidad subrogada<sup>559</sup>, en la que se reconocía la utilidad de este instrumento para resolver el problema de la esterilidad y la infertilidad humanas.

## 2.1 La legislación en Italia: Ley 40/2004 y prohibición de la maternidad subrogada

En el ordenamiento jurídico italiano, la práctica en cuestión está expresamente prohibida por el artículo 12, apartado 6, de la Ley n° 40, de 19 de febrero de 2004, que, además de sancionar su prohibición, prevé una sanción penal concreta en caso de transgresión<sup>560</sup>.

El apartado 6 del artículo 12 de la Ley 40/2004 establece claramente que "será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros el que, bajo cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada". Como se analizará en el § 6, el Tribunal Constitucional ha reiterado la prohibición en varias ocasiones.

De hecho, ya en la Sentencia núm. 162 de 2014<sup>561</sup> el Tribunal, al declarar ilegítima la prohibición de utilizar técnicas de procreación médicamente asistida heterólogas en presencia de una patología que provoque esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible, precisó que la norma que prohíbe la maternidad subrogada "no se ve afectada en modo alguno y en ningún punto por esta sentencia, por lo que mantiene su vigencia y eficacia"<sup>562</sup>.

---

*por gestación subrogada en el extranjero*, en *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, 1155. Asimismo, precisa que la norma en cuestión indica que la relación de filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada vendrá determinada por el nacimiento, sin perjuicio de la posible declaración judicial de paternidad por parte del padre biológico.

<sup>559</sup> La *Ley de Acuerdos de Gestación Subrogada*: permite los acuerdos de gestación subrogada, siempre que sean gratuitos y las partes de dichos acuerdos sean los propios padres comitentes y el voluntario; también prevé la responsabilidad penal por cualquier forma de actividad comercial y de intermediación.

<sup>560</sup> Todo ello, a la luz de las valoraciones éticas y jurídicas negativas expresadas reiteradamente por el Comité Nacional de Bioética y el Consejo Nacional de la Federación de la "Orden de Médicos", que prohíbe expresamente la maternidad subrogada en el artículo 42 del código deontológico.

<sup>561</sup> Tribunal Constitucional 10 de junio de 2014, n° 162 citado anteriormente.

<sup>562</sup> *Ibid.*

El acuerdo de maternidad subrogada contraviene las normas imperativas<sup>563</sup> y, por tanto, habida cuenta del principio consagrado en el artículo 269, apartado 3, del Código Civil, según el cual la maternidad sólo se atribuye a la mujer que da a luz, los acuerdos de maternidad subrogada carecen de efectos constitutivos frente a los padres comitentes.

Sin embargo, esta prohibición implicaba y sigue implicando varios riesgos e incertidumbres.

*En primer lugar*, existe el peligro de que los padres comitentes eludan la estricta prohibición nacional mediante el turismo procreativo.

Además, estos últimos corren el riesgo de verse implicados en un proceso penal y de ser privados de la responsabilidad parental una vez que regresen a Italia.

Por último, el riesgo más relevante, atendiendo al interés del menor, es que éste sufra una declaración de desamparo y se le niegue no sólo el vínculo parental, sino también y sobre todo los derechos de ciudadanía<sup>564</sup>.

## 2.2 ...y en relaciones con Estados extranjeros

La Ley nº 40/2004 no regula la legalidad o no de la gestación subrogada realizada en el extranjero por ciudadanos italianos. En efecto, la ley no legisla sobre la transcripción de los actos extranjeros destinados a reconocer la legalidad de los casos relativos a la maternidad subrogada.

Esta cuestión - abordada varias veces en el curso del debate<sup>565</sup> - plantea diversos problemas complejos de Derecho internacional privado. La doctrina y la jurisprudencia italianas y europeas llevan tiempo debatiendo la cuestión, ya que el fenómeno, en el que intervienen los distintos conceptos de

---

<sup>563</sup> Ello, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1343 del Código Civil según el cual la causa de un contrato es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, con la consecuencia de que todo el contrato devendría ilícito y sancionado por la ley con nulidad *conforme al* artículo 1418.1 del Código Civil.

<sup>564</sup> C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, cit., 828.

<sup>565</sup> El problema de la transcribibilidad de los actos extranjeros destinados a reconocer la legalidad de supuestos no admitidos en Italia se ha abordado varias veces en el curso del debate. Remítase, por tanto, al § 6 de la Sección I del Capítulo II en relación con el reconocimiento de la paternidad de las parejas del mismo sexo que hayan recurrido a la procreación heteróloga médicamente asistida, y al § 5 para las normas sobre el reconocimiento de las resoluciones de adopción dictadas en países extranjeros.

paternidad biológica, paternidad genética y paternidad social, crea incertidumbre en cuanto al reconocimiento del *estatuto* jurídico y la nacionalidad de un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada<sup>566</sup>.

En 1989, el Comité de Expertos sobre Avances en Ciencias Biomédicas, creado a nivel europeo, presentó un "Informe sobre Procreación Médicamente Asistida", en el que reconocía la opción de que los Estados miembros permitieran la maternidad subrogada de forma gratuita, aunque la madre de alquiler pudiera quedarse con el menor. Sin embargo, como ya se ha dicho, la mayoría de los Estados europeos no permiten actualmente esta práctica.

A pesar de la tendencia a la cerrazón hacia la institución, la existencia de algunas legislaciones en las que se legitima recurrir a esta práctica ha propiciado el mencionado fenómeno del turismo procreativo y la proliferación de acuerdos transnacionales en la materia<sup>567</sup>.

Precisamente a la luz de estos acuerdos, en varios países de la UE, incluidos los que no admiten la práctica de la maternidad subrogada en su ordenamiento jurídico, se ha reconocido la posibilidad de que la pareja comitente obtenga el reconocimiento del vínculo filial con el hijo nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada a través de un procedimiento de *exequatur* de la medida dictada en el Estado extranjero o de la simple transcripción de la partida de nacimiento allí extendida<sup>568</sup>.

Por lo que respecta a Italia, los acuerdos de maternidad subrogada y las subsiguientes solicitudes de transcripción de partidas de nacimiento dieron lugar a procedimientos penales que condujeron, contradictoriamente, en algunos casos, a una condena por alteración del estado civil (y a la consiguiente cancelación del nombre de la madre que encargó la partida de nacimiento)<sup>569</sup> y, en otros, a la decisión contraria de proceder a la anotación

---

<sup>566</sup> C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, cit., 830.

<sup>567</sup> Como atestiguan los trabajos en curso en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que en 2011 puso en marcha el "*Parentage/Surrogacy Project*" dedicado a los aspectos puramente internacional-privatistas y publicado en el sitio web [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>568</sup> C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, nota de comentario al TEDH 26 de junio de 2014, Rec. 65192/2011, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1133.

<sup>569</sup> Tal fue el caso resuelto por el Tribunal de Brescia en su sentencia de 26 de noviembre de 2013. En el presente caso, una pareja italiana recurrió a la fecundación asistida con donación

en los registros del estado civil de las órdenes *parentales* que ordenan sustituir el nombre de la madre que encargó el nacimiento por el de la madre que lo encargó en la partida de nacimiento<sup>570</sup>.

Por regla general, según la normativa vigente en materia de estado civil (Decreto Presidencial n° 396 de 3 de noviembre de 2000), las declaraciones de nacimiento de los ciudadanos italianos en el extranjero "deben efectuarse de acuerdo con las normas establecidas por la ley local ante las autoridades locales competentes, si así lo exige la ley" (art. 15). A continuación, debe enviarse una copia de la escritura a las autoridades consulares y diplomáticas, que transmitirán el documento "al funcionario del registro civil del municipio en el que el interesado tenga o declare tener intención de fijar su residencia" a efectos de transcripción (art. 17). Por último, la legislación establece que las actas del estado civil levantadas en el extranjero "no podrán transcribirse si son contrarias al orden público" (art. 18)<sup>571</sup>.

---

de ovocitos y gestación subrogada en Ucrania. Marido y mujer regresaron entonces a Italia con una pareja de gemelos y obtuvieron el reconocimiento del certificado de nacimiento formado en Kiev. Los demandados supuestamente incumplieron las condiciones dictadas por la legislación ucraniana para acceder a la gestación subrogada. En efecto, la ley del país de nacimiento de los menores permitiría -a juicio de los jueces- la donación de ovocitos mediante los que generar in vitro el embrión que se implantará en el útero de la mujer infértil esposa del padre genético (fecundación heteróloga); o la implantación del embrión concebido con el patrimonio genético de una pareja legalmente casada en el útero de una mujer distinta de la madre biológica (maternidad subrogada). Pero no permitiría el uso simultáneo -como se hizo en el presente caso- tanto de la donación de ovocitos como de la maternidad subrogada. Los demandados también habían incumplido la obligación de celebrar un contrato formal previsto por la legislación ucraniana para la inseminación artificial. En efecto, en opinión de los jueces del Tribunal de Brescia, en caso de fecundación asistida heteróloga y de maternidad subrogada simultánea, se comete un delito de alteración del estado mediante atestación falsa si se declara que el recién nacido es hijo de la mujer que no ha dado a luz al menor y que no tiene ningún vínculo genético con él. La infracción también existiría si la partida de nacimiento se redactara en el extranjero y se transcribiera posteriormente en los registros del estado civil italianos cuando la ley del país en el que nació el menor no permita recurrir a las técnicas de procreación médicamente asistida efectivamente practicadas. En efecto, al tratarse de un delito castigado con una pena mínima de prisión no inferior a tres años, de conformidad con el artículo 9 del Código Penal, la aplicabilidad de la ley penal italiana está sujeta únicamente a la condición de que el ciudadano, tras la comisión del delito, se encuentre en el territorio del Estado. Véase sobre este punto T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., 418 y ss.

<sup>570</sup> Corte d'Appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009 in *Giur. di mer.*, 2, 2010, 44 con nota di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*.

<sup>571</sup> T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità*

Dicho esto, en los últimos quince años, las respuestas de la jurisprudencia han sido confusas y contradictorias, tanto en lo que se refiere a los casos impugnados como a las personas implicadas directa o indirectamente en la reacción punitiva posterior.

Además, los distintos órganos judiciales que conocen del caso se han enfrentado a distintos tipos de cuestiones. En efecto, las cuestiones analizadas se refieren a la validez o no de los acuerdos celebrados entre la madre de alquiler y los padres comitentes, a la alteración del estatuto mediante falsificación *con arreglo* al artículo 567, apartado 2, del Código Penal, al delito previsto en el artículo 71, Ley n° 184/1983<sup>572</sup>, que incrimina, en particular, la conducta de confiar permanentemente un menor a un tercero infringiendo la ley de adopción, el límite del orden público y el criterio del interés superior del menor<sup>573</sup>.

### 3. La jurisprudencia supranacional del CEDH (*Labassee y Mennesson v. Francia, Paradiso y Campanelli v. Italia, D.B y otros contra Suiza*)

---

*all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit. 418 ss.

<sup>572</sup> Art. 71, Ley n° 184/1983: "El que, infringiendo las disposiciones legales en materia de adopción, confie definitivamente un menor a un tercero, o lo envíe al extranjero para ser confiado definitivamente, será castigado con pena de prisión de uno a tres años. Si la infracción es cometida por el tutor o por otra persona a la que el menor esté confiado con fines de educación, instrucción, vigilancia o custodia, la pena se aumentará en la mitad. Si el delito es cometido por el progenitor la condena conllevará la pérdida de la patria potestad correspondiente y la apertura del procedimiento de adoptabilidad; si es cometido por el tutor conllevará la destitución del cargo; si es cometido por la persona a la que el menor está confiado conllevará la imposibilidad de obtener acogimiento familiar o adoptivo y la imposibilidad de ostentar el cargo tutelar. Si el delito es cometido por funcionarios públicos, por responsables de un servicio público, por miembros de la profesión sanitaria o jurídica, por miembros de instituciones asistenciales públicas o privadas en los casos previstos en los apartados 9 y 11 del artículo 61 del Código Penal, la pena se duplicará. La pena establecida en el apartado 1 del presente artículo se aplicará también a las personas que, entregando o prometiendo dinero u otros beneficios a terceros, acojan ilegalmente a menores. La condena conllevará la inelegibilidad para el acogimiento familiar o adoptivo y la inelegibilidad para el cargo de tutor. Quien medie para lograr el acogimiento a que se refiere el párrafo primero será castigado con pena de prisión de hasta un año o con multa de 500.000 a 5.000.000 de liras".

<sup>573</sup> C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, cit., 831.

La relevancia de la cuestión de los contratos de maternidad subrogada con implicaciones transfronterizas se desprende de la jurisprudencia supranacional del Tribunal de Estrasburgo, que se formó en el contexto de estos actos procreativos en dos asuntos franceses<sup>574</sup> y uno italiano<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup> *Menesson contra Francia* recurso n° 65192/11 y *Labassee v. Francia*, 26 de junio de 2014 Recurso n° 65941/11. En este caso, dos familias francesas, debido a la infertilidad que aquejaba a ambas esposas, decidieron someterse a un tratamiento de gestación subrogada en Estados Unidos, utilizando el esperma de sus maridos. Tras la implantación y el nacimiento de los menores, las sentencias dictadas en California establecieron el vínculo parental entre los futuros padres y los menores. De vuelta a Francia, a la primera pareja se le concedió inmediatamente la inscripción de los certificados en los registros del estado civil, pero el fiscal obtuvo posteriormente su anulación; a la segunda pareja, en cambio (y contradictoriamente), se le denegó la inscripción desde el principio. Ambas parejas recurrieron ante el TEDH, en octubre de 2011, invocando la violación del artículo 8 del CEDH y basándose, en particular, en el interés superior del menor en la continuidad de su estatuto, así como en la violación del derecho al respeto de la vida familiar. El Tribunal de Estrasburgo declaró, en particular, que se había producido una violación del derecho de los menores al respeto de su vida privada (de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) por parte de las autoridades francesas al impedir que se les reconociera su derecho a la identidad personal y al no permitir que se estableciera concretamente el vínculo de filiación. Por otra parte, no reconoce la violación del derecho al respeto de la vida familiar, ya que en la práctica su disfrute no se vio obstaculizado en absoluto (de hecho, se le había permitido vivir en Francia con sus hijos en familia) y, en cualquier caso, no podía decirse que los padres comitentes franceses ignoraran la prohibición, en su ley de origen, del reconocimiento de la filiación así obtenida. Para un primer comentario sobre las decisiones, véase C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, en articolo29.it.

<sup>575</sup> *Paradiso y Campanelli contra Italia*, 27 de enero de 2015. En este segundo asunto, las demandantes, tras intentar sin éxito obtener un embarazo mediante fecundación in vitro, decidieron firmar un contrato de maternidad subrogada en Rusia, donde esta práctica estaba permitida; Cuando nació el menor, a principios de 2011, la pareja regresó a Italia y se les denegó el registro del certificado de nacimiento en su municipio de residencia porque el Consulado italiano en Moscú había informado al Tribunal de Menores competente y al Ministerio de Asuntos Exteriores, así como al propio municipio, de que el documento que certificaba el nacimiento del menor no mencionaba el hecho de que había nacido por gestación subrogada; como consecuencia, fueron acusados de delitos penales por declaraciones falsas en el registro del estado civil. Confirmada también por el Tribunal de Apelación competente, la negativa a inscribir la partida de nacimiento rusa -basada precisamente en la consideración de que la inscripción, con arreglo a la legislación italiana, sería contraria al orden público, ya que la partida contenía información que no se correspondía con la verdad, es decir, que no existía relación biológica alguna entre el menor y los demandantes-, los padres comitentes decidieron recurrir ante el Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal aclara que "la cuestión de la transcripción de los certificados de nacimiento resultantes de la maternidad subrogada no es central", insistiendo más particularmente, como en las sentencias relativas a los asuntos franceses, en los aspectos del interés del menor y de la protección de su identidad personal. El Tribunal, al evaluar la separación del menor de sus padres, ordenada por los jueces italianos, constató una violación

Sin embargo, con las debidas diferencias, dados los hechos similares pero diferentes, se pueden deducir algunos principios generales que subyacen en estas decisiones que han considerado violado el artículo 8 del Convenio por el Estado que no reconoce la relación de filiación con los padres que han recurrido en el extranjero a la subrogación materna.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos observa que, a falta de una legislación europea uniforme, si bien es necesario dejar a los Estados un amplio margen de apreciación, éste debe limitarse cuando se trata de una relación familiar que afecta a un aspecto fundamental de la identidad de las personas.

En la ponderación de intereses entre el Estado y los particulares afectados, deben prevalecer los de los menores cuando estén implicados.

En ambos casos, el Tribunal consideró que el derecho de los menores al respeto de su vida privada se había visto afectado de forma significativa. En consecuencia, tanto Francia como Italia, al impedir el reconocimiento y el establecimiento de la relación jurídica de los menores con sus padres, habían rebasado el margen de apreciación admisible al violar el artículo 8 del CEDH.

Los padres son los únicos a los que se puede imputar la elección de recurrir a una técnica de procreación prohibida en su propio país. Sin embargo, los efectos sancionadores del no reconocimiento en el Derecho estatal de la relación entre los hijos nacidos de madres de alquiler y la pareja que ha recurrido en el extranjero a la maternidad subrogada no sólo afectan a la esfera jurídica de los progenitores, sino que se extienden también a la de los hijos. De hecho, se vulnera su derecho al respeto de su vida privada, que implica la posibilidad de que cada uno de ellos defina los contenidos esenciales de su identidad, incluidas sus relaciones familiares.

Así, el Tribunal de Justicia separa las dos situaciones -la de los padres y la de los hijos-, ya que son los menores quienes sufren un menoscabo significativo del respeto de su vida privada y familiar.

La injerencia del Estado sólo está permitida y de forma limitada cuando la ley sea necesaria "para la seguridad nacional, la seguridad pública, el

---

del artículo 8 CEDH en cuanto a la relevancia de los vínculos familiares; en particular, identificó el derecho del menor al reconocimiento de su identidad, que en opinión del Tribunal de Estrasburgo se había visto comprometido en este caso, con consecuencias significativas tanto en términos de ciudadanía como de derecho al nombre, aspectos de importancia fundamental para la formación de la identidad de un individuo.

bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de la delincuencia, la protección de la salud y de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"<sup>576</sup> .

El no reconocimiento de los actos legalmente constituidos en el extranjero, siempre que su contenido contravenga las prohibiciones nacionales, tiene consecuencias evidentes en perjuicio de los menores.

En nuestro Estado, los menores serían hijos de una madre biológica, a menudo desconocida y a la que no podría atribuirse ninguna responsabilidad parental, mientras que en otros Estados serían hijos de padres sociales con derechos y deberes muy precisos hacia ellos. En estos casos, por tanto, el menor perdería la certeza formal de su *estatus*, que debe ser el mismo en toda Europa, según la normativa internacional y de la UE. Estos reafirman el principio de que la valoración de "no contrario al orden público" debe hacerse teniendo en cuenta el interés superior del menor<sup>577</sup> . De este modo, el Tribunal de Justicia deja claro que, en materia de familia, lo relevante no es el orden público nacional, sino el orden público internacional, que no considera que las diversas técnicas de fecundación heteróloga, que no respetan el principio de prevalencia de lo "biológico" sobre lo "social", sean indicativas de una violación de dicho orden.

En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que el interés superior del menor también justifica la ilegalidad de una eventual decisión nacional de separar al menor de sus padres comitentes e iniciar un procedimiento de adopción. De hecho, la declaración de adoptabilidad y el acogimiento del menor en una nueva familia deben ser soluciones extremas a adoptar con carácter residual, pues debe primar la protección del interés del menor en su relación parental ahora constituida, biológica o no<sup>578</sup> . Y valora la "relación familiar de hecho".

En todos los casos examinados, observa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han creado ahora meras relaciones de hecho que bastan para

---

<sup>576</sup> *Menesson contra Francia*, citado anteriormente.

<sup>577</sup> Así lo recomiendan la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor (1989), ratificada y hecha ejecutiva en Italia por la Ley n° 176 de 27 de mayo de 1991, y el Reglamento n° 2201/2003, que especifica en su artículo 23 que el no reconocimiento de una decisión contraria al orden público del Estado miembro requerido está supeditado en todo caso al "interés superior del menor".

<sup>578</sup> TEDH, *Paradiso y Campanelli v. Italia*, cit.

integrar esa vida familiar privada, protegida *por* el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Más recientemente, en el asunto *D.B. y otros contra Suiza*, de noviembre de 2022<sup>579</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio un paso más en la cuestión del reconocimiento del *estatuto de filiación* establecido en el extranjero como consecuencia de la maternidad subrogada.

Tras repasar la jurisprudencia antes citada sobre el reconocimiento del *status filiationis* derivado de la maternidad subrogada<sup>580</sup>, y la opinión consultiva de 10 de abril de 2019, el Tribunal de Justicia destaca la peculiaridad del presente asunto, a saber, el carácter homosexual de la pareja parental, *miembros de* una unión registrada. El Tribunal consideró que los

---

<sup>579</sup> Tribunal Edu, 22 de noviembre de 2022, recursos nº 58817/15 y 58252/15, *D.B y otros contra Suiza*. El recurso fue interpuesto por una pareja homosexual de origen suizo y su hijo, de nacionalidad suiza y estadounidense, nacido en 2011 en Estados Unidos fruto de gestación subrogada. En 2010, el embrión creado a partir del óvulo de una donante anónima y los gametos de la segunda demandante se había implantado en el útero de la madre de alquiler. Tras la confirmación del embarazo, los tribunales californianos dictaron una sentencia por la que se declaraba a los demandantes primero y segundo padres del feto. Con ocasión del nacimiento del tercer demandante, las autoridades californianas expedieron un certificado que reflejaba dicha resolución. En 2011, los demandantes primero y segundo solicitaron el reconocimiento de la sentencia estadounidense en Suiza y la transcripción de la partida de nacimiento en los registros civiles. La solicitud fue primero rechazada por la oficina del estado civil del cantón de San Gall, y luego concedida por el Departamento de Asuntos Internos. El recurso ante el tribunal administrativo cantonal interpuesto por la Oficina Federal de Justicia contra esta decisión había sido desestimado. Por ello, la Oficina Federal de Justicia había recurrido ante el Tribunal Supremo Federal, que anuló la decisión cantonal en mayo de 2015, afirmando que la prohibición absoluta de la maternidad subrogada exigía la negativa a reconocer la filiación no biológica por ser contraria al orden público. Según el Tribunal Supremo Federal, el reconocimiento de la sentencia californiana y la transcripción de la partida de nacimiento habrían eludido la prohibición de la maternidad subrogada, haciéndola esencialmente inoperante, y fomentado el turismo reproductivo. Por consiguiente, el Tribunal Supremo Federal sólo había reconocido la sentencia estadounidense en la medida en que se refería al vínculo de filiación entre el menor y el segundo demandante, padre biológico del menor, considerando que la posición de este último estaba adecuadamente protegida por el Derecho suizo, de conformidad con el principio del interés superior del menor. Tras la introducción, el 1 de enero de 2018, de una reforma del Código Civil suizo que permitía la adopción del hijo de la pareja de hecho registrada, las autoridades cantonales habían pronunciado la adopción del menor por la primera demandante el 21 de diciembre de 2018. El 20 de noviembre de 2015, los demandantes habían interpuesto un recurso ante el TEDH, denunciando, entre otras cosas, la violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a la negativa de las autoridades suizas a reconocer el vínculo parental establecido en Estados Unidos entre el primer demandante (padre previsto) y el tercer demandante.

<sup>580</sup> *Menesson contra Francia*, cit.; *TEDH, Paradiso y Campanelli v. Italia*, cit.

principios desarrollados en los casos anteriores -en los que los demandantes eran parejas heterosexuales unidas en matrimonio- también podían aplicarse en el presente caso.

En particular, al denegar la transcripción de la partida de nacimiento legítimamente expedida por las autoridades californianas en la parte relativa a la relación con el futuro progenitor, sin ningún reconocimiento alternativo de dicha relación, Suiza se extralimitó en el margen de apreciación que el Convenio concede a los Estados. El Tribunal subrayó que este margen se reduce cuando está en juego el establecimiento o el reconocimiento de la paternidad, y que el interés del menor no puede depender únicamente de la orientación sexual de los padres.

#### 4. La relación de negociación entre la pareja comitente y la madre gestante

En el sentido común y en el lenguaje, los términos "maternidad" y "contrato" son difíciles de conciliar, ya que parecen referirse a dos realidades distantes que tienden a oponerse entre sí. Sin embargo, en los últimos años, el desarrollo de las técnicas de procreación asistida y el recurso a las prácticas de sustitución materna han acercado progresivamente estas dos nociones aparentemente distintas.

En efecto, las nuevas técnicas de procreación implican necesariamente la celebración de un contrato, que varía según sea entre los futuros padres y el médico o entre éstos y el centro sanitario. En el primer caso, se formará un contrato típico de trabajo intelectual, mientras que en el segundo se celebrará un contrato atípico, en el que se añadirán más prestaciones al servicio médico<sup>581</sup>.

También es posible que se celebre un contrato entre el centro sanitario, al que acude la pareja comitente, y el donante de óvulos o el donante de semen: en este caso el contrato sería ciertamente nulo por vulneración de la

---

<sup>581</sup> Piénsese en el alojamiento, conservación y custodia del material genético en la clínica; cf. sobre este punto M. DELLA CASA, *Maternità e contratto: termini compatibili?*, en I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO (eds.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Imperia, 2013, 239.

prohibición -ahora derogada<sup>582</sup> - de recurrir a técnicas de procreación heterólogas, expresada por el artículo 4.3 de la Ley 40 de 2004<sup>583</sup> y el donante no adquiriría en ningún caso relación jurídica parental con el hijo, en virtud del artículo 9.3<sup>584</sup> .

En cuanto a la técnica de gestación por cuenta ajena, hay que distinguir en función de la naturaleza del acuerdo celebrado y de su régimen jurídico.

En el supuesto de que la gestación subrogada se lleve a cabo sin estipulación de contraprestación (salvo el denominado reembolso de gastos por parte de la pareja comitente, esto es, el mero abono de los gastos médicos en que incurra la gestante), queda excluido que el acuerdo en cuestión pueda calificarse de contrato, careciendo del elemento de patrimonialidad a que se

---

<sup>582</sup> El Tribunal Constitucional declaró la ilegitimidad constitucional de los artículos 4(3), 9(1) y (3) - limitado a las palabras "en violación de la prohibición del artículo 4(3)" -, y 12(1) de la Ley no. 40 de 2004, que sanciona la prohibición de la fecundación heteróloga, afirmando que "la determinación de tener o no un hijo, incluso para la pareja absolutamente estéril o infértil, al afectar a la esfera más íntima e intangible de la persona humana, no puede sino ser incoercible, si no vulnera otros valores constitucionales". Esta sentencia tiene un importante valor histórico, ya que procede a reafirmar el alcance constitucional del derecho a la procreación y a ampliar los límites de su licitud.

<sup>583</sup> El artículo 4, l. 40/2004, bajo el epígrafe "Acceso a las técnicas" establece que: "El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida sólo está permitido cuando se comprueba la imposibilidad de eliminar de otro modo las causas que impiden la procreación y se limita, en cualquier caso, a los casos de esterilidad o infertilidad inexplicada documentada por un acto médico, así como a los casos de esterilidad o infertilidad debida a una causa comprobada y certificada por un acto médico (apartado 1)". Las técnicas de procreación médicamente asistida se aplicarán sobre la base de los siguientes principios: a) gradualidad, con el fin de evitar el recurso a intervenciones técnica y psicológicamente más gravosas para los receptores, inspirándose en el principio de menor invasividad; b) consentimiento informado, que deberá otorgarse de conformidad con el artículo 6 (apartado 2). Se prohíbe el uso de técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida (apartado 3)". Véase el apartado 3.2. Sec. I, Capítulo II.

<sup>584</sup> El artículo 9, l. 40/2004, titulado "Prohibición de la repudiación de la paternidad y del anonimato de la madre" establece que: "Cuando se utilicen técnicas heterólogas de procreación médicamente asistida vulnerando la prohibición establecida en el apartado 3 del artículo 4, el cónyuge o conviviente cuyo consentimiento se deduzca de actos concluyentes no podrá ejercitar la acción de repudiación de la paternidad en los casos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 235 del Código Civil, ni el recurso previsto en el artículo 263 del mismo Código (apartado 1). La madre de un menor nacido como resultado de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida no puede declarar su deseo de no ser nombrada, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, del Reglamento a que se refiere el Decreto Presidencial nº 396, de 3 de noviembre de 2000 (apartado 2). En caso de aplicación de técnicas heterólogas en violación de la prohibición establecida en el apartado 3 del artículo 4, el donante de gametos no adquirirá ninguna relación parental legal con el menor nacido y no podrá hacer valer ningún derecho ni ser portador de ninguna obligación para con él (apartado 3)". Véase el apartado 3.1. Sec. I, Capítulo II.

refiere el artículo 1321 del Código Civil, encuadrándose en cambio en la categoría de los acuerdos de cortesía. Por consiguiente, en caso de que la madre subrogada se negara a entregar el menor a la pareja comitente, ésta no tendría ni acción de cumplimiento ni acción de indemnización por daños y perjuicios: los gastos médicos en que se incurriera no serían, en efecto, recuperables, ya que se calificarían de obligación natural (*en virtud* del artículo 2034 del Código Civil).

Por el contrario, en caso de que se prevea una contraprestación, el acuerdo celebrado tendría la consideración de contrato, dado su carácter patrimonial. No obstante, se trataría de un contrato nulo de pleno derecho, ya que contravendría las normas imperativas que prohíben la maternidad subrogada (artículo 12, apartado 6, de la Ley 40 de 2004<sup>585</sup>).

En ambos casos, la madre en sentido propio se identifica con la mujer que llevó la gestación y dio a luz al menor, aunque el material genético utilizado proceda de la mujer de la pareja comitente<sup>586</sup>.

Si la madre de alquiler es desconocida (hipótesis que dista mucho de ser remota, ya que suele tratarse de mujeres extranjeras), el hijo reconocido por el padre puede ser adoptado por la esposa de éste, en virtud del artículo 44, letra b), de la Ley 184 de 1983. Si, por el contrario, se conoce la identidad de la madre subrogada y, tras el parto del menor, ésta exige que le sea devuelto transcurrido un período de tiempo considerable, podría presumirse que pierde la patria potestad en virtud del artículo 330 del Código Civil<sup>587</sup>.

Sobre la configurabilidad y validez de los acuerdos de gestación por cuenta ajena, la jurisprudencia -antes de la promulgación de la Ley 40 de 2004- era oscilante.

---

<sup>585</sup> Art. 12(6), titulado "Prohibiciones y sanciones", que establece: "El que, en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a 1 millón de euros.

<sup>586</sup> Como se ha anticipado, la doctrina extrae sólidos argumentos del artículo 269, apartado 3, del Código Civil y del artículo 9, apartados 2 y 3, de la Ley 40/2004: el precepto del Código Civil identifica claramente a la madre en la mujer que ha dado a luz al hijo, mientras que la Ley de Adopción establece que ésta no puede interrumpir la relación de filiación declarando que no desea ser nombrada para favorecer el establecimiento de una "relación parental legal" entre la pareja comitente y el recién nacido.

<sup>587</sup> M. DELLA CASA, *Maternidad y contrato: ¿condiciones compatibles?*, cit., 247 y ss.

Con las primeras sentencias de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada y, en particular, con la sentencia del Tribunal de Monza de 1989<sup>588</sup>, se afirmó expresamente la nulidad de tales acuerdos, incluidos en la categoría de contratos atípicos.

En particular, apeló no sólo a la imposibilidad de encontrar un derecho real a la procreación en la Carta Constitucional, sino también a la inadmisibilidad, desde un punto de vista moral y social, de la mercantilización de una función tan elevada y delicada como la maternidad. Tal circunstancia también entraría abiertamente en conflicto con las nociones de moralidad y orden público, provocando un trastorno en la claridad de las relaciones sociales<sup>589</sup>.

En cuanto a la orientación jurisprudencial tras la Ley 40/2004, informamos de una peculiar sentencia del Tribunal de Roma en 2000<sup>590</sup> que mostraba una apertura hacia el reconocimiento de la licitud de tales acuerdos, obviamente en relación con el caso en cuestión. Sin embargo, puede ser interesante analizar sus puntos clave.

En concreto, el juez autorizó a un médico, mediante la concesión de una medida de urgencia con *arreglo al* artículo 700 del Código de Procedimiento Civil, a implantar un embrión perteneciente a dos cónyuges en el útero de otra mujer que se había ofrecido voluntariamente a llevar el embarazo en su nombre. El Tribunal reconoció que se había celebrado entre todas las partes un contrato atípico, en el sentido del artículo 1322 del Código Civil.

Los méritos de la protección de este contrato atípico se identificaron en la aspiración de la pareja a realizarse como padres, considerada como expresión

---

<sup>588</sup> Tribunal de Monza 27 de octubre de 1989, en *Dir. di famiglia e delle persone*, 1, 1990, 184-203. Los jueces del Tribunal de Monza, a raíz de una solicitud de ejecución forzosa de un contrato de maternidad a título oneroso, declararon su nulidad en virtud del art. 1418, subsección II, y del art. 1346 del Código Civil por carecer el objeto del contrato de los requisitos de posibilidad y licitud exigidos; por ser contrario a los principios consagrados en los artículos 2, 30 y 31 de la Constitución y, en particular, a la ineficacia de los deberes personales y económicos vinculados a la patria potestad, al derecho del menor a crecer en el seno de la familia constituida por ésta y a disponer de una familia sustituta sólo en caso de incapacidad o insuficiencia objetiva de aquélla, y al derecho de todo hijo a un *estatuto filiationis* único y común. A ello se añade el conflicto con el principio de indisponibilidad de los estatutos personales que no pueden ser objeto de contrato, así como la violación del artículo 5 del Código Civil, que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, 79.

<sup>589</sup> Véase a este respecto la nota a la sentencia de A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, en *Il Foro italiano*, 1, 1990, 298-299.

<sup>590</sup> Tribunal de Roma, auto de 17 de febrero de 2000, en *Giust. Civ.*, 4, 2000, 1157- 1163.

del derecho a la procreación<sup>591</sup>, y en la protección de la vida del embrión fecundado, basada en el principio de que la vida humana debe protegerse desde el principio<sup>592</sup>. Dicho acuerdo, en opinión del juez, fue considerado admisible, lícito y legítimo y, por tanto, ni siquiera contrario al artículo 1344 del Código Civil (es decir, en fraude de ley) ya que no tenía por objeto eludir las normas sobre adopción, al tratarse de dos procedimientos completamente opuestos y diferentes.

##### 5. Maternidad subrogada y dignidad de la mujer: la llamada hipótesis de la maternidad subrogada altruista

El Tribunal Supremo ha declarado que la prohibición de la maternidad subrogada se introdujo para proteger bienes jurídicos fundamentales, como

---

<sup>591</sup> En esa ocasión, el juez realizó una valoración de los intereses en juego y decidió conceder la medida porque constató la existencia de los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, identificándolos respectivamente como el derecho a la procreación y el riesgo de pérdida de la actividad de proliferación embrionaria en cuestión. En particular, el Tribunal romano llegó a reconocer la existencia del derecho a la procreación, tras un análisis más general del artículo 1 de la Ley 194/1978, de protección social de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reconocía la garantía otorgada por el Estado al derecho a la procreación consciente y responsable, además de garantizar la protección de la vida humana desde su inicio. Mediante una operación de "constitucionalización de nuevos derechos", el derecho a la procreación se entendió en sentido amplio como el derecho a recurrir a todos los medios que el progreso científico pudiera ofrecer para satisfacerlo, para la plena "autorrealización individual" y la libertad de determinar conscientemente el tamaño de la propia familia. Sobre el debate acerca de la existencia de un "derecho absoluto a procrear", véase el capítulo I.

<sup>592</sup> El Tribunal se refirió a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 1975 n° 27, en la que el Tribunal se pronunció sobre la controvertida cuestión de la responsabilidad penal en materia de aborto, en particular, sobre la ilegitimidad constitucional del artículo 546 del Código Penal, en la medida en que no diferenciaba el llamado aborto terapéutico del delito de aborto. Una sentencia que no parecía exenta de muchas incoherencias y contradicciones, dado que, por un lado, por haber admitido una protección constitucional del nasciturus, sin ninguna discriminación formal ni siquiera con respecto al grado de desarrollo del feto, a través de la referencia a los artículos 2 y 31 de la Constitución, y, por otro lado, por haber sancionado la no equivalencia entre el derecho, no sólo a la vida, sino también a la salud de quien ya es una persona, como la madre, y la protección del nasciturus, que es una persona aún por llegar a ser. Se sostuvo que la protección del nasciturus está subordinada a la prevalencia del bien representado no sólo por la vida, sino también por la salud de la madre; así, la Corte partió de la idea de que la protección del nasciturus no puede prescindir del contexto relacional subjetivo y discrecional de la mujer.

"la dignidad humana de la mujer gestante, constitucionalmente protegida"<sup>593</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional también ha sostenido que la maternidad subrogada "ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y atenta profundamente contra las relaciones humanas"<sup>594</sup>.

Detrás del fenómeno de la gestación por cuenta ajena, de hecho, se esconde a menudo una realidad de explotación, sobre todo en los países más pobres y en aquellos contextos en los que las mujeres no están emancipadas<sup>595</sup>.

Así pues, el legislador italiano quiso evitar que las mujeres convirtieran su cuerpo en una fuente de beneficios<sup>596</sup>.

Siendo así, es discutible si la maternidad subrogada solidaria también entra dentro de la *racionalidad de la norma*, ya que la legislación supranacional no

---

<sup>593</sup> Cass., 11 de noviembre de 2014, n.º 24001, en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 239, con nota de C. BENANTI; también en *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota de A. RENDA.

<sup>594</sup> Corte Cost., 18.12.2017, n. 272, en *Foro.it.*, 2018, I, 10, con nota de G. CASABURI; también en *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540, con nota de A. GORGONI.

<sup>595</sup> G. COREA, *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, Nueva York, 1985, 343; M.G. RADIN, *Market Inalienability*, en *Harvard law rev.*, 1987, 1849; J. BALLESTEROS, *Los valores femeninos en bioética*, en A. PARISI (ed.), *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona, 2002, 68; J. DAMELIO, K. SORENSEN, *Enhancing autonomy in paid surrogacy*, in *Bioethics*, 2008, 22, 269; K. BRUGGER, *International law in the gestational surrogacy debate*, en *Fordham international law journal*, 2012, 666; J.L. GUZMÁN, Á.A. MIRALLES, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, en *Quad. Bioèt*, 2012, 2, 259; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *Biolaw journal*, 2015, 2, 91.

<sup>596</sup> A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria critica della regolazione sociale*, en S. AMATO (a cura di), *Modelli giuridici e tecnologie emergenti*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2018, 151 y ss, espec. 161.

lo prevé<sup>597</sup> y la redacción de la prohibición se presta a interpretaciones contrapuestas<sup>598</sup>.

A nivel textual, las Secciones Conjuntas nº 12193\2019<sup>599</sup> hacen hincapié en la expresión "en cualquier forma" contenida en las palabras *iniciales* del

---

<sup>597</sup> La escasa legislación internacional en la materia es unánime a la hora de prohibir la maternidad subrogada comercial: véase el Principio 13 del *Comité ad hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI)* del Consejo de Europa, *Informe sobre la Procreación Artificial Humana*, 1989. El mismo informe, sin embargo, deja libertad a los Estados para reconocer legislativamente la práctica cuando no haya pago por el servicio. En general, esta prohibición puede deducirse de la normativa europea e internacional que prohíbe el comercio del cuerpo humano o de sus partes, además del Convenio de Oviedo y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, ya citados, piénsese también en la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que exige a los Estados miembros que se esfuercen por "garantizar las donaciones voluntarias y no remuneradas de tejidos y células" y "que la obtención de tejidos y células como tal se lleve a cabo sin ánimo de lucro", así como en una serie de actos de *Derecho indicativo* -la Resolución de 2005 en la que el Parlamento Europeo especificaba que la venta de gametos femeninos debería estar siempre prohibida y la Resolución de 2011 (*Resolución sobre las prioridades y las líneas generales de un nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres* (2010/2209(INI), 5 de abril de 2011, párr. 20) a través del cual pedía a los Estados miembros que reconocieran "el grave problema de la maternidad subrogada, que constituye una explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductores": véase L. POLI, *Surrogacy and human rights: a controversial practice in need of international regulation*, en *Biolaw Journal*, 2015, 3, 17.

<sup>598</sup> Hay doctrina que, atendiendo a la gravedad de la sanción penal y a la conexión con la cuestión de la comercialización de gametos o embriones, derivada de la *sedes materiae* del artículo 12.6 de la Ley 40/2004, ha propuesto una interpretación restrictiva del precepto, según la cual la prohibición sólo afectaría a la hipótesis de un acuerdo oneroso. En concreto, la ley no castigaría "los casos en los que la gestación subrogada no es fruto de un mercado, es decir, los que surgen de acuerdos espontáneos entre las personas directamente interesadas", ya que sólo pretendería reprimir la intermediación comercial; según algunos, se trataría de acuerdos ilícitos pero no serían punibles ni ejecutables. Cf. F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, en *I reati contro la persona, I, Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Turín, 2006, 233; en cambio, G. LOSAPPIO, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 - Norme in materia di procreazione assistita*, en F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO (ed.), *Comm. breve l. pen. compl.*, Padua, 2007, II, 2062; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2, 2017, 49-59, spec. 51.

<sup>599</sup> Cass. Sez. un. núm. 12193/2019, antes citada, que confirmó los motivos de denegación de una solicitud de transcripción de la integración ordenada por el tribunal canadiense de los registros de nacimiento de gemelos con el nombre de la pareja del progenitor biológico -solicitud inicialmente aceptada por el Tribunal de Apelación de Trento: App. Trento, 23.2.2017, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 994, con nota de V. CALDERAI - en relación con la maternidad subrogada gratuita (en Canadá, *la Assisted Human Reproduction Act* - S.C. 2004, c. 2, Sección 6, prohíbe que la madre subrogada sea remunerada). Por otra parte, hay que subrayar que las Secciones Unidas no profundizaron en la cuestión, remitiéndose en cambio a precedentes -y consiguientes argumentos- relativos a casos de maternidad subrogada comercial.

apartado 6 del artículo 12 de la Ley nº 40/2004. Sin embargo, no está claro si con esa expresión, que también se refiere a la comercialización de gametos y embriones, el legislador pretendía evocar las diversas formas de maternidad subrogada, tanto la tradicional como la gestacional<sup>600</sup>.

Desde un punto de vista ético, el ordenamiento jurídico italiano propugna la concepción europea de la dignidad, por lo que no cabe duda de que no es admisible introducir la legalización de la maternidad subrogada comercial<sup>601</sup>, que en cambio se considera coherente con los valores de la sociedad en Estados Unidos<sup>602</sup>. Dicho esto, conviene comprobar si se puede llegar a las mismas conclusiones con respecto a la maternidad subrogada altruista.

---

<sup>600</sup> Cabe añadir que si el legislador hubiera querido referirse a la gratuidad u onerosidad de la subrogación podría haber utilizado la expresión "por cualquier concepto", ya presente en los demás apartados.

<sup>601</sup> Muy pocos Estados lo permiten: por ejemplo, Georgia (arts. 143 y 144 de la ley "Sobre salud"): véase I. KHURTSIDZE, *Legal regulation of surrogacy in Georgia*, Tiflis, 167; Israel (*Approval of agreements and status of the new born child*, law no. 5756\1996): véase D. A. FRENKEL, *Legal regulation of surrogate motherhood in Israel*, en *Med. & L.*, 2001, 20, 605; Ucrania (ley n.º 2801-XII de 19/11/1992 - *Fundamentos de la legislación sanitaria de Ucrania, instrucción sobre los procedimientos de las tecnologías de reproducción asistida*); Rusia (ley sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa, de enero de 2012): cf. K. SVITNEV, *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*, en *Reprod biomed online*, 2010, 20, 4. También países como la India: N. CHAUDHARI, *Regulating assisted reproductive technologies in India*, en *Oxford human rights hub*, 12 de noviembre de 2015, Tailandia: A. STASI, *Protection for children born through assisted reproductive technologies act*, B.E. 2558: *the changing profile of surrogacy in Thailand*, en *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, 11, 1, y Nepal: R. ABRAMS, *Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options*, en *New York Times*, 2 de mayo de 2016, otrora centros del mercado internacional de maternidad subrogada, han introducido legislación para desincentivar el turismo reproductivo.

<sup>602</sup> En EE.UU., en algunos Estados - Nueva York (NY Dom. Rel. Law § 122), Indiana (*Ind. Code* § 31-20-1-1), Michigan (*Surrogate Parenting* 199 of 1988, § 722.855, Sec. 5 and 722.859, Sec. 9), Arizona (*Arizona Revised Statute* § 25-218) - los contratos comerciales de maternidad subrogada están prohibidos y, si se celebran, son "inaplicables". Sin embargo, en muchos otros Estados, como California (*Cal. Fam. Code* §§ 7960-7962), Florida (*FL Stat.* § 742.15: *Gestational Surrogacy Contract*), Maine (*Maine Parentage Act* (Title 19-A, § 1932) y muchos otros, está permitido remunerar a la madre de alquiler. Otro número considerable de Estados, por último, no han regulado plena y claramente la práctica; son, por tanto, los tribunales, con su *jurisprudencia*, los que de vez en cuando permiten o prohíben pagos que superan el importe del reembolso de los gastos: véase A. FINKELSTEIN, S. MAC DOUGALL, A. KINTOMINAS, A. OLSEN, *Surrogacy law and policy in the U.S.: a national conversation informed by global lawmaking*, en *Columbia law school sexuality & gender law clinic*, 2016, 9.

De hecho, algunos comportamientos humanos sólo contrastan claramente con el respeto debido a la dignidad humana si se llevan a cabo con ánimo de lucro. El mismo comportamiento, si se inspira en la solidaridad, no sólo puede considerarse desprovisto del carácter de indigno sino que, por el contrario, puede ser reconocido como digno y, como tal, protegido: el ejemplo paradigmático es la donación de órganos o de sangre<sup>603</sup>. Es evidente que la presencia de ese espíritu desinteresado se encontraría principalmente en aquellas personas vinculadas por un parentesco o una estrecha amistad con la pareja prevista; aunque no puede excluirse la posibilidad de que una mujer esté dispuesta a prestar su vientre incluso al margen de esas relaciones, siguiendo el modelo de la donación de órganos entre personas vivas<sup>604</sup>.

Sobre este punto, antes de la introducción de la Ley 40/2004, el debate en la doctrina era bastante vivo. Sólo una orientación interpretativa minoritaria consideró totalmente indisponibles las funciones generativas, estimando que la onerosidad del convenio era un motivo más para contrastar la dignidad de la mujer, pero no el núcleo de la cuestión<sup>605</sup>. Por el contrario, la orientación

---

<sup>603</sup> A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, cit., 167.

<sup>604</sup> La remisión a las normas sobre trasplantes no conlleva, sin embargo, su aplicación directa o analógica, pues están vinculadas a *rationes* específicas que no se aplican a la maternidad subrogada: la norma que supedita la donación por personas ajenas a que el paciente no tenga parientes próximos -o ninguno de ellos idóneo o disponible- se entiende a la luz de la necesidad de reducir al máximo el riesgo de rechazo del órgano (art. 1, Ley n° 458 de 26.06.1967 sobre trasplante de riñón, recordada por la Ley n° 483 de 16.12.1999 sobre trasplante parcial de hígado y por la Ley n° 167 de 19.09.2012 sobre trasplante parcial de pulmón, páncreas e intestino). Considerando que, en caso de que la gestante fuera pariente de uno de los miembros de la pareja, sería más bien necesario salvaguardar el patrimonio genético de las relaciones consanguíneas, prohibiendo la maternidad subrogada con el esperma de la gestante: B. OXMAN, *Maternal-Fetal Relationship and Non-Genetic Surrogates*, en *Jurimetrics*, 1993, 33, 394; A. GOODWIN, *Determination of Legal Parentage In Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surrogacy Agreements*, en *Fam. L. Q.*, 1992, 26, 275; A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, cit., 167.

<sup>605</sup> F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, cit., 570; M.T. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, en *Dir. fam. e pers.*, 1993, 877; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 105; A. FINOCCHIARO, *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, en *Guida dir.*, 2000, 82; M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, en G. BONILINI, G. CATTANEO (ed.), *Trattato vol. II, p. I. III, Filiación y adopción*, Turín, 2007, 251.

predominante consideraba que las funciones generativas no eran comerciales, pero tampoco indisponibles<sup>606</sup>.

En cualquier caso, suponiendo que la posible explotación de las mujeres sea efectivamente la razón última de la prohibición, cabe preguntarse si ésta podría evitarse realmente limitando la prohibición a la gestación subrogada comercial pero permitiendo la gestación subrogada libre.

En abstracto, se podría considerar que la gratuidad de la gestación es capaz de garantizar la autonomía decisoria de la mujer, que, por otro lado, podría verse oscurecida si actúa movida por la necesidad económica, evitando así la explotación<sup>607</sup>.

Sin embargo, en la realidad, la eficacia de esta solución puede encontrar más de un obstáculo.

Casi todas las propuestas para legitimar la maternidad subrogada en su forma libre, así como los modelos normativos que la permiten, estipulan que el progenitor intencional, o la pareja de progenitores intencionales, pague no sólo los gastos médicos, sino también el reembolso a la mujer gestante<sup>608</sup>.

Sin embargo, si los gastos médicos (y, eventualmente, los que pueden "documentarse", como, por ejemplo, la ropa) corren íntegramente a cargo de los futuros padres, el "reembolso" adquiere un valor compensatorio en sentido amplio, que parece contaminar de algún modo la dimensión del don, con su carga implícita de positividad, en la que se querría incluir la maternidad subrogada gratuita. Si, por un lado, dar a la mujer embarazada, a la que se impide durante nueve meses trabajar, o al menos se limita su actividad, puede parecer justo y acorde con un sentido común de la justicia<sup>609</sup>, por otro lado,

---

<sup>606</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 194; P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, en *Questione giustizia*, 1999, 838; G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1034; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, en *Dir. fam. e pers.*, I, 1998, 775; M. DOGLIOTTI, G. CASSANO, nota a Trib. Roma, 17.2.2000, en *Fam. e dir.*, 2000, esp. 159 y 172; M. MANTOVANI, *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 262.

<sup>607</sup> Pero sobre este punto véanse las oportunas observaciones de V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, en *Global Jurist*, 2020, 20190062 y S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, 50 y ss., según el cual la distinción entre gpa altruista y comercial "falsamente

<sup>608</sup> L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, 3318-3341.

<sup>609</sup> C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, en *Giudicedonna*, 1, 2017, "la

establecer una distinción clara entre reembolso y contraprestación no es nada fácil<sup>610</sup>.

Por otra parte, incluso la "necesidad económica" que podría comprometer la autonomía de decisión de una mujer, impulsándola a tomar decisiones que de otro modo no tomaría, como la maternidad subrogada, parece, si se examina más de cerca, una noción bastante elusiva<sup>611</sup>.

---

cuestión no es sólo el reembolso de los gastos médicos, ropa, etc., sino también del tiempo. ... Debería haber alguna regulación de la cuantía del reembolso y de lo que debería reembolsarse. Pero una prohibición total en nombre del altruismo es también una forma de explotación de las mujeres. La situación es diferente a la de la donación de sangre, ya que lleva mucho más tiempo e implica al cuerpo del donante".

<sup>610</sup> S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51, "incluso cuando la ley sólo permite la *maternidad subrogada* si es gratuita, los reembolsos o refrigerios constituyen una compensación, una hoja de parra que oculta las motivaciones económicas que, en la mayoría de los casos, impulsan a una mujer a someterse a una experiencia de esta naturaleza". L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, cit., 3325: El autor señala que no basta "con parametrizar la cuantía a los ingresos declarados por la mujer en los años inmediatamente anteriores a la gestación (por ejemplo, como en la propuesta presentada por algunas asociaciones, los dos últimos años 13). De hecho, no es posible excluir la posibilidad de que los ingresos pasados formen parte de una "coyuntura" especialmente favorable que la mujer considera (razonablemente) irrepetible" y, del mismo modo, señala que tampoco basta con "limitar la cuantía del reembolso en sí". De hecho, "a menos que se trate de una cantidad puramente simbólica, el atractivo de la misma varía en función de las circunstancias en que se encuentran quienes la evalúan y puede divergir significativamente entre quienes la establecen, quienes la pagan y quienes la reciben. Incluso sumas relativamente pequeñas podrían, en determinados contextos -una joven desempleada o con un empleo inestable y mal pagado-, ser motivo suficiente para emprender una "gpa".

<sup>611</sup> Para hacer una referencia sobre el punto, en el proyecto de ley presentado por la Asociación Luca Coscioni y otros, citado anteriormente, se establece en el artículo 4, Requisitos de la futura madre, controles médicos y lugar de gestación, c. 3, que "La condición económica de la futura madre no podrá ser inferior al doble de los límites establecidos en el artículo 76, apartados uno, dos y tres, y 77, Decreto Presidencial 115/2002. Como parámetro temporal de referencia, se tomarán en consideración al menos los dos años anteriores a la firma del acuerdo". El citado artículo 76 fija el límite (sujeto a ajustes bienales) en 11.746,68 euros, por lo que la posible embarazada debería tener una base imponible de aproximadamente 24.000 euros, que ciertamente no es poco, pero que podría ser considerada por ella como insuficiente para garantizar el nivel de vida deseado. Disposiciones similares están previstas en el proyecto de ley Disposizioni in materia di regolamentazione della surrogazione di maternità, presentado por el art. 29, disponible en el sitio web del mismo nombre (véase el art. 7 ter, Límites subjetivos, c. 1, "La mujer embarazada... no debe encontrarse en condiciones económicas inferiores al doble de los límites indicados en los artículos 76, párrafos primero, segundo y tercero, y 77, d.p.r. 20 de mayo de 2002 n° 115, con referencia al menos a los dos años anteriores a la firma del convenio"). En la doctrina L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, cit., 3326 ss.

Además, la práctica podría resultar perjudicial para la salud de la mujer embarazada, que está protegida por el artículo 32 de la Constitución.

En primer lugar, debe señalarse que el acto de disponer del cuerpo de la madre subrogada parece quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 5 del Código Civil<sup>612</sup>, ya que la gestación por terceros, si se realiza respetando las condiciones de salud de la gestante y bajo control médico, no supone un menoscabo permanente de la integridad física<sup>613</sup>.

Sin embargo, en un análisis más detallado, interpretando el artículo 5 del Código Civil a la luz del artículo 32 de la Constitución, se considera que esta disposición también debe incluir la prohibición de actos de disposición que causen un menoscabo permanente de la integridad mental.

Y precisamente por la singularidad de la relación que se establece durante los meses de gestación entre la mujer embarazada y su hijo por nacer<sup>614</sup>, cabe

---

<sup>612</sup> M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milán, 2002, 34.

<sup>613</sup> A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale*, en *Noviss. dig. it.*, 1962, 739; R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, 'locazione di utero', diritti dell'embrione*, en *Corr. giur.*, 1984, 639; G. ALPA, *L'inseminazione artificiale*, en *Riv. cri. dir. priv.*, 1985, 343; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale problemi e prospettive*, en *Quadr.*, 1986, 38; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, cit., 1016; R. ROMBOLI, *Persone fisiche*, en F. GALGANO (ed.), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, sub art. 5*, Bologna, Roma, 1988, 282; R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casos particolari ed interesse del minore*, cit., 179; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, cit., 358; A. LA TORRE, *Ego e alter nel diritto della persona*, Milán, 2011, 199; *contra*, M. COMPORI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, en *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milán, 1986, 179; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 51.

<sup>614</sup> L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milán, 2016, 45. También es un vínculo profundamente físico, "porque el cuerpo de la madre influye en el embrión y el feto a través de intercambios materiales": D. DANNA, *Maternità. Surrogata?*, Trieste, 2017, 82, como han confirmado los estudios epigenéticos realizados en las últimas décadas, que han demostrado los efectos sobre el patrimonio genético del feto originados por factores ambientales y -en referencia al embarazo- por el vínculo establecido en el período prenatal entre la madre y el feto: E. DI MAURO, *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Trieste, 2017, *passim*, asegurado por la placenta, que es "un órgano formado por células tanto de la mujer gestante como del feto, que sirve de conducto para el intercambio de nutrientes, gases y desechos. Además, las células pueden migrar a través de la placenta y tener una amplia gama de repercusiones, desde la reparación de tejidos y la prevención del cáncer hasta el desencadenamiento de trastornos inmunitarios". : S. ALLAN, *Commercial surrogate and child: ethical issues, regulatory approaches, and suggestions for change* (Documento de trabajo) (30 de mayo de 2014), 4. Está científicamente demostrado que el sistema endocrino materno determina los componentes fisiológicos del cuerpo del feto, su futura capacidad mental, su susceptibilidad a las enfermedades, su estructura neurológica, así como una serie de funciones anatómicas complejas. De hecho, el entorno hormonal

suponer un incremento específico del peligro para la integridad psíquica como consecuencia de la posterior desvinculación del recién nacido<sup>615</sup>.

## 6. Subrogación por maternidad e interés real del menor

La idea de que puede afirmarse la licitud de la práctica debe aún someterse a otras valoraciones, ya que la maternidad subrogada implica "a un tercero y externo a la relación vivencial, el menor no nacido, que sería instrumentalizado para satisfacer el deseo parental del progenitor comitente"<sup>616</sup>.

---

uterino desencadena el desarrollo de actividades genéticas en el feto que de otro modo no se desencadenarían en presencia de otro sistema endocrino; cada bebé es único en estructura y función orgánica en función de la cascada hormonal que experimentó durante el embarazo: B. OXMAN, *Relación materno-fetal y sustitutos no genéticos*, cit., 389. Por otra parte, estudios recientes han demostrado que "la mujer embarazada respira y se alimenta y su corazón late el menor puede crecer, y se ve afectado de forma significativa (positiva o negativamente) por el entorno biológico en el que existe": S. ALLAN, op. cit., 3. Aunque la epigenética puede hacernos creer que el embarazo también es decisivo en términos de la propia genética, "tal afirmación, sin embargo, sigue pareciendo difícil de conciliar con la biología": M. RIZZUTI, *¿Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze 'naturali' allo scenario della 'agenitorialità'*, en S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità Filiación Genitorialità*, Nápoles, 2017, 170, en la medida en que "la lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el menor por nacer en términos de intensidad afectiva y de relación temporal o la visión imaginativa de la semilla lejana hecha crecer y desarrollarse en su propio jardín...". queda subvertida por la lógica del sentido común, según la cual el óvulo fecundado de una mujer negra, incluso con la gestación de una mujer blanca, no puede convertir al menor en blanco, ni la mayor duración del embarazo puede garantizar que la mujer blanca sea mejor madre que la negra; lógica que se refuerza si se tiene en cuenta lo que la tecnología anuncia como factible en un futuro próximo: ¿un embrión humano nacido por ectogénesis o por embarazo de un primate, aun suponiendo que se apegue afectivamente a la máquina o al mono, debe tener sólo a éstos como madres? El embarazo del otro con su propio óvulo, ¿no puede ser vivido emocionalmente por la madre genética más intensamente que por la madre uterina? ¿O el padre, debido a la falta de embarazo, tiene necesariamente menos intensidad emocional hacia el menor nacido?": R. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1251, nota 50.

<sup>615</sup> R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1994, I, 179. Interpretando el art. 5 del Código Civil a la luz del art. 32 de la Constitución, se considera que esta disposición debería incluir también la prohibición de actos de disposición que causen un menoscabo permanente de la integridad psíquica: P. PERLINGIERI, *La personalità umana dell'ordinamento giuridico*, cit., 311.

<sup>616</sup> C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, en *Biolaw journal*, 2016, 1, 185; E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, en *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 593; G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*, cit., 1469 ss.

Al hacer tal evaluación, es crucial examinar el interés superior real del menor, teniendo en cuenta, *ante todo*, que en un proyecto de paternidad establecido mediante gestación subrogada, el menor que debe protegerse ni siquiera existe.

En este sentido, el interés del "menor" podría afirmarse en abstracto bien como un obstáculo al proyecto de maternidad subrogada antes de la fecundación y/o del nacimiento del menor, bien como un impedimento a la eficacia del acuerdo de maternidad subrogada en el momento del nacimiento: de ahí el problema de la relevancia jurídica del establecimiento de la relación filial con la pareja comitente<sup>617</sup>.

En cuanto al primer perfil, afirmar la legitimidad constitucional de la prohibición del acceso de la pareja comitente a la maternidad subrogada en base a argumentos basados en la protección de los derechos del nasciturus tiene serias limitaciones a nivel lógico y axiológico. Un análisis cuidadoso muestra que se trata de derechos cuya protección conduciría a la paradójica consecuencia de impedir la existencia de su pretendido titular<sup>618</sup>.

De hecho, la idea del interés superior del menor se "utiliza" a menudo para justificar y hacer merecedora de protección la elección jurisdiccional de conceder a la pareja solicitante el acceso a la técnica.

Este interés se manifiesta en la posibilidad de que el menor crezca en un entorno al menos potencialmente adecuado a sus necesidades vitales<sup>619</sup>. En esta perspectiva, sin embargo, cabe preguntarse si esta posibilidad no está garantizada por la aplicación también a este caso de los "límites" establecidos en el artículo 5, Ley nº 40\2004<sup>620</sup>, si los mismos se consideran

---

<sup>617</sup> A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, cit., 173.

<sup>618</sup> Cf. J. M. CAMACHO, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009, 15 en [/www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf](http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf).; V.L. RAPOSO, *Quando a cegonha chega por contrato*, en *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2012, 88, 27.

<sup>619</sup> Véase C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milán, 2015, 77, nota 148.

<sup>620</sup> Aunque hay que señalar que precisamente de la sentencia núm. 162\2014 del Tribunal Constitucional se han extraído argumentos para plantear dudas sobre la legitimidad de los requisitos subjetivos establecidos por el art. 5 de la Ley núm. 40\2004: véase U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, cit., 1360. Disposición, esta última, en relación con la cual se ha planteado recientemente una cuestión de constitucionalidad en la parte en que prohíbe el acceso a las parejas del mismo sexo: Trib. Pordenone, 04.07.2018, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

constitucionalmente legítimos<sup>621</sup> .

Por lo que respecta al segundo perfil, la prohibición de la maternidad subrogada conjunta podría justificarse por el deseo de evitar que el sujeto, una vez nacido, sea considerado como un objeto a transferir, con lo que su dignidad como ser humano se vería menoscabada<sup>622</sup> . Si se entiende en este sentido, el interés del menor cuya dignidad se pretende salvar actuaría como una limitación al acceso a la técnica<sup>623</sup> .

Cabe señalar que estas consideraciones se refieren a un momento anterior al nacimiento del menor. En efecto, una evaluación efectiva y general del *interés superior del menor* no puede ignorar el hecho de que, en la fase de planificación parental, el menor que debe protegerse ni siquiera existe<sup>624</sup> .

Es evidente que el escenario cambia tras el nacimiento del hijo: en este punto, la jurisprudencia del TEDH - analizada en el § 3 - muestra claramente que en la ponderación de intereses en esta materia debe prevalecer siempre el interés superior del menor.

---

<sup>621</sup> A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, cit., 173.

<sup>622</sup> E. S. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, en *Health care analysis*, 2000, 8, 19; P. OTERO, *A dimensão ética da maternidade de substituição*, en *Direito e política*, 2012, 1, 87; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, en *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 50; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell' "incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiación Genitorialità*, Napoli, 2017, 137; M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano, 2015, 266; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, cit., 186; D. ROSANI, «*The Best Interests the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *Biolaw journal*, 2017, 1, 127.

<sup>623</sup> Al contrario K. GALLOWAY, *Theoretical approaches to human dignity, human rights and surrogacy*, en P. GERBER, K. O'BYRNE (eds.), *Surrogacy, law and human rights*, Abingdon, 2015, 25. J. REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana, I*, Coimbra, 2015, 120. La autora considera que, aunque se pusiera como obstáculo a la relación con la pareja comitente, el discurso no sería convincente hasta el final, ya que "el hecho de *que esto pueda ocurrir en el contexto de la maternidad subrogada no quita que esa vida haya nacido y, por tanto, se le reconozca dignidad por su propia existencia como ser humano*".

<sup>624</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*, cit., 1469 ss.

## 7. La posición del Tribunal Constitucional italiano sobre la prohibición de la gestación subrogada (Tribunal Constitucional nº 272/2017)

El Tribunal Constitucional italiano demuestra ser plenamente consciente de que, en los últimos años, el recurso cada vez más frecuente a los contratos de maternidad subrogada en los países extranjeros que los admiten bajo diversas formas<sup>625</sup>, es la causa de problemas jurídicos complejos y delicados relacionados con el reconocimiento de la legitimidad de la relación social parental.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia es consciente de que se trata de una jurisprudencia cuyos resultados distan mucho de ser unívocos<sup>626</sup> y que, de hecho, refleja plenamente el intrincado reflejo de los numerosos y difíciles nudos que caracterizan las distintas situaciones derivadas de la maternidad sustitutiva<sup>627</sup>.

Precisamente en referencia a las complejas situaciones de paternidad derivadas de la realización de contratos de maternidad subrogada en el extranjero, los jueces italianos han tenido que preguntarse, no sin dificultad<sup>628</sup>, sobre la posibilidad de admitir formas de paternidad capaces de

---

<sup>625</sup> Según los distintos tipos de subrogación, se habla de "subrogación heteróloga o gestacional" *tout court* cuando la mujer se limita a la gestación de embriones creados con los gametos de la pareja comitente; de "subrogación doblemente heteróloga" cuando los gametos son ajenos tanto a la madre como a los futuros padres; por último, se habla de "subrogación tradicional por concepción y gestación" o de "subrogación homóloga" cuando la madre también contribuye a la concepción con sus propios ovocitos. Parece evidente, como se ha señalado, que las denominaciones van de la mano de la terminología propia de la procreación médicamente asistida; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, en *Giur. di mer.*, 2, 2010, 44.

<sup>626</sup> Véase D. ROSANI, «*The Best Interests the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 110, que califica dicha jurisprudencia de "incoherente y contradictoria".

<sup>627</sup> 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*, 1, 2018, 148 y ss. espec. 165.

<sup>628</sup> Con la aprobación de la ley sobre PMA, la prohibición introducida por el ordenamiento jurídico interno desplazó gran parte del problema del terreno interno del ordenamiento jurídico al terreno externo de las relaciones internacionales-privadas. El reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la maternidad subrogada ha hecho necesario, de hecho, verificar la compatibilidad de los actos jurídicos resultantes de la misma, celebrados en otro país, con el límite del llamado orden público internacional, entendido en particular como límite al reconocimiento de la transcripción de la partida de nacimiento del hijo realizada en el extranjero, considerado pródromo del reconocimiento de la relación parental propiamente

resolver el inevitable contraste entre "legalidad y afectividad"<sup>629</sup>. Esta circunstancia caracteriza a menudo los *asuntos principales*, que se produjeron cronológicamente después del establecimiento de una relación parental<sup>630</sup> que, si se consolida, compromete a los jueces en una compleja y delicada ponderación de intereses opuestos en la que entra en juego el interés superior del menor<sup>631</sup>.

En los dos primeros pronunciamientos<sup>632</sup> en los que el Tribunal Constitucional se expresa -indirectamente- sobre el tema de la maternidad subrogada, se advierte de inmediato una actitud claramente cerrada, muy distinta de la reservada al reconocimiento de medidas relacionadas con la PMA.

Lo primero que llama inmediatamente la atención es la circunstancia de que, en ambos casos, el tema de la maternidad subrogada se evocara *ad abundantiam*<sup>633</sup>, dado que las resoluciones, en particular la primera, sólo abordaban transversalmente la difícil cuestión que nos ocupa<sup>634</sup>.

---

dicha, en virtud del art. 65 de la ley n° 218/1995. Sobre este punto, véase más ampliamente F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corte nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, en R. FATTIBENE (ed.), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017, 206 ss.

<sup>629</sup> E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità e affettività*, en G. FERRI (ed.), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva medievale*, Nápoles, 2015, 121 y ss.; sobre el conflicto entre "affetti" y "derecho", véase también J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Algunas reflexiones sobre el papel del orden público internacional en los casos de maternidad subrogada*, en S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Nápoles, 2017, 147.

<sup>630</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, en S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 191 y ss., quien en particular subraya cómo: "Ex post el principio *mater semper certa* y la prohibición de la maternidad subrogada tienen poco que decir, si no es recomendar el equilibrio equitativo con los bienes sin duda preeminentes en ese momento (el interés del menor) y los parámetros relevantes (la aptitud parental de la pareja comitente. *Ex ante* son, en cambio, prevalentes, porque no hay ningún interés constitucionalmente relevante en ese plano que justifique su abandono". Ibid, p. 192.

<sup>631</sup> Sobre el interés superior del menor, no sólo en el contexto constitucional, véase extensamente E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, cit., passim.

<sup>632</sup> Corte Cost 10 de junio de 2014, n° 162, citado anteriormente; Corte Cost 22 de noviembre de 2017, n° 271, citado anteriormente.

<sup>633</sup> En ambos casos, entre otras cosas, se trataba de confirmar lo que ya estaba previsto por la ley.

<sup>634</sup> F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte*

Sin embargo, el Tribunal, a pesar de su actitud abierta hacia la PMA en comparación con sentencias anteriores, sintió la necesidad de decir más de lo que se le pedía, manteniendo la prohibición de la "maternidad subrogada", una práctica que, según señala el Tribunal, "ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas"<sup>635</sup>.

Más recientemente, se hizo una nueva referencia en la sentencia n° 221 de 2019, en la que se declaró infundada la cuestión de constitucionalidad de la ley 40/2004 en la medida en que no admite a las parejas del mismo sexo en el PMA<sup>636</sup>.

En el curso de su decisión, el Tribunal Constitucional estableció una distinción entre las *parejas* homosexuales femeninas, cuyas llamadas la infertilidad social o relacional en abstracto podría remediarse mediante la fecundación heteróloga, y las parejas homosexuales masculinas en las que "la paternidad artificial pasa por una práctica distinta: la maternidad subrogada", *es decir*, "el acuerdo por el que la mujer se compromete a llevar a cabo y completar un embarazo en nombre de un tercero, renunciando de antemano a reclamar derechos sobre el menor que nacerá"<sup>637</sup>.

"Tal práctica", escribe de nuevo el Tribunal, "está absolutamente prohibida, de conformidad con art. 12, párrafo 6, ley n° 40 de 2004, también para las parejas heterosexuales" y tal disposición, recuerda el juez de leyes, ha sido considerada por la jurisprudencia como expresiva de un principio de orden público.

El Tribunal se refiere, en particular, a la sentencia de las Secciones Unidas de 8 de mayo de 2019, n° 12193<sup>638</sup>, que constituye un punto de partida para

---

*Costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, cit., 151.

<sup>635</sup> Tribunal Constitucional, 22 de noviembre de 2017, n° 271, citado anteriormente.

<sup>636</sup> A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, en *Justicia Civil*, 4, 2020, 647 y ss.

<sup>637</sup> Punto 8.5 de los considerandos.

<sup>638</sup> La decisión, que se hace eco de la anterior detención de Cass. civ., 11 de noviembre de 2014, núm. 24001 (en Foro it., 2014, I, 3414), ha sido ampliamente comentada en la doctrina. Véase, entre otros, en Fam. e dir., 2019, 653 y ss., con notas críticas de M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, 667 y ss., y de G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primer comentario*, 677 y ss. Entre las numerosas contribuciones, ahora adhesivas, ahora críticas en el primer sentido: M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, en *Familia*, 2019, 345 y ss., G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di*

reflexionar sobre algunas de las cuestiones planteadas en un tema éticamente delicado<sup>639</sup> y en el que, ciertamente, no es fácil llegar a ciertas convicciones y tener la solución, como es el de la maternidad subrogada<sup>640</sup>.

8. Breves observaciones finales y últimas reflexiones del Tribunal Constitucional sobre el tema del "status filiationis" (Tribunal Constitucional 33/2021 n° 79/2022)

En definitiva, puede decirse que las diferencias en el entorno normativo entre países han dado lugar a realidades jurídicas transnacionales complejas, en las que no siempre es fácil encontrar un instrumento que equilibre los intereses en juego.

La jurisprudencia italiana ha utilizado ampliamente el instrumento de la adopción en casos especiales como punto de equilibrio entre la prevalencia de la prohibición de la maternidad subrogada como principio insuperable de orden público y la necesidad primordial de proteger los intereses del menor<sup>641</sup>.

---

*maternità surrogata*, en *Foro it.*, 2019, I, 427; U. SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le sezioni unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, en *Giustiziacivile.com*, 5, 2019, 29 de mayo de 2019; mientras que en la segunda perspectiva M.C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interesse del bambino e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, en *GenIUS*, 2, 2019, 6 ss.; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione, Nota a la Cass. Sec. Un. 12193/2019*, ibíd., 19 y ss. Posteriormente, en estrecha continuidad con la orientación de las Secciones Unidas y del Tribunal Constitucional, Cass. civ., 3 de abril de 2020, núm. 7668 y Cass. civ., 22 de abril de 2020, núm. 8029 (en [www.jurisdata.it](http://www.jurisdata.it)) sobre las que véanse las consideraciones de G. FERRANDO, *I diritti dei bambini perditi tra formule e modelli*, en [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1, 2020.

<sup>639</sup> En estos términos, el propio Tribunal Constitucional, núm. 221 de 2019, punto 9.3 de la Consideración en derecho, según la cual el tema de la PMA toca "cuestiones éticamente sensibles" en relación con las cuales la identificación de un punto de equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas, con respeto a la dignidad de la persona humana, pertenece "primordialmente a la valoración del legislador".

<sup>640</sup> Como se ha dicho, "se trata de una experiencia compleja y muy contestada, ya que, más que ninguna otra práctica procreadora, pone en tela de juicio principios fundamentales de toda la comunidad" (I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit. 1479). Sobre los problemas tanto morales como jurídicos que plantea la maternidad subrogada véanse, además, las agudas consideraciones sobre la relación entre ética y derecho de L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, en S. RODOTÀ, P. ZATTI (ed.), *Trattato di biodiritto*, Ambito e fonti del biodiritto, Milán, 251 f., nt. 20.

<sup>641</sup> V. MONTARULI, *La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una*

Como ya se ha indicado, el art. 44 let. d) se ha utilizado para establecer una relación familiar a favor de aquellas parejas que fisiológicamente no pueden procrear, quizás en presencia de un proyecto de custodia compartida.

Como es bien sabido, la maternidad subrogada es una intervención reproductiva que la legislación italiana no sólo no permite, sino que sanciona penalmente.

El interés superior del menor en la bigenitorialidad, junto con la apreciación de la paternidad intencional, que no depende de la existencia de un vínculo genético con el menor, ha llevado a la aceptación de solicitudes de adopción en casos particulares por parte de la pareja, o compañero (quizás en presencia de un vínculo de unión civil) de la mujer (u hombre) que figura como progenitor en el registro civil. En el caso de partidas de nacimiento extendidas en el extranjero, con atribución de la paternidad a dos mujeres, se consideró - en última instancia - admisible transcribirlas en Italia<sup>642</sup>. En el caso contrario, de doble paternidad, se descartó dicha transcripción, ya que entraba en conflicto con la prohibición (de orden público) de la maternidad subrogada.

Siendo así, el Tribunal consideró que la adopción *en virtud* del artículo 44 de la Ley 184/1983 representaba la forma mínima de reconocimiento de una relación parental, en ausencia de equivalencia entre la filiación adoptiva en casos especiales y la filiación biológica, con desigualdad de trato de los "padres". La declaración de adopción *en virtud* del artículo 44 examinado presupone, en primer lugar, el consentimiento del progenitor biológico (que puede faltar, especialmente cuando la relación de pareja está, entretanto, en crisis, o ha cesado). Además, el artículo 55 de la Ley 184/1983 extiende a la institución buena parte de la disciplina de la adopción de adultos, incluido el artículo 300, apartado 2, del Código Civil, según el cual la adopción en casos especiales, por regla general, no induce relación civil alguna entre el adoptante y la familia del adoptado y entre ésta y los parientes del adoptado<sup>643</sup>.

---

*coppia same sex: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993*, cit., 331 ss.

<sup>642</sup> El tema se trató en el § 6 Secc. I, Capítulo II y § 4.3. Sec. II, Capítulo II.

<sup>643</sup> A. FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*, en *Ifamiliarista.it*, 2022.

Pues bien, el Tribunal - en su Sentencia nº 33 de 9 de marzo de 2021 - sostuvo que, sin perjuicio de la prohibición penal de la maternidad subrogada, el actual marco jurídico no garantiza la plena protección de los intereses del menor nacido mediante esta técnica, afirmando la necesidad de intervención del legislador<sup>644</sup>.

El Tribunal de Justicia ha reiterado, en primer lugar, que la prohibición, sancionada penalmente, de recurrir a la práctica de la maternidad subrogada responde a una lógica de protección de la dignidad de la mujer y tiene también por objeto evitar los riesgos de explotación de aquéllas que son especialmente vulnerables por vivir en situaciones sociales y económicas precarias que, "de existir, condicionarían fuertemente su decisión de emprender el camino de un embarazo en interés exclusivo de terceros, a quienes el menor debe ser entregado inmediatamente después del nacimiento". Es probable que tales preocupaciones subyazcan a la condena de "cualquier forma de maternidad subrogada comercial" expresada por el Parlamento Europeo en su 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)". No se evoca ningún otro interés - en particular, el referido al menor - que pueda verse afectado por el recurso a esta práctica y, de hecho, el interés del menor se yuxtapone a la "finalidad legítima perseguida por el ordenamiento jurídico de desincentivar el recurso a la maternidad subrogada", como si se tratara de intereses contrapuestos que deben equilibrarse<sup>645</sup>.

Más concretamente, el Tribunal reconoció que el interés del menor puede sopesarse con el objetivo legítimo de disuadir del recurso a la práctica de la maternidad subrogada, prohibida por la legislación estatal. De hecho, se subrayó que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no impone el reconocimiento automático de ninguna resolución judicial extranjera que reconozca la doble filiación a los miembros de una pareja - heterosexual u homosexual - que haya recurrido en el extranjero a la gestación subrogada.

En tal caso, sin embargo, es necesario garantizar el interés del menor en el reconocimiento de su relación jurídica también con el progenitor "intencional" mediante "un procedimiento de adopción eficaz y rápido que

---

<sup>644</sup> A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 50.

<sup>645</sup> L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, cit., 3322.

reconozca la plenitud del vínculo filial entre el progenitor adoptivo y el adoptado, cuando se haya comprobado que responde al interés superior del menor".

A este respecto, el Tribunal señaló que el recurso a la adopción en casos especiales, previsto en la letra d) del apartado 1 del artículo 44 de la Ley n° 184 de 1983 y ya considerado viable por el Tribunal de Casación, "constituye una forma de protección de los intereses del menor ciertamente significativa, pero todavía no plenamente adecuada al nivel de los principios constitucionales y supranacionales".

Observó, en efecto, que la adopción en caso especial no atribuye la paternidad al adoptado; además, sigue sin estar claro si establece relaciones de parentesco entre el adoptado y quienes éste percibe socialmente como sus abuelos, tíos o incluso hermanos.

Por último, añade que esta forma de adopción sigue estando sujeta al consentimiento del progenitor "biológico", que también puede faltar en caso de crisis de pareja<sup>646</sup>.

En conclusión, el Tribunal lanzó una clara advertencia al legislador para que adoptara una legislación adecuada para garantizar la plena protección de los intereses del menor, de forma más acorde con las peculiaridades de la situación considerada, que son, en efecto, muy diferentes de las de la adopción "no legítima".

Por último, el Tribunal Constitucional intervino de nuevo sobre la cuestión del *status filiationis con la* sentencia n° 79 de 2022<sup>647</sup>, de nuevo sobre el tema de la adopción en casos particulares, expresando una visión innovadora sobre el punto.

El asunto tiene su origen en un matrimonio contraído en el extranjero por una pareja homosexual masculina - al que siguió la transcripción en Italia del acto relativo como pareja de hecho - que posteriormente se sometió al denominado procedimiento de maternidad subrogada, también en un país extranjero, con el consiguiente nacimiento de un hijo biológicamente vinculado a uno solo de los dos *miembros de la pareja*. Una vez que la pareja se trasladó a Italia, el padre biológico solicitó y obtuvo el reconocimiento de

---

<sup>646</sup> A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 51.

<sup>647</sup> Tribunal Constitucional, 23 de febrero de 2022, n° 79, cit.

la partida de nacimiento que le calificaba como padre<sup>648</sup> .

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 79, de 28 de marzo de 2022, intervino declarando constitucionalmente ilegal el artículo 55 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983, en la parte en que, remitiéndose al apartado 2 del artículo 300 del Código Civil, dispone que la adopción en casos especiales no induce relación civil alguna entre el adoptado y los parientes del adoptante. Para declarar esta ilicitud, el Tribunal se refirió a la aplicación del artículo 300 del Código Civil, relativo a la regulación de la adopción de mayores de edad<sup>649</sup> .

El Tribunal confirma la interpretación planteada por el tribunal *a quo*, según la cual el artículo 55 de la Ley 184/1983 no podía considerarse implícitamente derogado por el artículo 74 del Código Civil, en su versión modificada por la reforma de 2012 en materia de filiación. Dicha disposición, al definir lo que se entiende por el término "parentesco", establece que éste se establecerá entre personas que desciendan de un mismo linaje, incluso en el caso de un hijo adoptivo, salvo cuando se trate de la adopción de una persona mayor de edad.

La protección del interés superior del menor exige que se garantice a todos los menores adoptados el reconocimiento de las relaciones de parentesco derivadas de la adopción. Por tanto, el adoptado en "adopción en casos particulares" tiene la *condición de* hijo y no puede ser privado de los vínculos parentales, que el legislador de la reforma de la filiación "quiso garantizar a todos los menores en igualdad de condiciones, para que todos los menores puedan crecer en un entorno sólido y protegido por los vínculos familiares, empezando por los más estrechos, con hermanos y abuelos". De hecho, no reconocer los vínculos familiares con los parientes del padre adoptivo equivale a repudiar la identidad del menor constituida por su pertenencia a la nueva red de relaciones familiares que, de hecho, construyen de forma estable su vida cotidiana.

En conclusión, parece necesaria una oportuna intervención de nuestro legislador, que es la única persona con potestad para evitar que el margen de discrecionalidad dejado a los jueces desde hace ya demasiado tiempo por el

---

<sup>648</sup> F. NOVELLO, *Adopción "leve" y vínculo parental: la intervención del Tribunal Constitucional*, en *Giustiziacivile.com*, 23 de junio de 2022.

<sup>649</sup> M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, cit., 330.

vacío legislativo en este punto se extienda más allá de los límites de lo razonable, equilibrando el interés de los padres en la filiación y el interés del menor en que se le reconozca un vínculo familiar que, como hemos visto, ahora puede prescindir absolutamente de un vínculo biológico.

## Capítulo IV

### **Un análisis comparativo sobre el tema. La búsqueda de una clave para entender los distintos institutos.**

Resumen: 1. La utilidad de un análisis comparativo sobre el tema – 2. Circulación del *status filiationis del* menor: la palabra de la jurisprudencia supranacional (asunto *Pancharevo*) – 3. Reproducción asistida en Europa – 3.1. Francia – 3.2. Alemania – 3.3. Reino Unido – 4. Legislación española – 4.1. La Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida – 4.1.2. Maternidad subrogada: artículo 10 Ley 14/2006 – 4.2. Adopción homosexual – 5. Una mirada a los modelos en Europa: adopción homosexual – 5.1. Maternidad subrogada – 6. Una mirada al futuro a la luz del análisis comparativo: notas para el legislador italiano

#### 1. La utilidad de un análisis comparativo sobre el tema

En este *caos* de interpretación, puede ser útil realizar un estudio comparativo para trazar un panorama de las instituciones familiares en los sistemas jurídicos occidentales.

En efecto, la comparación con soluciones distintas de la italiana puede dar mayor profundidad al análisis realizado sobre la noción de familia en el ordenamiento jurídico italiano y restablecer su extensión.

Por otra parte, la construcción de un breve panorama de la evolución de los derechos de familia en Occidente sirve también para poner de relieve las diferencias normativas entre los distintos sistemas jurídicos. Esto, como se preveía, ha provocado bastantes problemas a nivel jurídico.

En efecto, la cuestión del reconocimiento de una relación de filiación establecida en el extranjero mediante el recurso a prácticas de procreación

artificial no permitidas -o permitidas pero sujetas a condiciones más estrictas- en los ordenamientos jurídicos de origen de los progenitores afectados, preocupa desde hace tiempo a los órganos jurisdiccionales internacionales y nacionales<sup>650</sup>.

La competencia exclusiva de los Estados para regular el Derecho de familia se traduce en la dificultad de establecer normas compartidas a escala internacional.

En concreto, corresponde por tanto a las autoridades nacionales desentrañar la variedad de causas judiciales relativas a las distintas instituciones procreadoras. Los tribunales nacionales, por tanto, tendrán que encontrar, en cada ocasión, el equilibrio concreto entre la necesidad de garantizar la continuidad espacial de la identidad del menor ahora nacido y la necesidad de proteger las determinaciones legislativas soberanas de cada Estado. A pesar del creciente número de proyectos parentales llevados a cabo en el extranjero a través del llamado turismo procreativo, los esfuerzos de armonización legal promovidos a nivel internacional son todavía embrionarios<sup>651</sup>.

Dicho esto, a escala europea, ya no parece aplazable crear normas uniformes para ofrecer una respuesta común al fenómeno en cuestión, con el fin de evitar la aparición de situaciones jurídicas claustrofóbicas, así como formas de discriminación entre menores<sup>652</sup>.

---

<sup>650</sup> En cuanto a la incidencia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en la obligación de los Estados contratantes de reconocer la relación parental de los hijos nacidos en el extranjero de una madre de alquiler en relación con el progenitor biológico, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, *Menesson v. Francia*, solicitud n.º 65192/11 antes citada, y *Labassée v. Francia*, solicitud n.º 65941/11, cit. En cuanto a las formas de reconocimiento del progenitor no biológico, véase también la opinión consultiva emitida el 10 de abril de 2019 por la Gran Sala, a petición de la *Cour de cassation* francesa, de conformidad con el Protocolo n.º 16 del CEDH, solicitud P16\2018-001 (las sentencias y opiniones del Tribunal pueden consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int>). Véase sobre el tema *ex multis* L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, en *Diritti umani e diritto int.*, 2019, 418 ss.; S. TONOLO, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del "genitore intenzionale": i limiti nella formula dell'adattamento*, cit., 1070 ss.; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 523 y ss.

<sup>651</sup> O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nell' spazio giudiziario europeo: una lettura internazionaleprivatistica della sentenza Panharevo*, in *Riv. Dir. Int.*, 2, 2022, 564 ss.

<sup>652</sup> La iniciativa de la Comisión Europea de elaborar una propuesta de reglamento europeo

Dado que, en última instancia, el Derecho está llamado a definir y delimitar los ámbitos de utilización de las diversas prácticas procreativas y actividades conexas, con el fin de garantizar puntos de equilibrio razonables entre la pluralidad de intereses (diversamente) implicados, el análisis comparativo puede facilitar en la práctica la tarea del legislador, ya que a través de él pueden identificarse una serie de contenidos normativos que caracterizan las legislaciones nacionales en la materia.

## 2. Circulación del *status filiationis* de un menor: la palabra de la jurisprudencia supranacional (asunto *Pancharevo*)

Un punto de inflexión, sobre el tema de la circulación en el espacio judicial europeo del *estatuto filiatorio* de un menor, vino en 2021 del Tribunal de Justicia.

En efecto, en una sentencia largamente esperada, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado por primera vez sobre la citada cuestión en relación con el *status filiationis* de un hijo nacido en un Estado miembro de una pareja del mismo sexo, para apreciar la legitimidad, a la luz del Derecho europeo, de los obstáculos puestos a su nacimiento por las autoridades de otro Estado miembro, cuando la legislación nacional de este último no permite ni el establecimiento de la filiación a favor de una mujer que no ha dado a luz al hijo, ni el matrimonio o cualquier otra forma de unión entre personas del mismo sexo<sup>653</sup>.

---

va en esta dirección, destinado a garantizar el reconocimiento mutuo de la paternidad entre los Estados miembros, que llegó al final de la fase preliminar de la consulta pública de las partes interesadas, disponible en [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita_it). También se ha designado un grupo especial de expertos para ayudar a la Comisión en esta delicada misión. Esta iniciativa se inscribe en el marco de la "Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025" (12 de noviembre de 2020, COM/2020/698 final), que prevé, en su apartado 3.2, la adopción de acciones específicas para mejorar la protección jurídica de las familias LGBTIQ en situaciones transfronterizas, a la luz del principio "quien es padre en un país es padre en todos los países".

<sup>653</sup> Véase sobre este tema el estudio encargado por el Parlamento Europeo sobre *Obstáculos a la libre circulación de las familias arco iris* en la UE de marzo de 2021, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL\\_STU\(2021\)671505\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU(2021)671505_EN.pdf).

A este respecto, en una sentencia de 14 de diciembre de 2021<sup>654</sup>, la Gran Sala del Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión obliga a los Estados miembros a reconocer el certificado de nacimiento expedido por las autoridades de un Estado miembro a favor de un menor nacido en dicho

---

<sup>654</sup> Asunto C-490/20 PPU, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008. En el presente asunto, la autoridad judicial búlgara (*Administrativen sad Sofia-grad*, Tribunal Administrativo de Sofía) había planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en el marco de un litigio relativo a un menor nacido en España de dos mujeres, una de nacionalidad británica y la otra de nacionalidad búlgara, mediante la utilización de una técnica de procreación médicamente asistida permitida por la legislación local. La pareja se había casado en Gibraltar, pero residía permanentemente en España. Las autoridades españolas habían expedido un certificado de nacimiento del menor que acreditaba la maternidad de ambas mujeres, de conformidad con la legislación allí aplicable, sin indicar, no obstante, cuál de las dos era la madre biológica. Posteriormente, la nacional búlgara había solicitado a las autoridades de su Estado miembro de origen la inscripción de su hija mediante la expedición de un certificado de nacimiento correspondiente al certificado de nacimiento español: en efecto, con arreglo a la legislación búlgara, dicho documento era indispensable para la expedición posterior de un documento de identidad de la menor, documento este último que, como es sabido, exige el Derecho de la Unión Europea para el ejercicio del derecho de circulación y residencia en el territorio europeo (véase el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38). Dado que la legislación búlgara sólo reconoce como madre legal del menor a la mujer que ha dado a luz, las autoridades del Estado miembro de origen habían pedido a la demandante que aportara pruebas de la relación filial entre ella y el menor. Ante la negativa de la mujer, las autoridades del Estado miembro requerido se habían negado a expedir el documento basándose en un doble razonamiento: por un lado, no había información suficiente sobre la descendencia biológica del menor de la nacional búlgara y, por otro, la inscripción en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público nacional. De hecho, Bulgaria sólo permite el establecimiento de la filiación a favor de parejas heterosexuales (sólo se puede indicar un padre y una madre en el certificado de nacimiento) y no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Por ello, la madre búlgara interpuso un recurso ante la *Administrativen sad Sofia-grad*, que había solicitado al Tribunal de Justicia aclaraciones sobre las siguientes cuestiones de interpretación. Por una parte, el órgano jurisdiccional remitente se preguntaba si el Derecho de la Unión, en particular el derecho de circulación y de residencia en los Estados miembros de un ciudadano europeo (tal como se deriva de los artículos 20 y 21 TFUE) y determinados derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 7, 24 y 45), obligaban a un Estado miembro a expedir un certificado de nacimiento, con el fin de obtener un documento de identidad conforme a la normativa de dicho Estado miembro, a favor de un menor. En caso afirmativo, había que determinar si el Derecho de la Unión también exigía que dicho documento incluyera, como el expedido por las autoridades del Estado miembro de nacimiento, los nombres de las dos mujeres como madres. Por otro lado, no estaba claro si la nacionalidad británica de la otra madre tenía alguna relación con la respuesta a la primera pregunta, tras la retirada del Reino Unido de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia llegó a afirmar la obligación de los Estados miembros de reconocer la partida de nacimiento española de la menor, es decir, su *condición* de hija respecto de ambas madres, para permitirle ejercer la libertad de circulación y residencia que le reconoce el Derecho europeo como ciudadana de la Unión.

Estado, mediante fecundación heteróloga, de una pareja del mismo sexo femenino, con el fin de que el menor pueda ejercer, con cada una de las dos madres, el derecho a circular y residir en el territorio europeo que está vinculado a su *status* de ciudadano de la Unión. A tal fin, las autoridades del Estado miembro de nacionalidad están obligadas, como exige la Directiva 2004/38, a expedir un documento de identidad o un pasaporte a favor del menor, en el que las dos mujeres figuren como madres, sin que, no obstante, se exija la expedición previa de un nuevo certificado de nacimiento por las autoridades del Estado miembro de que se trate.

En continuidad con la lógica expresada por la jurisprudencia anterior<sup>655</sup>, la sentencia *Pancharevo* aclara que el Derecho de la Unión Europea prevalece sobre el funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros también en materia de circulación de los *estados de familia*, garantizando, aunque sólo sea a efectos de Derecho supranacional la continuidad de la relación parental plasmada en documentos de nacimiento extranjeros, cuando éstos hayan sido expedidos por las autoridades de un Estado miembro de conformidad con la ley aplicable en él (*lex loci actus*) y la relación familiar en cuestión se refiera a una situación transfronteriza comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. En tales circunstancias, la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno se manifiesta a través de la acción combinada de dos factores: la aplicación del principio de reconocimiento automático para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y la potenciación de los derechos humanos protegidos por la Carta de los

---

<sup>655</sup> El Tribunal amplió también a los hijos de personas del mismo sexo el principio enunciado en el asunto *Coman*, que establecía la obligación de los Estados miembros de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con la legislación de este último, con el único fin de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38, como cónyuge de un ciudadano europeo. Sentencia 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385, en *Riv. Dir. Int.*, 2019, 220 y ss. Para comentarios sobre la sentencia G. ROSSOLILLO, *Court of Justice, same-sex marriage and fundamental rights: the Coman case*, *SIDIBlog*, 8 de julio de 2018, <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-giustizia-matrimonio-tra-persone-dello-stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/> y A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman Ruling*, en *European Law Review*, 2019, 673 y ss.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea frente a la posibilidad de que el Estado miembro requerido ponga obstáculos a dicha circulación.

### 3. Reproducción asistida en Europa.

El Derecho está llamado a definir y delimitar los ámbitos de utilización de las diversas prácticas procreadoras y actividades afines, con el fin de garantizar puntos de equilibrio razonables entre la pluralidad de intereses (de diversa índole) en juego.

Desde este punto de vista, el análisis comparativo puede facilitar en la práctica la tarea del legislador, ya que a través de él se pueden identificar una serie de contenidos normativos que caracterizan la legislación nacional en la materia, hipotetizando su posible utilización también por el legislador italiano en una eventual reforma de la Ley 40/2004<sup>656</sup>.

De hecho, la normativa de cada país es extremadamente relevante, ya que tiene un efecto predominante en los diversos ámbitos que implica la procreación médicamente asistida, ya sea homóloga o heteróloga.

En definitiva, trazar una panorámica de los distintos marcos reguladores de la procreación médicamente asistida puede resultar eficaz para tratar de comprender si el impacto producido por el factor científico en las características de la actividad reproductiva conlleva la necesidad de cambiar el paradigma sobre la forma de ejercer la función legislativa<sup>657</sup> y en qué medida.

#### 3.1. Francia

En cuanto a la legislación francesa, la regulación de la procreación médicamente asistida sufrió una importante reforma y cambio en 2021. La

---

<sup>656</sup> S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, en R. FATTIBENE (ed.), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, cit., 265.

<sup>657</sup> S. PENASA, *La via procedurale alla procreazione assistita in Europa. La ragionevolezza scientifica delle leggi come elemento necessario dell'esercizio discrezionale del potere legislativo*, en M. AZZALINI (ed.), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluciones y nuevos retos*, 2015, 221.

Ley de Bioética nº 2021-1017, promulgada el 2 de agosto de 2021<sup>658</sup>, es la culminación de dos años de lanzadera parlamentaria, precedida a su vez por tres años de consulta a los organismos competentes<sup>659</sup>.

Pues bien, entre las numerosas disposiciones adoptadas por la nueva ley de bioética, la *assistance médicale à la procréation* (AMP), que también está abierta a las mujeres solteras y a las parejas de mujeres, es especialmente relevante: hasta la promulgación de la ley objeto de examen, el acceso a dichas técnicas se había limitado a las parejas heterosexuales que padecían infertilidad<sup>660</sup>.

Anteriormente, el ordenamiento jurídico francés<sup>661</sup> permitía el uso de técnicas de procreación médicamente asistida con el único fin de remediar problemas de fertilidad, es decir, para evitar la transmisión de enfermedades especialmente graves al feto por parte de un miembro de la pareja.

En particular, la Ley 1994/564<sup>662</sup> regulaba el acceso y la regulación de las técnicas de PMA heteróloga, que consideraba un tratamiento médico destinado a remediar problemas médicos relativos a uno (o ambos) miembros de la pareja. Por tanto, esta ley sólo permitía utilizar la técnica para remediar problemas de infertilidad o de transmisión de enfermedades genéticas, lo que

---

<sup>658</sup> *Loi no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*, cf. en <https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>659</sup> *El Comité Consultivo Nacional de Ética* (CCNE), el Consejo de Estado, la *Oficina Parlamentaria de Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas* (OPESCT) y una comisión de información especialmente creada en la Asamblea Nacional participaron en el proceso de revisión y elaboración de esta nueva ley.

<sup>660</sup> G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, en *GenIUS*, 2022, 2-3.

<sup>661</sup> M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, en M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (eds.), *Fecondazione eterologa*, 2015, 114-120. Véase también E. BOTTINI, *Francia*, en P. PASSAGLIA (ed.), *La fecondazione eterologa*, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2014, 3 ss.

<sup>662</sup> Más concretamente, la disciplina se recogía en una serie de leyes de bioética promulgadas en 1994. Se trata de la ley 1994/548 relativa al "Tratamiento de datos reglamentarios con fines de investigación sanitaria y modificación de la ley 78-17 relativa a la informática, los archivos y las libertades", la ley 1994/563 relativa a la "Protección del cuerpo humano" y, por último, la ley 1994/564 relativa a la "Donación y utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, la ayuda a la procreación y el diagnóstico prenatal". Este último, en particular, estableció la primacía de la persona humana y la salvaguardia de su dignidad, el respeto del cuerpo humano, que es inviolable e intransferible, la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada y la nulidad de todo contrato que tenga por objeto la comercialización de una parte del cuerpo y de sus productos.

excluía a las parejas del mismo sexo, *los solteros* y la fecundación *post mortem*.

Hoy en día asistimos en Francia a la "invasión" de la *Assistance medicale à la procréation* (AMP)<sup>663</sup> ahora accesible a las mujeres solas o en pareja, independientemente de la existencia de una patología. Así pues, el legislador ha puesto fin al modelo establecido en 1994 con la primera intervención legislativa en este ámbito, que hasta ahora se había considerado la referencia de las normas deontológicas profesionales que regulaban el uso de las nuevas tecnologías de reproducción elaboradas a principios de los años setenta<sup>664</sup>. A diferencia de las leyes de bioética adoptadas por el legislador francés a partir de 1994, que se basaban en un modelo capaz de conciliar el progreso científico dentro de los grandes principios de dignidad, inviolabilidad e indisponibilidad del cuerpo, que caracterizan la llamada "*bioética a la francesa*".<sup>665</sup> la ley de bioética de 2021 persigue un espíritu muy diferente, ya que pretende responder a una "demanda social que la ciencia podría haber satisfecho hace tiempo, pero que la moral común rechazó"<sup>666</sup>. En este sentido, es significativo que los dictámenes emitidos por el *Comité consultivo nacional de ética* se hayan pronunciado por primera vez sobre ámbitos disciplinarios que hasta ahora habían permanecido fuera de la competencia del órgano, como los relativos al desarrollo de la familia y a la regulación de la filiación<sup>667</sup>.

En materia de asistencia médica a la procreación (AMP), el contraste de orientación legislativa entre 1994 y 2021 es radical y marca el triunfo de un derecho subjetivo basado en la voluntad<sup>668</sup>.

---

<sup>663</sup> D. MEHL, *La loi de bioéthique de 2021*, en *AJ famille*, 2021, 520-522.

<sup>664</sup> C. BYK, *Loi relative à la bioéthique. - Révision et changement de cap de la politique publique*, en *La Semaine Juridique Edition Générale*, 39, 2021, 1000 y ss.

<sup>665</sup> Véase D. MEHL, *La PMA déconfinée*, L'Harmattan, París, 2021.

<sup>666</sup> Véase la nota emitida por el *Defensor de los Derechos* el 20 de diciembre de 2019; *Défenseur des droits n°19- 13 sur le projet de loi n°63 relatif à la bioéthique, Avis, 19-13, 20 décembre 2019 concernant le Projet de Loi no 63 relatif à la bioéthique*.

<sup>667</sup> D. MEHL, *La PMA déconfinée*, cit., quien señala que fue precisamente constatando estas "évolutions sociétales" que el CCNE, en su dictamen n° 126 de 15 de junio de 2017, se pronunció por primera vez a favor de la apertura del AMP a las parejas femeninas y a las mujeres solteras, "*sous réserve de la prise en compte de conditions d'accès et de faisabilité*".

<sup>668</sup> Como prueba de este nuevo paradigma y del cambio radical de perspectiva, véanse las intervenciones de los diputados durante el examen del proyecto de ley. Véase Ass. nat., 2º examen del proyecto de ley n° 3181, adoptado por la Comisión Especial y modificado por el Senado. En particular, véase G. CHICHE (Partido Verde Ecologista), p. 202: "*au sein des*

En última instancia, el legislador francés con la nueva ley de bioética identificó el deseo y la voluntad como medios para superar las limitaciones corporales y dar al sistema de procreación, filiación y paternidad una dimensión "social"<sup>669</sup>.

### 3.2. Alemania

Alemania no cuenta con una legislación específica relativa a la procreación médicamente asistida<sup>670</sup>, pero pueden encontrarse algunas referencias al respecto en la Constitución (es decir, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949), la Ley de Protección de Embriones de 1990<sup>671</sup>, las Directrices y la práctica médica.

En particular, la citada ley de 1990 es de carácter penal y se basa en el principio de la primacía de la protección de la vida prenatal sobre la autodeterminación de los padres, hasta el punto de considerar el derecho del menor a conocer su origen genético y a identificar al donante.

En concreto, son las "Directrices modelo para la realización de la procreación médicamente asistida" de 17 de febrero de 2006<sup>672</sup> las que regulan íntegramente el fenómeno<sup>673</sup>.

---

*nombreux sujets à traiter, notre boussole devra être celle de l'égalité et du libre arbitre, composantes fondamentales de notre démocratie". Véase también la intervención de B. LACHAUD (izquierda radical) p. 201: "L'égalité doit être notre boussole; la simple application des principes républicains doit nous guider. La igualdad es una idea muy simple que todo el mundo comprende; el principio está recogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: la ley es igual para todos, tanto si protege como si castiga. Tampoco sirve de nada inventar circonvoluciones, subrogaciones y sistemas complejos -y sobre todo de pago- que constituyan otras tantas ocasiones de limitar el acceso a la PMA".*

<sup>669</sup> Sobre la dimensión social de la intervención legislativa, véase X. BIOY, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, en *AJDA*, 2021, 1826 ss. Véase también G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 7.

<sup>670</sup> M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, cit., 120-129. Véase también M.T. RÖRIG, *Germania*, en P. PASSAGLIA (ed.), cit., 17 y ss.

<sup>671</sup> *Embryoneschutzgesetz (ESchG)* de 13 de diciembre de 1990, que entró en vigor el 1 de enero de 1991. La protección de embriones también está regulada por la Ley de Protección de Embriones en relación con la importación y utilización de células madre embrionarias humanas (*Stammzellengesetz*) de 28 de junio de 2002, en su versión modificada.

<sup>672</sup> Adoptada por el Consejo Científico de la Orden Nacional.

<sup>673</sup> Se hace especial hincapié en las Directrices modelo para la realización de la reproducción asistida de 17 de febrero de 2006, formulada por el Consejo Científico de la Organización Médica

Estas normas aclaran, *ante todo*, que la fecundación asistida tiene carácter terapéutico y subsidiario, y precisan además que la fecundación heteróloga - permitida únicamente mediante la donación de gametos masculinos y sólo con el consentimiento del donante y de la mujer receptora- sólo puede adoptarse en caso de fracaso de la fecundación homóloga, si existen trastornos graves de la fertilidad en el hombre o si hay riesgo de transmisión de enfermedades genéticas al feto<sup>674</sup> .

La ley examinada prohíbe y penaliza la llamada donación de óvulos, es decir, la fecundación de un óvulo que luego no se utiliza para la mujer a la que pertenece, así como la maternidad subrogada<sup>675</sup> .

Además, la llamada *Adoptionsvermittlungsgesetz* (Ley de Mediación en la Adopción de 1976)<sup>676</sup> prohíbe las actividades de mediación destinadas a procurar madres de alquiler, mientras que las madres de alquiler o los padres que han dado el encargo de mediación no son castigados (éstos, sin embargo, pueden ser considerados responsables de una infracción administrativa)<sup>677</sup> .

La *Adoptionsvermittlungsgesetz* no regula expresamente la procreación heteróloga, pero no prohíbe este tipo de fecundación, salvo la limitación derivada de la prohibición de la donación de óvulos y la fecundación *post*

---

Colegial, acto dotado de

de carácter vinculante. Para una mayor discusión, véase A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità: Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Turín, 2018, 72-73.

<sup>674</sup> En la misma línea, a partir de la Ley de Diagnóstico Genético Preimplantacional de 21 de noviembre de 2011 (*Praimplantationsdiagnostikgesetz*), el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) está prohibido con carácter general y solo se permite cuando existe un riesgo grave de transmisión de enfermedades genéticas. El DGP debe ir precedido de asesoramiento especializado, consentimiento informado de la madre y una comisión médica.

<sup>675</sup> La doctrina germánica, en cambio, adopta la postura contraria, considerando totalmente lícito el recurso a la maternidad subrogada

en caso de infertilidad o esterilidad de la pareja, esta técnica no vulnera el derecho fundamental a la dignidad humana. Para un análisis más detallado, véase M. HERDEGEN, *Art. 1 LF*, en T. MAUNZ, G. DÜRIG (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, 86.ª ed., München, 2019, n.º 101. En *contraposición* véase H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, *Art. 2 LF, párr. 2 en ID.*, *Kommentar zum Grundgesetz: GG, VII ed.*, München, 2018, núm. 107; S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, en *federalismi.it*, 6, 2020.

<sup>676</sup> Ley de 2 de julio de 1976, en vigor desde el 1 de enero de 1977, en *BGBI*, I S. 1762.

<sup>677</sup> Para más información, véase D. CONRAD-GRAF, *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG)*, en J.P. GRAF, M. JÄGER, P. WITTIG (Eds.), *Wirtschaftsund Steuerstrafrecht*, München, 2011, 1047 y ss.

*mortem*, establecida en el artículo 4, apartado 1, punto 3. La única condición que legitima la práctica resulta ser la presencia del consentimiento del donante y el de la mujer, ambos mayores de edad y capaces de comprender<sup>678</sup>.

En esencia, la AMH heteróloga en Alemania no se desaconseja abiertamente, pero se aborda con mucha cautela, como demuestra la prohibición de la donación de óvulos y la imposibilidad de mantener el anonimato de la donante, basada en el derecho inviolable a conocer los propios orígenes genéticos<sup>679</sup>.

### 3.3. Reino Unido.

La experiencia *del Common Law*, que se caracteriza por la ausencia de una abundante legislación escrita y el predominio de la jurisprudencia, parece ser absolutamente única.

El Reino Unido cuenta con una avanzada normativa sobre fecundación heteróloga y maternidad subrogada<sup>680</sup>.

Actualmente está en vigor la *Ley de Fertilización Humana y Embriología* de 2008<sup>681</sup>. Esta última modificó tanto la *Ley de Fertilización Humana y Embriología* de 1990<sup>682</sup> como la *Ley de Clonación Reproductiva Humana* de 2001.<sup>683</sup>

La legislación en su conjunto establece una autoridad administrativa independiente, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA), encargada de supervisar las prácticas de fecundación asistida y de expedir las licencias pertinentes a las clínicas que deseen ofrecer este tipo de servicios sanitarios<sup>684</sup>.

---

<sup>678</sup> M.T. RÖRIG, *Germania*, cit., 24.

<sup>679</sup> Esto se debe a que el principio de presunción de paternidad se aplica en el caso de un menor nacido dentro del matrimonio, y al menor se le concede esencialmente el derecho inviolable a conocer sus orígenes genéticos, con la consiguiente legitimidad para impugnar la paternidad legal y social del marido de la madre.

<sup>680</sup> S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 13.

<sup>681</sup> En *UK Public General Acts*, 2008, 22, y disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/notes/contents>.

<sup>682</sup> En *UK Public General Acts*, 1990, 37, en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37>.

<sup>683</sup> En *UK Public General Acts*, 2001, 23, en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/23>.

<sup>684</sup> Para más información, véase AA.VV., *The Evolution of Legislation in the Field of*

Los artículos 3, 3ZA y 4 del Reglamento de 1990 regulan las autorizaciones legalmente habilitadas que pueden concederse a embriones y gametos. En concreto, sólo pueden implantarse en el útero femenino los gametos y embriones "autorizados" (*permitidos*), es decir, los elementos biológicos implantados por una clínica autorizada y para los fines determinados por la ley, es decir, el tratamiento de la infertilidad<sup>685</sup>. El texto original, que data de la legislación de los años 90, prohibía la implantación de gametos que no procedieran de la *pareja de la* mujer, prohibiendo así la fecundación heteróloga con discriminación de las parejas del mismo sexo.

En 2008, la *Ley de Fecundación Humana y Embriología* derogó esta norma, haciendo posible el acceso a la fecundación homóloga y heteróloga tanto para parejas heterosexuales como homosexuales.

Más concretamente, no se exige expresamente que la solicitante esté casada, cohabite o unida civilmente, por lo que el tratamiento también es admisible para las mujeres solteras<sup>686</sup>. Lo único que se exige es la mayoría de edad y la capacidad para dar el consentimiento por escrito<sup>687</sup>. También se

---

*Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, en *BioMed Research International*, 2014, en <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/>.

<sup>685</sup> Parece que en el Derecho inglés la noción de infertilidad puede interpretarse de forma extensiva, hasta el punto de incluir los casos de parejas homosexuales incapaces de concebir de forma natural. Para más información, véase S.F. SCHULTZ, *Surrogacy Arrangements: Who Are the Parents of a Child Born through Artificial Reproductive Techniques*, en *Ohio NUL Rev.*, 1995, vol. 22, 273 y ss.

<sup>686</sup> C. BLACKSTOCK, *No need for fathers in IVF treatment says fertility chief*, en *The Guardian*, 21 de enero de 2004, disponible en <https://www.theguardian.com>. Para más lecturas, M. BRAZIER, *Liberty, responsibility, maternity*, en *Current Legal Problems*, vol. 52, 359-391; ID., *Being human: Of liberty and privilege*, en *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, Routledge, Londres, 2009, 1-14; M. FORD, *Nothing and not-nothing: Law's ambivalent response to transformation and transgression at the beginning of life*, en *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, Londres, 2009, 21-47.

<sup>687</sup> Para más información sobre el *consentimiento informado*, véase COMMITTEE ON BIOETHICS, *Informed Consent, Parental Permission, and Absent in Pediatric Practice*, en *Pediatrics*, 1995, vol. 46, n° 2, 314 y ss.; N.M.P. KING, *A history and theory of informed consent*, Nueva York, 1986, *passim*; J. KATZ, A.M. CAPRON, *The silent world of doctor and patient*, Baltimore, 2002, 7 y ss.; L. CUTTER, *Walter Reed, Yellow Fever, and Informed Consent*, en *Military Medicine*, 2016, vol. 181, n° 1, 90 y ss.; K. CHALIL MADATHIL, R. KOIKKARA, A.K. GRAMOPADHYE, J.S. GREENSTEIN, *An Empirical Study of the Usability of Consenting Systems: IPad, Touchscreen and Paper-based Systems*, en *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, 2011, vol. 55, 813 y ss.

espera que se informe detalladamente a la mujer sobre las modalidades, los riesgos, los costes de la operación y sus posibles consecuencias.

La determinación de la relación de filiación<sup>688</sup> se rige por los artículos 33 y siguientes de la Ley de 2008. La madre del menor es la que ha participado en el procedimiento de inseminación artificial o fecundación *in vitro* y ha dado a luz al menor por ese medio. Según la regla general establecida en el artículo 35, el padre es el que está casado con la madre en el momento de la fecundación, si los gametos proceden del mismo individuo<sup>689</sup>.

Esta norma está sujeta a las excepciones establecidas en las secciones 36 y 37 siguientes. De hecho, se especifica que, aparte de lo dispuesto en el artículo 35, un varón puede ser considerado padre legal del menor siempre que haya dado su consentimiento a la fecundación, incluso en un momento anterior. De este modo, el individuo asume todas las cargas y obligaciones derivadas de la ley, siempre que no existan vínculos entre él y la madre del menor que impidan la celebración del matrimonio (es decir, relaciones de parentesco o afinidad). Esta peculiar figura inherente a la relación jurídica de filiación se denomina "*paternidad pactada*"<sup>690</sup>.

---

<sup>688</sup> Sobre la génesis de la filiación en parejas del mismo sexo en el Reino Unido, véase M. SMIETANA, S. JENNINGS, C. HERBRAND, S. GOLOMBOK, *Family Relationships in gay father families with young children in Belgium, Spain and United Kingdom*, en AA. VV., *Relatedness in Assisted Reproduction*, Cambridge, 2014, 192 y ss.; D. AMRAM, *Homosexuality and Child Custody through the Lenses of Law: Between Tradition and Fundamental Rights*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 15, núm. 1.

<sup>689</sup> S. A. DICAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit.

<sup>690</sup> En aras de la claridad, se reproduce a continuación el texto del artículo 37 de la Ley de FIV de 2008:

*"Las condiciones de paternidad acordada a las que se hace referencia en el artículo 36(b) se cumplen en relación con un hombre ("M") en relación con el tratamiento dispensado a W en virtud de un permiso si, pero sólo si: (a) M ha notificado a la persona responsable que consiente en ser tratado como el padre de cualquier hijo resultante del tratamiento dispensado a W en virtud del permiso, (b) W ha notificado a la persona responsable que consiente en que M sea tratado como tal, (c) ni M ni W, desde que notificaron en virtud del párrafo (a) o (b), ha notificado a la persona responsable la retirada del consentimiento de M o de W para que M sea tratado como tal, (d) W no ha notificado a la persona responsable, desde la notificación en virtud del apartado (b), (i) una nueva notificación en virtud de dicho apartado en la que consienta que otro hombre sea tratado como padre del hijo resultante, o (ii) una notificación en virtud del artículo 44(1)(b) en la que consienta que una mujer sea tratada como progenitora del hijo resultante, y (e) W y M no se encuentran dentro de los grados prohibidos de parentesco entre sí. Las notificaciones contempladas en el apartado (1)(a), (b) o (c) deberán realizarse por escrito y estar firmadas por la persona que las realice. Se considerará que una notificación realizada en virtud del apartado (1)(a), (b) o (c) por una persona ("S") que no puede firmar debido a una enfermedad, lesión o discapacidad*

Por primera vez en Europa, se sustituye el paradigma de la descendencia biológica por una descendencia plenamente "negociada", basada en el acuerdo escrito entre las partes, que asumen la responsabilidad parental de la educación, manutención y paternidad del nasciturus, con una dinámica similar (desde esta perspectiva) a la institución de la adopción, a la que, por otra parte, el Derecho anglosajón no necesita recurrir<sup>691</sup>. En estos casos, de hecho, la filiación viene determinada directamente por la ley, de ahí la mayor seguridad de las situaciones jurídicas<sup>692</sup>.

El artículo 42, sobre la regulación de la filiación en el caso de una mujer en pareja de hecho o casada con otra mujer, contiene otro elemento innovador. En efecto, en caso de que uno de los dos *miembros de la pareja haya recurrido* a los procedimientos de PMA durante el matrimonio o la unión civil, se considerará que la otra mujer es a todos los efectos la progenitora del menor nacido, salvo que conste que no había dado su consentimiento a dicha operación.

El legislador anglosajón define esta fenomenología jurídica como "paternidad femenina convencional". Es totalmente especular y equivalente a la paternidad masculina convencional, confirmando en esto la relevancia primordial de la voluntad y la situación concreta sobre el paradigma anterior de la descendencia biológica<sup>693</sup>.

Con esta disposición legal, el Derecho inglés demuestra que ignora totalmente el paradigma de la unidad familiar regida por la bigenitorialidad heterosexual.

---

*física cumple el requisito del apartado (2) en cuanto a la firma si se firma bajo la dirección de S, en presencia de S y en presencia de al menos un testigo que atestigüe la firma".*

<sup>691</sup> Más en general sobre el tema véase P. SAITTA, *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. A European review*, en *Quaderni del Cirsdig*, 2006, n.º 18, 3 y ss.; C. CERSOSIMO, *La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano*, en [www.familia.it](http://www.familia.it), 4 de abril de 2019; E. BERNHARDT, F. GOLDSCHIEDER, *Gender Equality, Parenthood Attitudes, and First Births in Sweden*, en *Vienna Yearbook of Population Research*, vol. 4, 2006, 19 y ss.

<sup>692</sup> Parece poder afirmarse, pues, que el *common law* anglosajón constituye, junto con el derecho español, una de las pocas experiencias jurídicas capaces de prescindir de la adopción, proponiendo un sistema jurídico más acorde con las nuevas exigencias socio-históricas.

<sup>693</sup> Para más información al respecto, véase B.E. BOULT, *The need to define the terms 'parent' and 'parenthood'*, en *Med Law*, 4, 1990, 1028-1035; M.B. KING, *Homosexuality and Parenthood*, en *British Medical Journal*, 1991, vol. 303, n.º 6797, 295 y ss.; G. FOND, N. FRANC, D. PURPER-OUAKIL, *Homosexual parenthood and child development: present data*, en *Encephale*, 2012, vol. 38, n.º 1, 10 y ss.

Por último, cabe mencionar que la misma ley también permite, a diferencia de la mayoría de los marcos normativos europeos, la inseminación artificial *post mortem*<sup>694</sup>.

#### 4. Legislación española.

El legislador español<sup>695</sup> ha dado a la procreación médicamente asistida una regulación muy liberal, persiguiendo el objetivo de proteger el derecho - constitucionalmente garantizado- a formar una familia, considerando la fecundación asistida como un método alternativo a la concepción natural. De hecho, la esterilidad y la infertilidad de la pareja no son requisitos esenciales para el acceso.

La primera ley sobre AMPA se aprobó en 1988<sup>696</sup> y preveía: la licitud de todas las prácticas de fecundación asistida, incluida la fecundación heteróloga; el libre acceso para todas las parejas, incluidas las *del mismo sexo*, y para todas las mujeres sin límite de edad, casadas, convivientes o solteras; la donación de gametos, tanto masculinos como femeninos, siempre que sea gratuita, anónima y con el debido consentimiento; y la posibilidad de fecundación *post mortem* (siempre que vaya precedida del consentimiento válidamente expresado de antemano por el fallecido).

Posteriormente, en desarrollo de esta ley, se aprobó en 1996 el Real Decreto 412<sup>697</sup>, que reguló la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos Preembrionarios con Fines de Reproducción Humana, gestionado por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), comunidad científica sin ánimo de lucro integrada por profesionales con experiencia en la investigación, docencia y asistencia en materia de fertilidad y reproducción asistida.

---

<sup>694</sup> Para lo cual véase en Italia A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Nápoles, 2006, *passim*. F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milán, 1984, 102 y ss.; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., 23 y ss. Sobre este punto también G. GIAIMO, *Il consenso inespresso a essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, cit., 855 y ss.

<sup>695</sup> M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, cit., 129-135. Véase también C. GUERRERO PICÒN, *Spagna*, en P. PASSAGLIA (ed.), cit., 69 y ss.

<sup>696</sup> Ley nº 35 de 22 de noviembre de 1988, "Sobre técnica de reproducción humana asistida", disponible en <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

<sup>697</sup> Disponible en <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

Al año siguiente se creó una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. En 2003 se promulgó la Ley nº 45 "Sobre técnica de reproducción asistida"<sup>698</sup>, que, reformando la anterior, introdujo un límite máximo de fecundación de 3 ovocitos por ciclo y decretó la prohibición de utilizar embriones sobrantes con fines de investigación científica.

Posteriormente, la Ley nº 35/1988 fue sustituida por la Ley nº 14 de 26 de mayo de 2006, modificada<sup>699</sup>, que no modificó su estructura y admitió todas las técnicas de PMA acreditadas científica y clínicamente, recogidas en una lista actualizable en función de los avances médicos, y permitió el acceso a todas las mujeres mayores de edad, independientemente de su estado civil y orientación sexual.

Como se verá con más detalle a continuación, en la legislación española la procreación médicamente asistida no se considera un mero tratamiento sanitario subsidiario, sino una técnica de concepción alternativa a la concepción natural, accesible a cualquier persona, incluidos los solteros y las parejas del mismo sexo.

#### 4.1. La Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

En España, la reproducción asistida está regulada por la ley nº 14 de 26 de mayo de 2006<sup>700</sup>.

La legislación regula las técnicas de inseminación artificial, fecundación *in vitro* y transferencia de embriones. En cuanto al *estatuto filiatorio* de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, el artículo 7 establece que se rige por el Derecho civil, salvo las excepciones contenidas en los tres artículos siguientes<sup>701</sup>.

Los donantes de gametos deben tener al menos 18 años y gozar de buena salud. Deben dar su consentimiento en persona. La donación tiene las

---

<sup>698</sup> Disponible en <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

<sup>699</sup> Tanto la Ley nº 14/2006 como sus modificaciones posteriores pueden consultarse en <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

<sup>700</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, publicada en el Boletín Oficial de Estado (BOE) nº 126 de 27 de mayo de 2006.

<sup>701</sup> Art. 7, coma 1 : "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos".

características de irrevocabilidad, gratuidad, formalidad y confidencialidad. En concreto, la retirada del consentimiento sólo es posible cuando el donante necesita los gametos para sí mismo, siempre que aún estén disponibles<sup>702</sup>.

El acto no puede tener fines comerciales o lucrativos y sólo se prevé una indemnización por los gastos realizados y el trabajo físico soportado. El contrato en cuestión prevé que el contrato se formalice por escrito *ad substantiam* con una pesada carga de información para el establecimiento, de conformidad con el principio de consentimiento informado<sup>703</sup>.

La legislación española demuestra una considerable sensibilidad en relación con el consentimiento informado, especificando que la carga de conocimiento debe cumplirse de forma que la información sea también fácilmente accesible para las personas con discapacidad<sup>704</sup>. La donación, en caso de fecundación heteróloga, será totalmente anónima y se garantizará la confidencialidad de los datos que revelen la identidad del donante<sup>705</sup>.

---

<sup>702</sup> Art. 5, coma 2: "la donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor".

<sup>703</sup> Para más información sobre el consentimiento informado, que es una de las piedras angulares de la responsabilidad médica, véanse V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 312 y ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 205 y ss.

<sup>704</sup> Art. 5, coma 4: "el contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad".

<sup>705</sup> En España se garantiza el derecho al anonimato de las personas que participan en las operaciones de fecundación, lo que está llamado a entrar en colisión con el derecho del menor nacido a conocer sus orígenes, afirmado en varias ocasiones por el TEDH. La cuestión ha interesado no poco a la doctrina y jurisprudencia ibéricas. Una temprana sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 17 de junio de 1999 núm. 116, en *Tol*, 13003) negó que la disposición en cuestión entrara en conflicto con el principio de libre búsqueda de la paternidad, considerado implícito en el artículo 39 de la Constitución. Por el contrario, parte de la doctrina considera que la legislación es manifiestamente inconstitucional, reclamando una reforma que permita el contacto, de forma confidencial, entre el menor generado y su padre o madre biológicos. Cfr. J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2000, 12, 113- 137; A. LÒPEZ ANCONA, *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, 71.

Además, también en relación con el consentimiento, el Derecho ibérico distingue las situaciones de la mujer casada en matrimonio, la mujer conviviente y la mujer *soltera*.

En el primer caso, también será necesario el consentimiento del marido, a menos que haya habido una separación legal o de hecho. La *ratio legis* parece clara si se tiene en cuenta que el artículo 116 *Código civil establece* una presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio<sup>706</sup>. De este modo, la norma pretende proteger a la figura paterna, al exigir que se le ponga en conocimiento de la operación que se está llevando a cabo, ya que asumirá los deberes y obligaciones previstos por la ley respecto del nasciturus.

De hecho, en materia de filiación, el ordenamiento jurídico ibérico distingue entre títulos *constitutivos (título constitutivo)* de filiación y *títulos de determinación (título de determinación)*<sup>707</sup>.

El título constitutivo se refiere al hecho que causa determinantemente la filiación, es decir, la generación o adopción. El título determinativo se refiere al método legal de comprobación.

Se recogen en el artículo 113 del *Código civil*, según el cual la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, y se hace constar por el documento o sentencia que legalmente la determine, por la presunción de paternidad matrimonial o, en defecto de los medios anteriores, por la posesión del estado<sup>708</sup>. El registro tiene carácter declarativo y se basa en el principio de correspondencia entre la verdad jurídica y la verdad biológica<sup>709</sup>.

---

<sup>706</sup> Como ya se ha mencionado, en el Derecho italiano la misma norma se establece en el artículo 231 del Código Civil, que abre el Capítulo I del Título VII del Libro I, dedicado a la presunción de paternidad y a la condición de hijo. Según esta disposición, el marido es el padre del hijo concebido o nacido durante el matrimonio. Se trata de una presunción legal que sólo puede ser desvirtuada mediante la interposición de una acción de repudiación de conformidad con el artículo 235 del Código Civil, incluso cuando haya habido una declaración de nulidad del matrimonio entre los cónyuges. En este sentido, Cass., 8 de junio de 2012, n° 9379, en [www.gaudit.it](http://www.gaudit.it).

<sup>707</sup> S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit.

<sup>708</sup> La posesión de estado es, según la teoría general del derecho, aquel complejo de hechos y situaciones a partir del cual se llega a la existencia de un título correspondiente, por tanto, a la existencia de una situación jurídica concreta. En el Derecho civil italiano, los títulos de determinación se rigen por el artículo 236 del Código Civil, según el cual la filiación se prueba mediante la partida de nacimiento inscrita en los registros del estado civil. A falta de este título, bastará con la posesión continuada de la condición de hijo.

<sup>709</sup> R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, 1993, 15

Desde este punto de vista, la técnica de reproducción asistida heteróloga viola ese principio. Sin embargo, parte de la doctrina considera que la Ley nº 14 de 2006 no introdujo en el ordenamiento jurídico un nuevo título constitutivo de la filiación distinto de la generación natural<sup>710</sup>. Por el contrario, el caso debe adscribirse siempre dentro de la categoría mencionada, teniendo la peculiaridad de determinarse mediante el uso de técnicas de fecundación asistida. Se habla, en estos casos, de una "generación *sui generis*"<sup>711</sup>. La doctrina señala además que esta solución se encuentra en la propia ley que, en su artículo 7, remite expresamente a las normas del Código Civil.

El apartado 1 del artículo 8 de la Ley nº 14 de 2006 establece, pues, que si la mujer está casada, ni ella ni su marido podrán impugnar la presunción de paternidad del hijo nacido durante el matrimonio tras la aplicación de técnicas de fecundación<sup>712</sup>, incluso en los casos de fecundación heteróloga en los que la paternidad legal no se corresponde con la paternidad biológica. El *fundamento de* la norma es claramente garantizar el derecho del menor a una unidad familiar estable y cierta, sin que pueda ser discriminado en virtud de una elección realizada por los progenitores de forma consciente, expresa y determinada<sup>713</sup>.

*Ergo, en España*, tanto en el caso de fecundación homóloga como heteróloga, se producirá (casi automáticamente) la inscripción de la relación de filiación por cuenta del marido, de conformidad con el artículo 44 de la Ley del Registro Civil (Ley nº 20, de 21 de julio de 2011)<sup>714</sup>.

---

y ss.

<sup>710</sup> J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)*, en *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, 301 ss.

<sup>711</sup> J. INIESTA DELGADO, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (eds.), *Tratado de Derecho de familia*, Cizur Menor, 2011, 747.

<sup>712</sup> "Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

<sup>713</sup> S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 9.

<sup>714</sup> M. NAVARRO CASTRO, *Ad art. 44 LRC, Inscripción de nacimiento y filiación*, en J.A. COBACHO GÓMEZ, A. LECIÑENA IBARRA (eds.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, 2012, 690-692; R. VERDERA SERVER, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA, Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, en J.A. COBACHO GÓMEZ, J.J.

En el ordenamiento jurídico español, el matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido<sup>715</sup>, pero la disposición del artículo 8, § 1 no se ha hecho extensiva al cónyuge de una mujer que recurra a la fecundación heteróloga. Por tanto, la relación de filiación con éste no se producirá de forma automática, sino que, según el artículo 7, § 3, la cónyuge podrá manifestar su consentimiento, si no está separada legalmente o de hecho, para que se produzca su inscripción en el Registro Civil, con los efectos previstos en la ley<sup>716</sup>.

En consecuencia, en España no es necesario recurrir a procedimientos de adopción cuando la pareja está unida en matrimonio de conformidad con lo dispuesto en el *Código civil*. En efecto, para la constitución de la relación de filiación basta con que la cónyuge preste su consentimiento.

El consentimiento debe otorgarse en el momento del nacimiento del menor y puede formalizarse en el documento que acredite el consentimiento a la reproducción asistida, ante el encargado del registro civil, o en escritura pública.

También es necesario distinguir entre el consentimiento prestado en el momento de recurrir a la técnica de fecundación heteróloga y el consentimiento prestado para el establecimiento de la relación de filiación.

La primera no tiene ningún efecto sobre el establecimiento de esa relación, que requiere necesariamente la manifestación de la segunda. De acuerdo con los principios generales, el consentimiento debe ser libre, espontáneo, no coaccionado y libre de vicios<sup>717</sup>. Si la mujer no está casada, sino que sólo

---

INIESTA DELGADO (eds.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, 2007, 266-267 y 272.

<sup>715</sup> La Ley nº 13 de 1 de julio de 2005 modifica el artículo 44 del Código Civil español permitiendo el acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo. La ley se publicó en el BOE nº 157 de 2 de julio de 2005.

<sup>716</sup> Art. 7, coma 3: "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

<sup>717</sup> En una sentencia (SAP, Islas Baleares 31 de marzo de 2014, en *Aranzadi Civil*, 2014, p. 654), se impugnó el consentimiento prestado por el cónyuge porque se prestó, según la demandante, en una condición de fragilidad mental determinada por la dominación ejercida sobre ella por la mujer que daba a luz. El tribunal rechazó esta solicitud, al encontrar pruebas de lo contrario en las condiciones de vida de la pareja, que había planeado desde hacía tiempo recurrir a la fecundación heteróloga incluso antes de casarse. Cf. J. RAMÒN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiaciòn derivada de las tècniques de reproducciòn assistida (un anàlisi crític de la experiència jurídica espanyola, trenta anys depuès de la aprobaciòn de la*

cohabita con un hombre, no necesita el consentimiento de éste para recurrir a técnicas de fecundación heteróloga. No obstante, el párrafo segundo del artículo 8 permite que dicho consentimiento se preste en cualquier caso, de forma espontánea y antes de la implantación del óvulo fecundado procedente de una tercera donante<sup>718</sup>.

Según la *ley en acción*<sup>719</sup>, el consentimiento también puede inferirse de una conducta inequívoca, como la firma por parte de la clínica del documento presentado. Si éste es el caso, generalmente se considera que la inscripción de la relación de filiación puede tener lugar en virtud del artículo 44 (7) nº 2 de la Ley del Registro Civil, mediante la mera posesión de estado determinada por la conducta concluyente del padre o de la madre<sup>720</sup>.

En consecuencia, según la doctrina dominante<sup>721</sup>, el consentimiento prestado por el conviviente no constituye una cualificación para la determinación de la filiación, sino un impedimento para su posible impugnación.

Por tanto, también aquí se produce un *hiato entre la* verdad biológica y la verdad jurídica, que pueden coexistir pacíficamente en el ordenamiento jurídico español<sup>722</sup>.

Desde esta perspectiva, el consentimiento dado para la implantación del óvulo fecundado constituye un acto de responsabilidad, consistente en el compromiso de tomar como propio al menor nacido mediante esta técnica, en deferencia a la planificación familiar común<sup>723</sup>.

---

*primera regulaciòn legal sobre la materia*, cit., p. 320.

<sup>718</sup> S. A. DICAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 10.

<sup>719</sup> Véase STSJ Cataluña, 22 de diciembre de 2008, en *Tol* 1548432.

<sup>720</sup> Cfr. l. núm. 20 de 21 de julio de 2011, art. 44, párr. 7, núm. 2: "cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia".

<sup>721</sup> J.J. INIESTA DELGADO, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (eds.), *Tratado de Derecho de familia*, Cizur Menor, 2011, 777-778; R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, cit., 290-291.

<sup>722</sup> S. A. DICAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 11.

<sup>723</sup> Para una detención preventiva véase SAP Alicante, 23 de diciembre de 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, p. 275. El tribunal estimó la demanda presentada por la madre del menor, generada artificialmente mediante la contribución del hombre con el que cohabitaba. El juez consideró que la demanda podía ser aceptada sobre la base del consentimiento dado por el hombre en el momento de la fecundación, pero hay que tener en cuenta que se trataba de un

No obstante, la interpretación del apartado 2 del artículo 8, que excluye expresamente las demandas de paternidad, ha planteado algunos problemas. La redacción se ha interpretado en el sentido de excluir que el donante de la contribución genética masculina pueda faltar a su derecho-deber al anonimato solicitando el reconocimiento del hijo, mientras que se considera que tal acción puede ser ejercitada por la madre<sup>724</sup>.

Por lo que respecta al caso de una mujer que cohabita con una persona de su mismo sexo, el Derecho convivencial suele reconocer que el consentimiento prestado por la mujer cohabitante puede servir como indicio de estado a efectos del reconocimiento de la maternidad con arreglo al artículo 131 del Código Civil<sup>725</sup>.

---

caso de fecundación homóloga en el que la verdad biológica se correspondía plenamente con la verdad jurídica. Véase J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiaciòn derivada de las tècniques de reproducciòn asistida (un anàlisi crític de la experiència jurídica espanyola, trenta anys depuès de la aprobaciòn de la primera regulaciòn legal sobre la materia)*, cit., 323.

<sup>724</sup> En particular, se sostiene que dicha acción puede ser ejercitada por la madre si la pareja se niega al reconocimiento, en contra del acto de consentimiento ya prestado en el momento de la implantación del óvulo. Se hace referencia a SAP Alicante, 23 de diciembre de 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, p. 275. El Tribunal estimó la demanda presentada por la madre del menor, generada artificialmente mediante la contribución del hombre con el que cohabitaba. El juez consideró que la demanda podía estimarse sobre la base del consentimiento prestado por el hombre en el momento de la fecundación, pero hay que tener en cuenta que se trataba de un caso de fecundación homóloga en el que la verdad biológica se correspondía plenamente con la verdad jurídica. Véase J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiaciòn derivada de las tècniques de reproducciòn asistida (un anàlisi crític de la experiència jurídica espanyola, trenta anys depuès de la aprobaciòn de la primera regulaciòn legal sobre la materia)*, cit., 323.

<sup>725</sup> De conformidad con el artículo 131 del Código Civil español, cualquier persona interesada podrá ejercitar una acción de reconocimiento de la relación de filiación por posesión de estado. Véase STS de 5 de diciembre de 2013, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2013, p.7566, comentada por J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de Estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad*, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, 18, 400-419. En este caso, el Tribunal Supremo estimó una demanda de este tipo presentada por el *ex* cónyuge de la madre del menor. El consentimiento prestado, en ese caso, a la inseminación artificial revestía especial importancia, ya que constituía la voluntad libre y manifiesta de ambos litigantes de ser progenitores. Por tanto, dicho consentimiento debía apreciarse a efectos del reconocimiento de la posesión de estado, que también se desprendía de otras conductas concluyentes. A modo de ejemplo, la *ex* cónyuge también había tomado medidas legales para mantener el contacto con el menor, obteniendo el establecimiento de un régimen de visitas a su favor. Además, había iniciado un procedimiento de adopción. Según la declaración de los testigos, había compartido su vida con el menor como madre durante el año anterior. En un caso similar, el Tribunal Supremo admitió el reconocimiento de la maternidad a favor del conviviente de la

No obstante, una parte de la doctrina ibérica considera que el componente jurisprudencial sobredimensiona este dato legal, considerando más adecuado y dogmáticamente correcto el reconocimiento normativo de un nuevo tipo de filiación que tiene como título constitutivo el procedimiento de fecundación asistida<sup>726</sup>.

#### 4.1.2. Maternidad subrogada: Artículo 10 Ley 14/2006

El artículo 10 de la Ley nº 14/2006 sanciona expresamente la nulidad también del contrato de gestación subrogada gratuita, y regula expresamente el *estatuto filiatorio* de los hijos nacidos mediante gestación por cuenta ajena<sup>727</sup>. De hecho, afirma que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto", y que en cualquier caso "la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico"<sup>728</sup> no se ve afectada.

Sin embargo, estas disposiciones no prevén una sanción expresa en el caso de que se recurra a la maternidad subrogada, hasta el punto de que en la doctrina hay quien ha avanzado la tesis de que la práctica no está realmente prohibida en el Derecho español<sup>729</sup>.

---

madre en virtud de la misma posesión de estado, vid. STS de 15 de enero de 2014, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2014, 1265.

<sup>726</sup> E. FARNÓS AMORÓS, *La filiación derivada de reproducción asistida*, en *Anuario de derecho civil*, 2015, 27; M.S. QUICIOS MOLINA, *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, 1997, 62; J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia*, cit, 326.

<sup>727</sup> A diferencia de la mayoría de las jurisdicciones en las que la práctica está igualmente prohibida, la legislación española adopta un enfoque muy liberal en cuanto al acceso a las técnicas de procreación asistida: baste decir que permite la fecundación *post mortem* y concede el acceso a las técnicas incluso a las mujeres solteras.

<sup>728</sup> Disposiciones similares ya se contenían en el artículo 10 de la Ley 35/1988, posteriormente reformado y sustituido por la Ley de 2006: véase al respecto J.E. BUSTOS PUECHE, *El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, en *Diario La Ley*, edición La Ley, tomo 3, 1992; V. MONTÉS PENADÉS, *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, 5.

<sup>729</sup> M. ATIENZA, *Bioética, Derecho y Argumentación*, Palestra, Lima-Bogotá, 2010, 153; ID, *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 2015, 94.

Algunos consideran que la ausencia de sanciones penales o administrativas específicas indica una actitud de tolerancia sustancial hacia la maternidad subrogada, que también se vería confirmada por la posibilidad de establecer una relación filial entre el padre biológico y el menor<sup>730</sup>.

La mayoría de los intérpretes, y la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo<sup>731</sup> son, sin embargo, de otra opinión. Estos últimos sostienen, de hecho, que el ordenamiento jurídico español no se ha limitado a "no admitir la utilización de esta técnica de reproducción asistida conocida como vientre de alquiler", sino que también "ha atribuido a su utilización sanciones administrativas y penales"<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> D. ROMERO, M. DEL ROSARIO, *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, en *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, 1; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, *España*, en K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Agreements*, Oxford, 2013, 349.

<sup>731</sup> El Tribunal Supremo español, interviniendo en 2014 a la conclusión de un caso judicial relativo al reconocimiento de una relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero por gestación subrogada y los padres intencionales, dictaminó, con el voto en contra de cuatro miembros de la sala, la imposibilidad de proceder a la transcripción del acto al amparo de la Ley de Procreación Asistida. En particular, según los jueces supremos, la disposición que prevé la nulidad del contrato de gestación por sustitución supondría una sanción civil, indicando que la práctica es contraria al orden público y a los valores de la Constitución: véase STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882), en <http://www.poderjudicial.es>. Para una reflexión reciente véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución*, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, 101.

<sup>732</sup> Desde esta perspectiva, se argumenta que el recurso a la gestación subrogada es ilícito en virtud del artículo 26.2.c) de la Ley 14/2006, que tipifica como infracción muy grave la utilización de técnicas no permitidas expresamente por la ley; dentro de esta amplia definición literal se incluiría también la utilización de la gestación por cuenta ajena: en este sentido, A. Selma Penalva, *Los nuevos retos de prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, en *Revista Bioderecho*, vol. I, p. 1. SELMA PENALVA, *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, en *Revista Bioderecho*, vol. 1, núm. 1, 2014, 4, nota 11. Más allá de la sanción administrativa de carácter económico, que también es aplicable a las personas físicas que hayan recurrido a la práctica, así como a los profesionales sanitarios, al centro de reproducción y a cualesquiera intermediarios (art. 25), el autor señala que la conducta también podría dar lugar a responsabilidad penal, entrando en relevancia los artículos 220 y 221 del Código Penal que "tipifican como delito ciertas conductas vinculadas a "la suposición de parto y de la alternación da paternidad, estado o condición del menor", en las que se incurriría si se pretendiera utilizar en España la maternidad subrogada". En este sentido también E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona 2013, 73; E. FARNÓS Amorós, *Acuerdos de gestación subrogada en un mundo global: el caso de España*, en *Derecho Internacional de Familia*, 2013, 68-72, espec. 70; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*,

La aceptación de una u otra tesis afecta también a la cuestión distinta del reconocimiento de la relación filial establecida en el extranjero entre la pareja prevista y el hijo. De hecho, los partidarios de la tesis según la cual el ordenamiento jurídico ibérico no consideraría ilegítima la maternidad subrogada, consideran admisible una "legalización de facto" de la práctica (o más bien de los efectos)<sup>733</sup> mediante el recurso a la *adopción de hijastros* - en virtud del artículo 176 del código civil<sup>734</sup> - una vez establecida previamente la relación con el padre biológico<sup>735</sup>.

El modelo español, sin embargo, es una excepción entre las legislaciones que no permiten el uso de la gestación subrogada gratuita<sup>736</sup>, ya que en la mayoría de las jurisdicciones no se especifica si la disposición que prevé la nulidad del contrato de gestación subrogada se extiende también a la gestación por cuenta ajena de forma altruista, circunstancia que da lugar a numerosos problemas de interpretación.

En efecto, para comprender el alcance real de estas disposiciones, es indispensable examinar cómo las ha interpretado la jurisprudencia en los asuntos que se le han sometido, así como investigar otras disposiciones - incluso no legislativas- a partir de las cuales pueda reconstruirse el alcance de la prohibición<sup>737</sup>.

---

Madrid, 2002, 351; ID, *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España*, en *Revista de derecho privado*, 2010, 41, espec. 48; contra, B. HERMIDA BELLOT, *Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Menor*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, no. 767, 1193, para quien "los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XII De la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, sin embargo, lo que sancionan estos artículos no es la gestación por sustitución en sí misma sino la voluntad de alterar la filiación del nacido por estos medios".

<sup>733</sup> J. CERDÀ SUBIRACHS, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN*, en *Abogados de Familia*, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, 1, espec. 3.

<sup>734</sup> En el caso de la adopción de un hijo del cónyuge o pareja, además, no se exige la previa "declaración de idoneidad" por la que la administración pública certifica la idoneidad del adoptante o adoptantes "para el ejercicio de la patria potestad".

<sup>735</sup> A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, en P. CENDON (ed.), *Diritto / Prospettive*, 2020, Canterano, 52 ss.

<sup>736</sup> Un modelo similar al español es el Estado de Montenegro, donde el artículo 13 de la Ley n.º 74 de 13 de noviembre de 2009 sobre procreación asistida prohíbe los tratamientos de inseminación artificial a una mujer que esté dispuesta a confiar su hijo al nacer a un tercero, incluso en ausencia de una ventaja económica.

<sup>737</sup> Por ejemplo, directrices de organizaciones profesionales, disposiciones ministeriales o

Desde este punto de vista, la legislación española -especialmente si se compara con la italiana- tiene el mérito de ser precisa en sus dictados normativos.

#### 4.2. Adopción homosexual

En el panorama legislativo español, la adopción ha sido considerada como un instrumento de integración familiar para la protección del menor, especialmente gracias a la Ley nº 21, de 11 de noviembre de 1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y a la Ley Orgánica nº 1, de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor<sup>738</sup>, por la que se modifican parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para los profesionales del Derecho en este ámbito, el punto de referencia debe ser siempre el respeto del principio del interés superior del menor<sup>739</sup>, que se garantiza mediante la necesaria intervención de las autoridades públicas en las distintas fases de la adopción, además de la importancia que debe concederse a la declaración de idoneidad de los solicitantes.

En la actualidad, la adopción nacional se rige por los artículos 175 a 180 del Código Civil, disciplina que fue modificada por la Ley Orgánica nº 8, de 22 de julio de 2015, y la Ley nº 26, de 28 de julio de 2015, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas desempeñan un papel importante, ya que las personas que desean adoptar declaran su disponibilidad a estos servicios, acompañando su solicitud de documentación que acredite su situación individual o de pareja. Estos servicios sociales realizan un examen psicosocial y, si procede, los declaran aptos para la adopción<sup>740</sup>.

---

disposiciones de comités de ética o autoridades independientes.

<sup>738</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>739</sup> Sobre la protección del menor en el Derecho español véase M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. B. CARRASCO, R. NAVARRO COSTA, J. M. RIVERA ALVAREZ, *Protección De Menores En El Derecho Civil Español*, Dykinson, Madrid, 2022. Además, para un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y portugués véase AA.VV., *Protección de menores y Trabajo Social. Un análisis comparado entre España y Portugal*, Madrid, 2018.

<sup>740</sup> El parámetro de la idoneidad se introdujo en el artículo 176 del Código Civil con la

Posteriormente, pueden proponer el emparejamiento de un menor y presentar la propuesta de adopción al juez.

En cambio, de conformidad con el artículo 176, apartado 2, del Código Civil, cuando se trata de la adopción posterior de un hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, no es necesaria una propuesta de las autoridades públicas ni tampoco haber sido declarado apto<sup>741</sup>.

Lo que hay que destacar es que el legislador no impone ninguna limitación a la orientación sexual en materia de adopción individual y adopción conjunta.

De hecho, los cónyuges, independientemente de su orientación sexual, pueden recurrir a la adopción conjunta y subsiguiente, gracias a la Ley estatal nº 13/2005. Cuando la ley entró en vigor, aún estaba vigente la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que extendía la adopción conjunta a *las parejas de hecho del mismo sexo* en una unión heterosexual.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, al primer y único párrafo del artículo 44 del Código Civil: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", añade un segundo: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

La reforma supone un cambio radical en el concepto de matrimonio. Antes de 2005, se basaba en la idea de la complementariedad de los sexos y consistía esencialmente en una relación jurídica caracterizada esencialmente por la heterosexualidad como elemento esencial del paradigma del matrimonio

---

reforma de 1996. La reforma de 2015 especificó que por "idoneidad" se entiende la capacidad, aptitud y motivación adecuada para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los adoptados, y para aceptar las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad elaborada por los servicios sociales requiere una valoración psicosocial previa de la situación personal y familiar de los adoptantes, de su red social y de su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, de sus capacidades educativas y de su aptitud para atender a un menor de acuerdo con sus circunstancias específicas. Por último, no podrán ser declaradas elegibles las personas que hayan sido privadas de la patria potestad y suspendidas en su ejercicio, así como las que tengan hijos a cargo de los servicios sociales.

<sup>741</sup> Como novedad introducida por la reforma de 2015, los solicitantes están obligados a asistir a reuniones informativas y preparatorias organizadas por organismos públicos o autorizados, para que su decisión sea lo más informada posible en relación con las peculiaridades de la entidad en virtud del artículo 176 del Código Civil.

conyugal. Después de 2005, se transformó en una relación para la que el sexo de los contrayentes es totalmente indiferente<sup>742</sup>.

De este modo, se ha permitido a los cónyuges del mismo sexo no sólo contraer matrimonio, sino también adoptar conjuntamente o adoptar al hijo de su cónyuge (biológico o adoptado), sin distinguir siquiera entre adopción nacional e internacional. También en términos lingüísticos, las expresiones "cónyuges" y "consortes" tienen en el ordenamiento jurídico español el significado de persona casada con otra, con independencia de que sean del mismo o distinto sexo.

Las administraciones públicas españolas deben facilitar información y conocer qué países permiten la adopción por homosexuales y apoyarles y garantizarles esta posibilidad.

La intención explícita del legislador era precisamente eliminar todas las diferencias de una vez por todas, basándose en que la más mínima diferencia jurídica entre esos dos tipos de vínculos constituiría un acto de discriminación injusto.

Por último, la legislación española, a diferencia de la italiana, también permite a los solteros y a las parejas del mismo sexo acceder al proceso de adopción.

En cuanto a la adopción de hijastros con más detalle, antes de 2015, parte de la doctrina suplía el vacío legal mediante la interpretación, aunque deseaba una mención expresa *de lege ferenda*.

A ello puso remedio la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó el apartado 4 del artículo 175 del Código Civil, previendo la adopción conjunta y sucesiva por ambos cónyuges o miembros de una pareja unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal.

## 5. Una mirada a los modelos en Europa: adopción homosexual

---

<sup>742</sup> La ley también introdujo cambios lingüísticos menores en dieciséis artículos del Código Civil: sustituyó las palabras "Marido" y "Mujer" por el término "Conyuges" y las palabras "Padre" "Madre" por el término "Progenitores". Véase J. DELEGADO MARTIN, M. T. MARTIN NAJAERA M. PALAY VALLESPINOSAS, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

La Unión Europea, al instar a los distintos Estados miembros a regular las uniones entre personas del mismo sexo, no ha dejado de mencionar el perfil de la filiación, en particular los perfiles de la protección y tutela de los hijos<sup>743</sup>.

La presión de la Unión Europea ha sido asumida, desde un punto de vista comparativo, no sólo por España, sino también por otros países en los que se encuentran parejas del mismo sexo para adoptar menores.

Actualmente, en catorce Estados, que son Francia (2013), Reino Unido (2002), Bélgica (2006), Países Bajos (2001), Austria (2015), Islandia (2010), Dinamarca (2005), Portugal, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Suecia, Noruega y la mencionada España, se permite la adopción plena a las parejas del mismo sexo sin necesidad de procedimientos especiales<sup>744</sup>. Otros países (Alemania, Croacia, Finlandia, Estonia y Eslovenia, a los que se ha unido recientemente Suiza), aunque no permiten la adopción de menores por parejas del mismo sexo, reconocen la posibilidad de adoptar a quienes formen pareja con un miembro heterosexual<sup>745</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado la discriminación por razón de sexo en relación con la adopción coparental, argumentando que si un Estado miembro de la UE prevé que las parejas de hecho puedan optar a este tipo de adopción, la adopción no puede denegarse en dicho Estado únicamente por razón de la homosexualidad del solicitante, ya que la denegación sería contraria a los artículos 8 y 14 del CEDH, que sancionan respectivamente el respeto de la vida privada y familiar y la prohibición de la discriminación<sup>746</sup>.

---

<sup>743</sup> Véase, en particular, la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2012, según la cual los Estados miembros no deben dar al concepto de familia definiciones restrictivas para negar protección a las parejas del mismo sexo y a sus hijos; por el contrario, el Parlamento Europeo les invita a elaborar propuestas para el reconocimiento de las uniones civiles y de las familias homoparentales.

<sup>744</sup> Véase Tribunal de Derechos Humanos, (TEDH), *X y otros contra Austria*, sentencia de 19 de febrero de 2013, en el recurso n° 19010 de 2007, párr. 91.

<sup>745</sup> Para una visión general del tema, véase M.G. STANZIONE, *Omogenitorialità, adozione coparentale e interesse del minore*, en *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, Nápoles, 2018, 1097 y ss. Véase también § Sec. II, Cap. II.

<sup>746</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de febrero de 2013, Ref. 19010/07, *X y otros contra Austria*, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 519 y ss., con nota de C. FATTA, M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*. Véase también, anteriormente, sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en la adopción por parte de solteros, Tribunal Europeo de

Se ha visto cómo el ordenamiento jurídico español ha dado respuesta a estas necesidades, regulando plenamente la institución de la *adopción de hijastros*, desde 2015. Por el contrario, el ordenamiento jurídico italiano no reconoce a las parejas del mismo sexo, aunque se funden en el establecimiento de una unión civil, el derecho a la paternidad<sup>747</sup>.

Con este panorama en mente, nos referiremos brevemente a la ley de adopción del Reino Unido, que representa un punto de referencia progresista en materia de adopción.

El Reino Unido constituye una de las vanguardias jurídicas más avanzadas en materia de adopción, al permitir, desde hace más de tres décadas, la aplicación de la institución también a parejas de hecho del mismo sexo y a personas solteras.

La institución de la adopción en el moderno *Common Law* tiene su origen en los movimientos reformistas de los siglos XVI y XVII, centrados en la emancipación de los menores huérfanos o desfavorecidos<sup>748</sup>. A través de esta última, la adopción se moldeó como una institución altruista que promovía el bienestar del menor, lo que la distinguía claramente de la adopción romanista<sup>749</sup>.

---

Derechos Humanos, 22 de enero de 2008, Ref. 43546/02, *E.B. c. Francia*, en *Fam. e Dir.*, 2008, 221 y ss., con nota de E. FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single homosessuale*.

<sup>747</sup> Véase el apartado 4.2. de la Sección II del Capítulo II.

<sup>748</sup> Un ejemplo plástico del cambio en la conciencia colectiva respecto a los valores de la época victoriana es la famosa novela de Charles Dickens "*Oliver Twist*", publicada en 1837. En él, el autor denuncia el sistema educativo victoriano, describiendo la condición real de las clases más pobres en grandes ciudades como Londres. Dickens criticaba duramente el sistema aparentemente funcional de educar a los menores más pobres en orfanatos, donde se les obligaba a realizar duras tareas sin compensación. Esta crítica generalizada a la discriminación del pasado también condujo a la reforma de la legislación inglesa sobre menores. Para más detalles, véase F. DONOVAN, *The Children of Charles Dickens*, Londres, 1968, *passim*; ID., *Dickens and Youth*, Londres, 1968, *passim*.

<sup>749</sup> Para tales observaciones, véase E.S. BINAVICE, *Adoption and the Law of Descent and Distribution, A Comparative Study and a Proposal for Model Legislation*, en *Cornell Law Rev.*, 2, 1966, 152-192.

En la actualidad, la materia está plenamente regulada por la *Ley de Adopción e Infancia* de 2002<sup>750</sup>, que sustituyó íntegramente las disposiciones de la *Ley de Adopción* de 1976<sup>751</sup> y la *Ley de la Infancia* de 1989<sup>752</sup>.

El artículo 49 de la Ley de 2002 establece herméticamente que la solicitud de adopción puede ser presentada por una pareja o un particular, siempre que sea mayor de edad y resida (o tenga su domicilio habitual) en las Islas Británicas. No se hace referencia ni a una necesaria diversidad sexual de los padres adoptivos ni a un vínculo conyugal. De hecho, estos requisitos no son exigidos en absoluto por la legislación inglesa, que desde aquella ley fundamental (y a diferencia de la legislación vigente en los años 70<sup>753</sup>) ha permitido pacíficamente la adopción por parte de cualquier persona, ya sea soltera, conviviente o casada, con una persona de distinto o del mismo sexo.

Desde este punto de vista, puede considerarse que el Reino Unido fue el primer Estado europeo que abrió la adopción (de tipo pleno y legitimador) también a los homosexuales, unidos o no en matrimonio, representando la experiencia jurídica que durante mucho tiempo y aún hoy constituye el punto de referencia para toda legislación de Derecho de familia que desee situarse en una perspectiva progresista<sup>754</sup>.

### 5.1. Maternidad subrogada

Antes de esbozar un breve repaso a las legislaciones de los distintos estados europeos en materia de gestación subrogada, es importante hacer una premisa, teniendo siempre presente que las diferencias legislativas en derecho de familia han fomentado el llamado turismo procreativo con todas sus consecuencias jurídicas.

---

<sup>750</sup> Publicado en las *Leyes Generales Públicas del Reino Unido*, 2002, 38, en <http://www.legislation.gov.uk>.

<sup>751</sup> En *UK Public General Acts*, 1976, 36, en <http://www.legislation.gov.uk>.

<sup>752</sup> En *UK Public General Acts*, 1989, 41, en <http://www.legislation.gov.uk>.

<sup>753</sup> Anteriormente, la Ley de 1976 sólo permitía adoptar a las parejas casadas, excluyendo implícitamente a *las parejas* del mismo sexo, ya que en el Reino Unido sólo existía la institución de la unión civil para estas últimas. La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo tuvo lugar en Inglaterra, Escocia y Gales entre 2013 y 2014, es decir, después de la promulgación de la *Ley de Adopción e Infancia* de 2002. El matrimonio entre personas del mismo sexo en Irlanda del Norte se legalizó a partir de enero de 2020, tras la promulgación de la *Northern Ireland (Executive Formation etc) Act* de 2019.

<sup>754</sup> S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 19.

El *estatuto de filiación* establecido a raíz de un contrato de maternidad subrogada puede requerir el reconocimiento de dos actos de distinta naturaleza, administrativa y judicial. De hecho, la filiación puede establecerse mediante un certificado de nacimiento extranjero o una orden judicial (por ejemplo, la *orden parental inglesa*).

Mientras que la dignidad y la autodeterminación de la mujer desempeñan un papel preponderante en las opciones legislativas nacionales relativas a la adopción de una actitud de "autorización" o de "prohibición" de la gestación por cuenta ajena, la conveniencia de reconocer *los estados de familia* ya creados en el extranjero como consecuencia de la *maternidad subrogada transfronteriza* pasa por equilibrar dos principios: el llamado *interés superior del menor* y la noción de orden público.

Dicho esto, en la investigación comparada se pueden aislar cuatro tipos diferentes de actitudes de los ordenamientos jurídicos hacia la gestación por cuenta ajena.

De hecho, hay jurisdicciones que prohíben totalmente la maternidad subrogada y en la mayoría de los casos prevén sanciones penales, incluso de tipo penal, para quienes recurran a ella, los intermediarios y los centros sanitarios. Otras jurisdicciones prevén y regulan la gestación por cuenta ajena, admitiendo la versión solidaria y prohibiendo penalmente, por lo general, la versión comercial. En otros, la práctica no tiene una regulación específica pero, a falta de una prohibición expresa, las instituciones sanitarias siguen practicando la gestación subrogada si se lleva a cabo de forma altruista. Por último, hay jurisdicciones que permiten ampliamente la maternidad subrogada, incluida su versión onerosa<sup>755</sup>, y que protegen los

---

<sup>755</sup> Se trata de un número relativamente reducido de ordenamientos jurídicos, sobre todo tras la reciente elección de algunos Estados de permitir únicamente la gestación altruista por parte de otros, reservada además exclusivamente a sus ciudadanos residentes: Países como Tailandia (A. STASI, *Protection for children born through assisted reproductive technologies act*, B.E. 2558: *the changing profile of surrogacy in Thailand*, en *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, 11, 1), Nepal (R. ABRAMS, *Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options*, en *New York Times*, 2 de mayo de 2016). , y la propia India (A. KALAIVANI, M. GEETHA, D. RAJA, J. RAMASAMY, *Surrogacy in India: from taboo to common practice*, en *Reviews in Health Care*, 2014, 5(3), 107; O. TIMMS, *Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016*, en *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol, III, no. 2, 99; J. SARAN, J.r. PADUBIDRI, *New laws ban commercial surrogacy in India*, en *Medico-Legal Journal*, 2020, 1.), antaño centros neurálgicos del mercado internacional relacionado con la maternidad subrogada, han introducido en los últimos años legislación con la que pretendían desalentar también el

intereses de los padres comitentes incluso en detrimento de la posición de la madre subrogada<sup>756</sup> .

El hallazgo de una legislación que aborde expresamente el contrato de maternidad subrogada y la atribución de la paternidad como consecuencia del parto es actualmente extremadamente raro en Europa.

Entre los Estados geográficamente más cercanos que permiten la gestación subrogada comercial están Ucrania y Rusia<sup>757</sup> . No obstante, debe señalarse que tanto en Rusia como en Ucrania, la licitud de la maternidad subrogada comercial se deriva de la ausencia de disposiciones que prohíban la posibilidad de remunerar a la madre de alquiler o limiten el importe de los gastos reembolsables a la mujer; normas que, según la doctrina, si se interpretan a la luz del principio más amplio de libertad contractual, llevan a la conclusión de que los acuerdos de maternidad subrogada lucrativa también son admisibles<sup>758</sup> .

Entre los países que prohíben totalmente la práctica y los que permiten la versión comercial de la misma, existe un amplio abanico de ordenamientos jurídicos en los que la gestación subrogada sólo está permitida si se lleva a cabo de forma solidaria: entre ellos, en Europa<sup>759</sup> , se encuentran el Reino Unido<sup>760</sup> , Grecia y Portugal<sup>761</sup> .

---

turismo procreativo. No obstante, existen excepciones significativas en algunas jurisdicciones importantes -especialmente en Estados Unidos, pero también en Europa del Este-, donde, en cambio, la práctica también está permitida de forma comercial. En Estados Unidos, en particular, donde el derecho a la maternidad subrogada se basa en el fundamento liberalista de la *intimidad*, existe una multiplicidad de regímenes reguladores de la maternidad subrogada, algunos basados en *estatutos*, otros basados exclusivamente en la *jurisprudencia*, ya que la jurisdicción de cada Estado incluye también la determinación de las normas que rigen las relaciones familiares y filiales.

<sup>756</sup> A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 51.

<sup>757</sup> *Ibid*, 69.

<sup>758</sup> O. KHAZOVA, *Russia*, en *International Surrogacy Agreements*, cit., 318, donde se encuentran referencias doctrinales más extensas; G. DRUZENKO, *Ucrania*, en *International Surrogacy Agreements*, cit., 358, quien sin embargo subraya el posible conflicto con el Convenio de Oviedo sobre Biomedicina - cuyo artículo 21 prohíbe que el cuerpo y sus partes sean fuente de lucro - en caso de que el Parlamento ucraniano decida ratificar el Convenio, firmado el 22 de marzo de 2002.

<sup>759</sup> A escala mundial, hay nacionalidades importantes como Australia, Brasil, Canadá, India, Nueva Zelanda, Sudáfrica y muchos estados federados de Estados Unidos de América.

<sup>760</sup> L. FRANCOZ TERMINAL, *The Changing concept of 'family' and challenges for family law in France*, en (ed) J. M. SCHERPE, *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, 57.

<sup>761</sup> En Portugal, sin embargo, como se verá más adelante, la práctica es actualmente inviable

Este conjunto de sistemas jurídicos, que en la maternidad subrogada solidaria encuentran un punto de equilibrio común entre el reconocimiento de las pretensiones positivas de los padres intencionales y el interés del Estado por salvaguardar la dignidad de la mujer, difieren concretamente en varios aspectos.

A sabiendas de que no es posible analizarlos todos aquí, se intentará dar una breve visión general de algunos de ellos<sup>762</sup>.

La legislación inglesa regula la gestación por cuenta ajena, aunque exclusivamente con carácter altruista y, por tanto, con la prohibición expresa de la maternidad subrogada comercial.

En Portugal, la ley de gestación por cuenta ajena es muy estricta.

La posibilidad de celebrar contratos de maternidad subrogada válidos en Derecho interno fue introducida por la Ley núm. 25/2016, de 22 de agosto de 2016, cuya aplicación quedó supeditada a la aprobación, el 31 de julio del año siguiente, del *Decreto Regulamentar* núm. 6/2017.

Sólo se puede acceder a la maternidad subrogada mediante una transacción gratuita. Además, deben existir afecciones médicas tan graves (por ejemplo, extirpación del útero) que impidan de forma absoluta y permanente que la madre de alquiler se quede embarazada<sup>763</sup>.

El contrato -que debe redactarse por escrito de acuerdo con el contenido<sup>764</sup> y las prohibiciones establecidas por la ley- sólo puede celebrarse una vez que haya sido autorizado por un organismo gubernamental, el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida<sup>765</sup>. Además, en el caso de la

---

debido a que la normativa pertinente ha sido declarada inconstitucional y aún está siendo reformada.

<sup>762</sup> A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 72.

<sup>763</sup> La ley específica que la tienda está permitida en casos excepcionales, ejemplificados por la propia ley (Art. 8(2), Lei n° 25/2016).

<sup>764</sup> Por ejemplo, debe contener necesariamente cláusulas relativas a los procedimientos que deben observarse si el feto presenta malformaciones o enfermedades, así como prescripciones relativas a la posible interrupción del embarazo de conformidad con la legislación pertinente. Entre las prohibiciones expresadas hay una que se refiere a la posición de las partes contratantes, que no pueden estar vinculadas entre sí por una relación laboral; R. TEXEIRA PEDRO, *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, en *International Survey of Family Law*, 2017, 278.

<sup>765</sup> En otoño de 2017 se produjo el primer caso de autorización, relacionado con una madre de alquiler a la que se le había extirpado el útero debido a una endometriosis. Dando previsión a las directrices de la Ley 25/2016, de hecho, el Decreto de Ejecución 6/2017 establece que entre el menor nacido y la madre de alquiler el contacto debe reducirse al mínimo, salvo que

maternidad subrogada, la técnica de procreación médicamente asistida sólo puede ser parcialmente heteróloga. De hecho, debe utilizarse necesariamente el gameto de al menos uno de los receptores y está expresamente prohibido que la madre gestante sea también la donante del ovocito<sup>766</sup>. Por lo que respecta a la atribución de la paternidad en el momento del nacimiento del hijo, éste se considerará hijo de los beneficiarios del contrato<sup>767</sup>.

Como denota parte de la doctrina, el interés superior del menor es el 'gran ausente'<sup>768</sup> de la legislación portuguesa sobre maternidad subrogada.

Poco después de su introducción, la reforma portuguesa de la procreación médicamente asistida fue llevada ante el Tribunal Constitucional portugués, que dictó sentencia el 24 de abril de 2018 (*Acórdão* n.º 225/2018)<sup>769</sup>.

Como se ha anticipado, otro tipo de actitud frente a la subrogación es la de su no regulación.

---

la gestante sea familiar; G. DAMELE, *Primo caso di GPA in Portogallo dopo l'approvazione della legge*, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 6 de octubre de 2017.

<sup>766</sup> Art. 8(3), Lei n.º 25/2016.

<sup>767</sup> Art. 14(7), Lei n.º 25/2016.

<sup>768</sup> V. L. RAPOSO, *The new Portuguese law on surrogacy - The Story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, en *Assisted Reproduction*, 2017, 237.

<sup>769</sup> De las tres cuestiones planteadas, la primera se refiere a la legitimidad de la introducción de la institución de la gestación por cuenta ajena. El Tribunal de Justicia afirma la conformidad global de la práctica de la gestación por cuenta ajena tal como fue introducida por el legislador portugués, es decir, como método subsidiario y excepcional de procreación. Sujeto a condiciones muy específicas, al consentimiento dado por espíritu de solidaridad y al control de un organismo administrativo, no puede considerarse que atente contra la dignidad de la mujer embarazada o del menor. Al mismo tiempo, el Tribunal interviene declarando la ilegitimidad constitucional de algunas de las disposiciones contenidas en la ley, en particular en lo que se refiere a las esferas que afectan a la voluntad y la autonomía de la mujer embarazada. En primer lugar, las disposiciones sobre el contenido del contrato se consideran indeterminadas en lo que respecta a las posibles restricciones de la libertad de conducta de la mujer embarazada. El Tribunal también censura la ausencia del derecho a la reconsideración, en su conexión con el derecho a la interrupción del embarazo, y la consiguiente ausencia de disposiciones sobre la retirada del consentimiento tras el inicio del procedimiento. Al centrarse en la autodeterminación de la mujer, tampoco existe la atribución automática de la condición de hijo de los padres previstos. La atención prestada al interés del menor también lleva a censurar la ausencia de disposiciones relativas a la declaración de nulidad del contrato, lo que provocaría inseguridad jurídica en cuanto a la situación del menor. Véase A. SCHILLACI, *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 de abril de 2018; C. GUERRERO PICO', *Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, 2018, 3 en <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac/2/5.pdf>.

En estos casos, hay, por un lado, algunas jurisdicciones que simplemente no regulan la maternidad subrogada, adoptando un enfoque que no es permisivo, pero tampoco punitivo. Por otra parte, otras jurisdicciones, aunque no regulan la práctica, contienen disposiciones penales de las que se deduce que se sanciona si no se celebra a título gratuito.

La legislación belga, por ejemplo, no contiene disposiciones sobre maternidad subrogada.

En consecuencia, se considera que no lo autoriza, ni siquiera lo prohíbe, sino que lo tolera<sup>770</sup>.

La jurisprudencia belga<sup>771</sup> ha abordado a menudo esta cuestión en los últimos años. En un primer momento, adoptó una orientación consolidada que, si bien no implicaba el reconocimiento automático de los actos, presentaba sin embargo una posición favorable con respecto a la pareja que había recurrido en el extranjero a la gestación por terceros, en presencia de un vínculo genético entre el menor y el padre<sup>772</sup>. En cambio, la evolución más reciente parece encaminarse hacia el reconocimiento -como tal- del certificado de nacimiento extranjero<sup>773</sup>.

En cambio, por lo que respecta a los Países Bajos, la doctrina nacional sostiene que el ordenamiento jurídico tolera la gestación subrogada altruista celebrada dentro de las fronteras nacionales, mientras que la gestación subrogada comercial está prohibida<sup>774</sup>.

---

<sup>770</sup> G. WILLEMS, *Registered Partnerships in Belgium*, en J. M. SCHERPE, A. HAYWARD (eds.), *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, 401.

<sup>771</sup> La competencia de los tribunales belgas en materia de *status filiationis* es amplia, ya que existe sobre la base de criterios alternativos que incluyen la nacionalidad de la persona que afirma ser el progenitor y la ley aplicable sigue la nacionalidad del progenitor en el momento del nacimiento del menor. Por último, tanto el reconocimiento de órdenes judiciales como de actos públicos extranjeros (incluidas las actas del estado civil) están sujetos a la excepción de orden público; M. WELLS-GRECO, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, 118.

<sup>772</sup> Casos *Hanne y Elke* (2010), *Samuel* (2010), *Maia y Maureen* (2011). En estos casos, se reconoció el vínculo con el progenitor biológico y el menor adquirió la nacionalidad belga. Para el posible segundo progenitor, se hizo entonces posible que el vínculo parental se estableciera mediante la adopción, que se aceptó sobre la base del interés superior del menor en que se reconociera el vínculo familiar social. Para un análisis detallado de los casos, véase M. WELLS-GRECO, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, cit., 120 y ss.

<sup>773</sup> *Ibid.*, 124.

<sup>774</sup> En cualquier caso, los estatutos familiares se consideran innegociables en el ordenamiento

El destino de *los estatutos de filiación* adquiridos en el extranjero como consecuencia de la maternidad subrogada cuando los ciudadanos neerlandeses regresan a su país y solicitan su reconocimiento es variado y viene dictado por la complejidad y especificidad de las normas contenidas en la sección 10.5.5. del libro 10 del Código Civil neerlandés, que contiene las normas de Derecho internacional privado<sup>775</sup>.

Otro grupo de ordenamientos jurídicos prohíbe expresamente la gestación por cuenta ajena, como prohibición generalmente derivada de la noción de orden público.

En el ordenamiento jurídico francés, por ejemplo, la maternidad subrogada está expresamente prohibida por las disposiciones combinadas de los

---

jurídico interno, por lo que las normas establecidas por la ley son de aplicación necesaria, y una cláusula contractual por la que se obliga a una mujer a entregar al hijo al progenitor o progenitores previstos tras el nacimiento se considera ciertamente nula por razones de decencia y, por tanto, no susceptible de ejecución forzosa. Por tanto, si un acuerdo no comercial se celebra en el territorio de los Países Bajos, la posibilidad de que los comitentes se conviertan en progenitores legales sigue estando sujeta a la utilización de una serie de instrumentos de Derecho interno. Por ejemplo, dado que la madre intencional adquiere por ley la maternidad sobre el menor, si uno de los padres intencionales es también el padre biológico del menor, puede proceder al reconocimiento -suponiendo que la madre subrogada no esté casada, ya que en ese caso habría que impugnar la paternidad- y al mismo tiempo solicitar al tribunal que le transfiera en exclusiva la responsabilidad parental. Una vez concedida, la futura madre puede proceder a adoptar al hijo de su pareja; I. CURRYSUMNER, M. VONK, *Surrogacy in the Netherlands*, en (eds.) K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013, 4. Por otra parte, la prohibición de la maternidad subrogada comercial se deriva de las disposiciones penales establecidas en el Derecho neerlandés para proteger el cumplimiento de la disciplina de adopción; I. CURRYSUMNER, M. VONK, *La maternidad subrogada en los Países Bajos*, cit., 13.

<sup>775</sup> Por otra parte, la disciplina neerlandesa contiene, en el artículo 10:101 del Código Civil, una disposición específica para la circunstancia de que un "hecho jurídico" o una resolución judicial cuyo reconocimiento se solicita en los Países Bajos se refiera al reconocimiento de un hijo, que prevé tres hipótesis de prohibición del reconocimiento, además de la excepción general -y en todo caso válida- de orden público. De ellas, la más relevante en el contexto de la gestación por cuenta ajena es la norma del artículo 10:101(a), que no permite el reconocimiento si el hecho o la medida ponen de manifiesto que el hijo ha sido reconocido por una persona que, según las normas de Derecho interno, tiene prohibido el reconocimiento o reúne condiciones que lo hacen nulo. Se refiere, en particular, al artículo 1:204, letra d), del Código Civil neerlandés, que prohíbe el reconocimiento de un hijo por un hombre casado con otra persona, sin perjuicio de que el Tribunal pueda autorizar previamente el reconocimiento si comprueba que existía una relación de *affectio coniugalis entre el hombre y la mujer que dio a luz o que existe una estrecha relación personal entre él y el hijo*.

artículos 16-7 y 16-9 del *Código Civil*, ya que se considera contraria al orden público<sup>776</sup>.

La *Cour de Cassation* se ha enfrentado en numerosas ocasiones desde 2011 a la cuestión de la reconocibilidad de los certificados de nacimiento formados en el extranjero tras un recurso de gestación por otros.

*En primer lugar*, se estableció una jurisprudencia especialmente restrictiva: se consideraba que los padres cometían fraude de ley, circunstancia que afectaba gravemente al estatus del menor<sup>777</sup>.

Entre 2011 y 2014, el Tribunal dictaminó en repetidas ocasiones que los certificados de nacimiento de los menores nacidos de madres de alquiler no podían inscribirse en los registros del estado civil<sup>778</sup>.

En julio de 2014, como es bien sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervino con los casos *Menesson* y *Labassee c. Francia*. La jurisprudencia europea constató una violación del artículo 8 CEDH en la negativa absoluta del ordenamiento jurídico francés a reconocer el estatuto de filiación en caso de recurso a la gestación por cuenta ajena: la negativa a establecer el *estatuto en* relación con el padre biológico del menor<sup>779</sup> excedía,

---

<sup>776</sup> Los principios de orden público subyacentes serían, por un lado, el principio de indisponibilidad del estado de familia y, por otro, el respeto a la dignidad humana, en particular de la mujer y la consiguiente prohibición de una "mercantilización" de la misma; C. BIDAUD-GARON, *A chronicle of French Family Law*, en *International Survey of Family Law*, 2014, 142.

<sup>777</sup> A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 55.

<sup>778</sup> Se hace referencia a tres resoluciones Cass. Civ. de 6 de abril de 2011 (núm. 10/19053, núm. 09/66486, núm. 09/17130), dos de 2013 (Cass. Civ., 13 de septiembre de 2013, núm. 12/18.315 y núm. 12/30.138) y una resolución de 2014 (Cass. Civ., 19 de marzo de 2014, núm. 13/50.005). En estos casos, el rechazo es incondicional e independiente del hecho de que, en algunos casos, los padres intencionales también estuvieran relacionados biológicamente con el menor. En efecto, según el Tribunal de Justicia, cuando la filiación es el resultado de un procedimiento que incluye un acuerdo de gestación por cuenta ajena, tal operación, aunque sea legítima en Derecho extranjero, es nula en Francia y la filiación creada sobre la base de la misma no puede inscribirse en los registros del estado civil francés, ya que es el resultado de un fraude de ley. En consecuencia, los menores permanecían en una especie de "limbo jurídico", situación que no parecía ser tal para el Tribunal Supremo francés, que se cuidó en sus sentencias de precisar que los menores gozaban, no obstante, de una relación de filiación en virtud del Derecho extranjero. Cf. C. BIDAUD-GARON, *A chronicle of French Family Law*, cit., 142.

<sup>779</sup> La doctrina dominante se opone a las sentencias del Tribunal Europeo: G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Paradiso et Campanelli v/ Italie: la CEDH entérine une vente d'enfant par GPA*, en *Revue Lamy Droit Civil*, n° 126, 2015 e ID., *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Menesson v France et Labassee v France*, en *Revue Lamy Droit Civil*, n° 128, 2014.

de hecho, el margen de apreciación concedido a los Estados miembros en esta materia.

Así pues, desde 2015, la *Cour de Cassation* ha adoptado una posición opuesta a la de su predecesora.

En un primer momento<sup>780</sup>, se centra exclusivamente en el certificado de nacimiento. El Tribunal de Justicia reafirma que el procedimiento que dio lugar al nacimiento del menor era contrario al orden público, pero declara que el funcionario llamado a transcribirlo sólo debe examinar la regularidad de la partida de nacimiento. En consecuencia, el acto debe reconocerse si no hay motivos para creer que es falso, irregular o que las declaraciones que contiene son falsas.

En una serie de resoluciones de julio de 2017, la *Cour de Cassation* aclaró que la partida de nacimiento de los hijos nacidos por gestación por cuenta ajena puede transcribirse en lo que respecta a la filiación respecto al padre biológico, pero no a la madre intencional. Para estos últimos, sin embargo, la adopción es posible si se cumplen los requisitos legales, lo que no se ve impedido por la circunstancia de haber recurrido al procedimiento ilegal según la legislación francesa<sup>781</sup>.

De este modo, se revocó la opinión bien establecida de que la transcripción de tales actos sería en sí misma contraria al orden público, ya que la maternidad subrogada va en detrimento de la dignidad de las madres de alquiler y provoca una comercialización del estado de filiación.

Por último, entre los Estados -a los que también se puede remontar nuestro ordenamiento jurídico- que se limitan a prever una sanción en caso de maternidad subrogada, sin especificar si esta prohibición (y la correspondiente sanción) afecta también a la versión conjunta de la práctica, cabe mencionar el ordenamiento jurídico alemán<sup>782</sup>.

---

<sup>780</sup> El Tribunal confirma la transcripción de un certificado de nacimiento ruso, en el que figuraba la madre de alquiler como madre y el hombre francés como padre; *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, sentencia de 3 de julio de 2015, núm. 619 (recurso núm. 14-21.323) y núm. 620 (recurso núm. 15- 50.002), en [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>781</sup> L. FRANCOZ TERMINAL, *Registered Partnerships in France*, en J. M. SCHERPE, A. HAYWARD (eds.), *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, 178.

<sup>782</sup> Esto incluye también el ordenamiento jurídico suizo, donde la Ley Federal de 18 de diciembre de 1998 sobre procreación médicamente asistida, en su artículo 31, castiga con pena de prisión de hasta tres años o con multa a quien aplique una técnica de procreación asistida a una madre de alquiler (que está exenta de la pena). También es punible, en virtud

La prohibición expresa de la maternidad subrogada<sup>783</sup> resulta del § 1 *Abs. 1 Nr. 7 de la Gesetzes zum Schutz von Embryonen (ESchG)*, pero también del § 13 de la *Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG)*.

En particular, el artículo 1.1.7 de la *Embryonenschutzgesetz (Ley de protección de embriones)* prevé una pena privativa de libertad de hasta tres años -o, en su defecto, una sanción administrativa muy elevada- para quien lleve a cabo un procedimiento de fecundación artificial o transfiera un embrión humano al útero de una mujer dispuesta a renunciar definitivamente a su hijo tras el nacimiento (*Ersatzmutter*)<sup>784</sup>.

A efectos del reconocimiento de la *filiación*, otro problema es la disposición general del artículo 6 *EGBGB (Einführungsgesetz zum BGB)*, disposiciones preliminares del Código Civil alemán que contienen las normas de Derecho internacional privado), que excluye la aplicabilidad de normas extranjeras si el resultado es contrario al orden público<sup>785</sup>.

---

del apartado 2, quien medie en la gestación por cuenta ajena. Disposiciones reforzadas, también en el plano del Derecho civil, por el artículo 4 de la misma Ley, que declara inadmisibles la donación de ovocitos y embriones, así como la maternidad subrogada. La legislación islandesa también se incluye en este grupo de Estados: el artículo 6 de la Ley nº 55 de 1996, que regula la inseminación artificial y el uso de gametos y embriones humanos en la investigación científica, prohíbe expresamente todas las formas de gestación subrogada. También cabe mencionar el ordenamiento jurídico finlandés, que en el artículo 8(6) de la Ley de Procreación Médicamente Asistida (nº 1237/2006) prohíbe el tratamiento de inseminación artificial si hay motivos para suponer que el menor será posteriormente dado en adopción por un tercero. El artículo 34 castiga con una multa o una pena de prisión de hasta un año a la persona que, intencionadamente o por negligencia, lleve a cabo un tratamiento de procreación médicamente asistida a pesar de que había motivos para suponer que el menor sería entregado posteriormente a un tercero. Además, otros posibles delitos de adopción también se consideran delitos contra la madre de alquiler, independientemente de la promesa o recepción de un beneficio económico, que es necesario para castigar a los futuros padres (véase el Código Penal finlandés, cap. 25, sec. 3b y 3c). Estas disposiciones son interpretadas de forma muy restrictiva por la doctrina y la jurisprudencia finlandesas, argumentando también desde los trabajos preparatorios de la Ley de procreación médicamente asistida, como un conjunto de normas que prohíben toda forma de maternidad subrogada.

<sup>783</sup> En la legislación alemana hay distintas opciones terminológicas según que la madre de alquiler se limite a ser portadora de un embrión genéticamente ajeno a ella o, por el contrario, contribuya a su procreación aportando sus propios gametos. Así pues, se distingue entre la maternidad subrogada únicamente por gestación (*Leihmutterchaft*) y la maternidad subrogada por concepción y gestación (*Ersatzmutterchaft*); A. DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Wolfgang Metzner Verlag, Fráncfort del Meno, 2014, 13.

<sup>784</sup> A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 58.

<sup>785</sup> Para un análisis en profundidad de las posiciones jurisprudenciales y doctrinales adoptadas al respecto, véase C. MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen*, en *RabelsZ*, 2014, 552 y ss.

Si la atribución de la paternidad en el ordenamiento jurídico extranjero tiene lugar, no por ministerio de la ley, sino como consecuencia de una resolución judicial, la medida extranjera puede reconocerse con arreglo al §108 *FamFg*.<sup>786</sup> y también en este caso un impedimento para el reconocimiento es la contrariedad con el orden público, que se menciona expresamente en el §109 *FamFg*.

Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia alemán, al tiempo que mantiene las razones en que se basa la prohibición de la maternidad subrogada, subraya que, una vez nacido, debe considerarse que el menor tiene derechos fundamentales, entre ellos el derecho a su identidad, que incluye el respeto de su estado civil legítimamente reconocido<sup>787</sup>.

#### 6. Una mirada al futuro a la luz del análisis comparativo: notas para el legislador italiano

El análisis realizado muestra que, en materia familiar, el marco normativo europeo es bastante diverso.

Las divergencias entre los ordenamientos jurídicos han provocado a menudo problemas relativos a la circulación del *estatuto de filiación* de un menor nacido como consecuencia de una práctica que no estaba permitida a los padres -por estar prohibida o restringida- en su país de origen.

La dificultad radica, en particular, en el reconocimiento de la relación de filiación en los casos de países que tienen marcos normativos diferentes para la regulación de las técnicas de reproducción asistida - procreación médicamente asistida y maternidad subrogada - y la institución de la *adopción de hijastros*.

Las diferencias surgen de los distintos enfoques que los distintos Estados adoptan ante las nuevas técnicas de reproducción, según se consideren meros tratamientos subsidiarios o, por el contrario, una técnica de concepción alternativa a la concepción natural y, como tal, accesible a todos.

---

<sup>786</sup> *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Ley procesal sobre procedimientos de familia y procedimientos de jurisdicción voluntaria.

<sup>787</sup> *Bundesgerichtshof- Pressemitteilung* No. 191/2014 en <http://juris.bundesgerichtshof.de/>.

El discurso debería ser diferente en lo que respecta a la maternidad subrogada, en la que interviene un tercero -la madre gestante- ajeno a la pareja. A primera vista, podría considerarse que los ordenamientos jurídicos que han optado por la prohibición han adoptado una concepción absoluta de la dignidad, tan amplia que coincide con la noción misma de indisponibilidad.

Sin embargo, un análisis más profundo muestra que la idea de dignidad en un ordenamiento jurídico como el portugués no parece tan distante de la vigente en el resto de los países de Europa, o en todo caso como para justificar formas tan diferentes de percibir el fenómeno y, en consecuencia, de regular su desarrollo. Por tanto, las razones de la diferente regulación hay que buscarlas en otro lugar, dependiendo principalmente de la diferente consideración y (matización) de las pretensiones de la pareja infértil, cuyo interés en ser padres a pesar de su condición de esterilidad no justifica la solicitud de acceder al recurso de la gestación subrogada, aunque se realice de forma altruista, en algunas jurisdicciones.

El sistema italiano presenta un enfoque residual y recesivo de la regulación de la actividad médico-científica, expresando en esta perspectiva elementos de elevada disimilitud a nivel comparativo.

Sin embargo, como se ha analizado a lo largo del debate, la jurisprudencia tiende a completar el dato normativo, logrando una convergencia sustancial entre la letra de la ley y su aplicación real.

De hecho, combinando el resto de contenidos de la Ley 40/2004 con el dictado jurisprudencial, se encuentran a grandes rasgos los mismos métodos y principios que en otros ordenamientos jurídicos europeos, a pesar de que en el ordenamiento jurídico italiano no se hayan estandarizado.

Permitir el recurso sin restricciones a las técnicas de procreación artificial significa adoptar un enfoque que sólo satisface las necesidades de los adultos, ya que en los proyectos de paternidad basados en la PMA o en la maternidad subrogada ni siquiera existe un menor al que proteger.

No obstante, el carácter transaccional del fenómeno procreativo y las consecuencias que de él se derivan hacen necesaria una regulación normativa por parte de los distintos Estados que responda, *ante todo*, a las necesidades del menor implicado.

Por ejemplo, el ordenamiento jurídico español -en el que nos hemos centrado especialmente- ha respondido a estas cuestiones regulando plenamente la institución de la *adopción de hijastros* desde 2005.

De hecho, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó el apartado 4 del artículo 175 del Código Civil, prevé la adopción conjunta y posterior por ambos cónyuges o *convivientes* de una pareja unida por una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Por lo que respecta a Italia, la cuestión se resuelve por vía de interpretación jurisprudencial aplicando la disciplina prevista para la adopción de "casos especiales", en virtud del artículo 44, letra d).

En última instancia, la ley ibérica acaba siendo más progresista, ya que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento del hijo como propio por parte de la cónyuge no gestante, sin necesidad de adopción, aunque no sea la donante del óvulo y, por tanto, esté biológicamente emparentada con el menor. Esta posibilidad no existe en el ordenamiento jurídico italiano, que, por el contrario, recurre a menudo al instituto de la adopción como una especie de *artificio*<sup>788</sup>.

En segundo lugar, los jueces españoles se mostraron muy partidarios de reconocer la filiación también sobre la base de la mera posesión de estado, aun cuando los miembros de la pareja del mismo sexo no estuvieran unidos en matrimonio.

Además, la adopción prevista y regulada por el ordenamiento jurídico español es plenamente legitimadora, mientras que en el sistema nacional la adopción simple no rompe los lazos con la familia de origen.

Un análisis sincrónico de los demás sistemas jurídicos continentales revela a continuación cómo las soluciones adoptadas en los Estados considerados son igualmente homogéneas. En general, se observa en los países europeos una mayor *predilección por* las prácticas de fecundación asistida (homóloga heteróloga, a excepción de Italia y Austria)<sup>789</sup>, que no se consideran en

---

<sup>788</sup> S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, cit., 37.

<sup>789</sup> Una postura tan estrecha estaba probablemente influida por la ética y la moral católicas, que consideran ilícitas (desde el punto de vista del orden moral) las técnicas de procreación con aportaciones ajenas a la pareja. Para más detalles, véase la Instrucción *Donum Vitae* de 1987, la carta encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II *Evangelium Vitae* de 1995 y la

conflicto *tout court* con el valor sempiterno pero cambiante del orden público internacional.

De una comparación sincrónica, la legislación italiana parece insatisfactoria desde el punto de vista de la protección de la familia<sup>790</sup>. Ello se debe no sólo a que la adopción en casos especiales constituye una institución excepcional, sino también a que no es capaz de constituir una relación de filiación plena entre el adoptante y el adoptado, a diferencia de lo que ocurre, a modo de ejemplo, en Francia y España.

Sin perjuicio de la absoluta soberanía de nuestro legislador para poner en marcha las soluciones que perciba más respetuosas con las demandas sociales, y en el espíritu de los principios generales establecidos a nivel supranacional, el momento de la armonización de la disciplina de adopción parece cada vez más maduro.

---

Instrucción *Dignitas Personae* de 2009, todas ellas disponibles en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>790</sup> Bridlehead

## **Observaciones finales.**

### **Una hipótesis de lectura unificada de los diferentes institutos**

En definitiva, puede afirmarse que la fragmentación de la paternidad y el descubrimiento de nuevas técnicas reproductivas dan lugar a menudo a la aparición de acontecimientos humanos, no contemplados por el Derecho, respecto de los cuales éste carece a menudo de soluciones adecuadas o de soluciones por basarse en esquemas y supuestos diferentes.

En particular, el rápido desarrollo de la ciencia médica y la creciente tasa de infertilidad y/o esterilidad entre las parejas han dado lugar a la aparición, junto a la filiación natural y adoptiva, de la denominada "filiación asistida"<sup>791</sup>.

En Europa y en todo el mundo, el acceso a las técnicas de reproducción asistida no está regulado de manera uniforme. Las diferencias legislativas en la materia han propiciado el desarrollo del llamado turismo procreativo. De hecho, las parejas excluidas de la normativa nacional sobre filiación asistida, para ver realizados sus proyectos parentales, viajan a un país extranjero donde les es legal acceder a instituciones procreadoras.

La situación, en términos jurídicos, plantea el problema del reconocimiento de la relación de filiación establecida en el extranjero mediante el recurso a prácticas de procreación artificial no permitidas -o permitidas pero sujetas a condiciones más estrictas- en los ordenamientos jurídicos de origen de los progenitores afectados.

La competencia exclusiva de los Estados en la regulación del Derecho de familia se traduce en la dificultad de establecer normas compartidas a nivel internacional. En concreto, corresponde por tanto a la autoridad nacional desentrañar la variedad de casos jurídicos relativos a las distintas instituciones procreadoras.

En este contexto, en lugar de enmarcar la cuestión desde una perspectiva adultocéntrica, cuestionando quién tiene un posible "derecho" a ser considerado padre o madre, habría que preguntarse *primero en base a* qué circunstancias un menor recibe la *condición de hijo* de determinadas personas<sup>792</sup>.

En otras palabras, la clave y el punto de referencia que debe utilizarse para acercarse a las distintas instituciones analizadas debe ser el interés -real- del menor implicado.

Esta nueva forma de filiación se basa en la asunción del cuidado voluntario del menor. El aspecto voluntario -aunque de forma diferente- también caracteriza a la institución de

---

<sup>791</sup> G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padua, Cedam, 2013, 21.

<sup>792</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, cit., 30.

la adopción. En ambos casos, dado que el hecho biológico-genético no es relevante, la paternidad se define como social o afectiva.

Sin embargo, las técnicas de procreación médicamente asistida operan principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de los adultos, puesto que el menor que debe protegerse ni siquiera existe, mientras que la adopción, prescindiendo por completo del momento de la procreación, opera principalmente en el plano de la "satisfacción de las necesidades" de la persona menor de edad.

Así pues, esta institución responde a necesidades de "carácter evidentemente solidario"<sup>793</sup> y, como tal, "permite superar la importancia del dato biológico en la parentalidad precisamente para garantizar el cuidado y la protección de un menor de edad específico, compuesto por características físicas y psicológicas, necesidades materiales y existenciales"<sup>794</sup>.

Desde este punto de vista, al margen del análisis comparativo efectuado, el hecho de que la legislación italiana presente una estructura normativa refractaria a la utilización de técnicas de procreación médicamente asistida con fines distintos de la superación de las dificultades procreativas relacionadas con la esterilidad y la infertilidad puede estar vinculado, en realidad, al interés real del menor. La restricción del ejercicio de las instituciones dirigidas a lograr la filiación no biológica y, en consecuencia, la paternidad social, es una circunstancia que también puede leerse en el sentido de restaurar la extensión propia de la aspiración parental, devolviendo al sistema la disciplina desde el punto de vista de los menores.

De hecho, a diferencia de muchas otras leyes, la n° 40/2004 considera las técnicas de reproducción como meros tratamientos subsidiarios y no como métodos de concepción alternativos a la concepción natural y, como tales, accesibles a cualquier persona. Sin embargo, lo que hasta hoy sigue faltando en el plano del "*derecho en los libros*" se ha ido imponiendo progresivamente en el plano del "*derecho en acción*" mediante la jurisprudencia ordinaria.

Los jueces italianos tienden a integrar el dato normativo, logrando una convergencia sustancial entre la letra de la ley y su aplicación real. En definitiva, combinando el resto de contenidos de la Ley 40/2004 con el dictado jurisprudencial, se encuentran a grandes rasgos los mismos métodos y principios que en otros ordenamientos jurídicos europeos, a pesar de que en el ordenamiento jurídico italiano no hayan sido, precisamente, normalizados.

---

<sup>793</sup> G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figliano c'è ancora un' spazio per i figli?*, cit., 5.

<sup>794</sup> G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche 'chiarimento' ed alcuni 'revirement'*, cit., 1469 ss.

El carácter transaccional del fenómeno procreativo y las consecuencias que de él se derivan exigen, por tanto, una regulación que responda, *ante todo*, a las necesidades del menor implicado.

Ciertamente, la inestabilidad normativa, que la jurisprudencia italiana trata de remediar mediante soluciones extemporáneas, no favorece la protección del derecho fundamental a la continuidad de la *condición de hijo*, que debe guiar al intérprete en una perspectiva *de iure condendo*.

Como hemos visto, la adopción en casos especiales -prevista en la letra d) del artículo 44 de la Ley 184/1983- suple la *laguna* legal y permite la adopción del hijo del *miembro de la pareja* de hecho. No obstante, ofrece al adoptado menos garantías que el reconocimiento de la paternidad plena o legitimación, porque en este caso los hijos no adquieren parentesco con las familias de los padres adoptivos y no serán hermanos entre sí, ni tendrán derechos sucesorios respecto al adoptado.

La adopción en casos especiales, de hecho, no sustituye sino que se añade a la relación de filiación original que se mantiene. Por lo tanto, se requiere el consentimiento de los padres del adoptado y, en consecuencia, también el del otro progenitor, si lo hubiere, que no esté emparentado con la pareja del mismo sexo, cuya negativa no puede ser superada si ejerce la responsabilidad parental (artículo 46, apartados 1 y 2).

De hecho, es una institución excepcional que no constituye una relación de filiación plena entre el padre adoptivo y el adoptado, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España.

De hecho, el sistema ibérico regula plenamente la institución de la *adopción de hijastros* desde 2015.

De hecho, en Italia, la doctrina autorizada ha dudado de la legitimidad constitucional del artículo 6 de la Ley de Adopción, en la parte en que no permite legitimar la adopción a personas que cohabitan (homosexuales o heterosexuales) y a personas *solteras*<sup>795</sup>. La inconstitucionalidad de la norma derivaría del derecho del menor a crecer manteniendo una relación equilibrada y continuada con sus progenitores (biológicos o intencionales) y las relaciones afectivas esenciales que establece con ellos y sus familiares.

De hecho, el derecho del menor a una familia fue destacado por la Ley nº 149 de 28 de marzo de 2001, que modificó el título de la Ley nº 184/1983. Esta legislación parece hacer hincapié en el amor como derecho fundamental de los menores en su crecimiento en el seno de una familia, caracterizada más por su función que por su estructura<sup>796</sup>.

Aunque, en la actualidad, el núcleo familiar parezca desestructurado, lo que realmente importa es que sea adecuado para garantizar las relaciones relacionales del menor y acompañarle en el proceso de autoconstrucción de su personalidad. Debe producirse, por

---

<sup>795</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, cit., 461 y ss.

<sup>796</sup> Para tales observaciones, véase L. ROSSI CARLEO, *Diritto del minore di crescere in famiglia*, en *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, p. 962.

tanto, una ampliación de los sujetos legitimados para adoptar en virtud del artículo escrutado: solución que también parece sugerir la más reciente Ley núm. 173, de 19 de octubre de 2015 (Modificaciones de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el derecho a la continuidad afectiva de los menores en acogimiento familiar)<sup>797</sup>. Según esta ley, si el menor ya acogido es declarado adoptable, los acogedores deben tener consideración preferente a efectos de adopción.

Esta norma atestigua una vez más la centralidad absoluta del interés del menor y la importancia fundamental que tiene para él el vínculo afectivo surgido en virtud de una situación de hecho anterior.

Además, la misma legislación introdujo un nuevo apartado *5bis* en el artículo 4 de la ley examinada, que estipula que, al decidir sobre las adopciones, el Tribunal de Menores debe tener en cuenta los vínculos afectivos y la relación estable y duradera establecida entre el menor y la familia de acogida.

Si el acogimiento familiar también puede ordenarse a favor de parejas de hecho del mismo sexo o de personas solteras<sup>798</sup>, puede parecer incongruente no permitir la adopción plena al mismo grupo de personas, dadas las normas y principios establecidos.

De hecho, la solución jurídica no deriva de la mera aplicación de una norma legal sobre la paternidad en las uniones civiles de personas del mismo sexo, que, como hemos visto, no existe. Se trata, más bien, de la necesidad de dar respuestas concretas a situaciones concretas.

En otras palabras, el hecho de la presencia de menores en el seno de la unidad familiar homoparental exige formas de protección de los intereses de los menores y la producción de efectos únicamente funcionales al desarrollo y protección de la personalidad del menor.

Teniendo esto en cuenta, cabría prever una intervención normativa que exigiera, como requisito previo a la adopción, la comprobación concreta del interés superior del menor por ser amado e incluido en un grupo familiar. Esto podría llevar a la eliminación del requisito de que los padres adoptivos estén casados y a la apertura de la adopción plena a las parejas de hecho, siempre que convivan permanentemente, y a las personas solteras. Dicha apertura no puede excluir, en aplicación del principio de no discriminación, a las parejas de hecho del mismo sexo y a las personas solteras únicamente por razón de su homosexualidad, siempre que, tras una evaluación de las particularidades del caso concreto, la decisión sea la que mejor responda al interés del menor.

Subrayando la soberanía absoluta del legislador para poner en marcha las soluciones que perciba más respetuosas con las demandas sociales, y en el espíritu de los principios

---

<sup>797</sup> Véase A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, en *Fam. dir.*, 2016, 7, 724.

<sup>798</sup> En este sentido Trib. Palermo, sez. min., 9 diciembre 2013, en *Foro it.*, 2014, I, 1132 ss., Trib. Bolonia, sez. min., 31 octubre 2013, en *Foro it.*, 2014, I, pp. 59 ss. Contrariamente E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, en *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, 237 ss.

generales establecidos a nivel supranacional, se espera que la ley de adopción se reforme con vistas a salvaguardar un efectivo "derecho absoluto de los menores a tener una familia" en lugar de un "derecho absoluto a ser padres".

La clave sería poner el acento no en el derecho de la -posible- pareja homosexual a la paternidad, que actualmente no está previsto por la ley en Italia, sino en el derecho del menor, efectivamente reconocido por los tribunales, a un estatuto jurídico de hijo correspondiente a una situación de hecho creada en el seno de una unidad familiar posiblemente homoparental basada en el afecto, la asistencia material y el cuidado del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *L'Adozione mite: giudici professionali e giudici onorari a confronto*, en *Minori giust.*, 2009, 112 y ss.

AA.VV., *Protección de menores y Trabajo Social. Un análisis comparado entre España y Portugal*, Dykinson, Madrid, 2018.

R. ABRAMS, *Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options*, en *New York Times*, 2 de mayo de 2016.

E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, en *Fam. Dir.*, 10, 2016, 966 y ss.

G. ALPA, *I principi generali del diritto nel settore familiare*, en F. MAZZA GALANTI (ed.), *Tutela della famiglia o famiglia sotto tutela?*, Unicopli, Milán, 1993.

G. ALPA, *L'inseminazione artificiale*, en *Riv. cri. dir. priv.*, 1985, 343 y ss.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución*, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020.

D. AMRAM, *Homosexuality and Child Custody through the Lenses of Law: Between Tradition and Fundamental Rights*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 15, núm. 1.

E. S. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, en *Health care analysis*, 2000, 8, 19 y ss.

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*, 1, 2018, 148 y ss.

F. ANGELINI, *La clausola del ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corte nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioética: il caso della maternità surrogata*, en R. FATTIBENE (ed.), *La diagnosi genética preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017.

F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2015.

M. ARAMINI, *Introduzione alla bioética*, Giuffrè, Milán, 2015.

A. ARCERI, *Filiazione ed adozione. La stepchild adoption*, en A. ALBANESE (ed.), *Le nuove famiglie*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

M. ATIENZA, *Bioética, Derecho y Argumentación*, Palestra, Lima-Bogotá, 2010.

M. ATIENZA, *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 2015, 94 y ss.

T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo*

*del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, en F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (eds.) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2013.

T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Turín, 2016.

T. AULETTA, *Fecondazione artificiale problemi e prospettive*, en *Quadr.*, 1986, 38 y ss.

T. AULETTA, *La filiazione derivante da incesto*, en C. M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015.

T. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1670 y ss.

A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), en *Enc. Giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989.

A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce), en *Enc. Giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989.

G. BALDINI, G. CASSANO (eds.), *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, Milán, 2002.

G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Florence University Press, 2015.

G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padua, Cedam, 2013.

G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1999.

G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1998, 775 y ss.

V. BALDINI, *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2004.

L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, en *Corr. giur.*, 7, 2013, 893 y ss.

L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, en *Giust. civ.*, 2018, 245 y ss.

G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, en *Dir. fam. pers.*, 2, 2014, 841 y ss.

G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffré, Milán, 2008.

G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, en L. FALCHI, A. IACCARINO (eds.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, Lateran, University Press, Roma, 2012.

G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, en P. PERLINGIERI, S. GIOVA (eds.), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale 3-4-5 maggio 2018, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2019.

G. BALLARANI, P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 534 y ss.

G. BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, en AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Giuffrè, Milano, 2010.

J. BALLESTEROS, *Los valores femeninos en bioética*, en A. PARISI (ed.), *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona, 2002.

V. BARBA *L'ordine pubblico internazionale*, en *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, 403 y ss.

V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, en G. BONILINI (dir. da) *Trattato di diritto di famiglia*, Utet, Turín, 2017.

V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, en *GenIUS*, 2, 2019, 19 y ss.

V. BARBA, *Unioni civili e adozione*, en *Fam. dir.*, 4, 2017, 381 y ss.

M. BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, il Mulino, Bologna, 1990.

E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza Cedu*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2021, 838 y ss.

E. BATTELLI, *L'adozione*, en A. MACRILLÒ (ed.), *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Maggioli, Rimini, 2015, 249 y ss.

A. BATUECAS CALETRÌO, *La inscripción en el registro civil español de los nacimientos por gestación subrogada en el extranjero*, en *Riv. dir. civ.*, 5, 2015, 1155 y ss.

A. BEGHÈ LORETI, *Voce Adozione Internazionale*, en *Enciclopedia del diritto, aggiornamento*, I, Giuffrè, Milán, 1997.

A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1819 y ss.

A. BELLELLI, *La procreazione medicalmente assistita*, en S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milán, 2011.

A. BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, en *Familia*, 1, 2004, 979 y ss.

C. BENANTI, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*, en *Nuova Giur. Civ. Com.*, 5, 2016, 734 y ss.

A. M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ...naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 589 y ss.

Y. BENHAMOU, *La Convention de New York, le droit international et le juge français*, en *La Semaine Juridique Edition Générale*, 11 de enero de 1995, 321 y ss.

E. BERNHARDT, F. GOLDSCHIEDER, *Gender Equality, Parenthood Attitudes, and First Births in Sweden*, en *Vienna Yearbook of Population Research*, 4, 2006, 19 y ss.

- M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, en *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Turín, 1984.
- C. M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, Giuffrè, Milán, 2017.
- C. M. BIANCA, *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, en *Foro it.*, 10, 2017, 3171 y ss.
- C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1 y ss.
- C. M. BIANCA, *Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia*, en *Familia*, 1-2, 2016, 3 y ss.
- C. M. BIANCA, *Quando possiamo togliere legittimamente un bambino alla sua famiglia?*, en *Foro it.*, 3, 2018, 817 y ss.
- M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, en C.M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2014.
- M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, en *Familia*, 2019, 345 y ss.
- C. BIDAUD-GARON, *A chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014, 142 y ss.
- E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, en *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014, 68 y ss.
- E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di 'stepchild adoption' da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt 35 e 36 della legge 184/1983*, en *Diritto Civile Contemporaneo*, 3, 2014.
- E. S. BINAVICE, *Adoption and the Law of Descent and Distribution, A Comparative Study and a Proposal for Model Legislation*, en *Cornell Law Rev.*, 2, 1966, 152-192.
- X. BIOY, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, en *AJDA*, 2021, 1826 y ss.
- R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, en *Nuova giur. civ., com.*, 1, 1994, 179 y ss.
- C. BLACKSTOCK, *No need for fathers in IVF treatment says fertility chief*, en *The Guardian*, 21 de enero de 2004, disponible en <https://www.theguardian.com>.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990.
- A. BOMPIANI, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Edizioni Vita e Pensiero, Milán, 2006, 12.
- G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI, *Recte Sapere - Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Giappicchelli, Turín, 2014.
- A. BONOMI, *Le trasformazioni sociali del concetto di famiglia*, en G.O CESARO, P. LOVATTI, G. MASTRANGELO (eds.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti*

*all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014.

P. BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, en G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015.

E. BOTTINI, *Francia*, en P. PASSAGLIA (ed.), *La fecondazione eterologa*, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2014, 3 y ss.

B. E. BOULT, *The need to define the terms 'parent' and "parenthood"*, en *Med Law*, 4, 1990, 1028-1035.

J. BOWLBY, *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, Raffaello Cortina, Milán, 1982.

L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, 3318-3341.

M. BRAZIER, *Being human: Of liberty and privilege*, en *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, Routledge, Londres, 2009.

M. BRAZIER, *Liberty, responsibility, maternity*, en *Current Legal Problems*, vol. 52, 359-391.

C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child*, Springer, La Haya, 2002.

K. BRUGGER, *International law in the gestational surrogacy debate*, en *Fordham international law journal*, 2012, 666 y ss.

F. BRUNETTA D'USSEAU, *L'ottica comparata e le prospettive per la nuova legge italiana sulle unioni civili*, en M. GORGONI (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, Rimini, 2016.

T. BUCK, *International Child Law*, Routledge-Cavendish, Londres, 2014.

F. M. BUONAIUTI, *Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell'ordine pubblico*, en *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2019.

V. BUONOMO, *A vent'anni dalla Convenzione sui diritti del fanciullo*, en *Asprenas*, 2010, 49 y ss.

F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Turín, 2001.

J. E. BUSTOS PUECHE, *El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, en *Diario La Ley*, tomo 3, edición La Ley, 1992.

F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Giuffré, Milán, 2011.

C. BYK, *Loi relative à la bioéthique. - Révision et changement de cap de la politique publique*, en *La Semaine Juridique Edition Générale*, 39, 2021, 1000 y ss.

S. CAFFARENA, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, 393 y ss.

J. M. CAMACHO, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009 en [www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf/](http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf/).

E. CAMASSA, C. CASONATO (eds.), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Universidad de Trento, 2005.

F. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, nota de comentario al TEDH 26 de junio de 2014, Rec. 65192/2011, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1133 y ss.

F. CAMPIGLIO, *Il procedimento di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di stato civile*, en *Riv. di Dir. Int.*, 2019, 1132 y ss.

R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, en M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO (eds.), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Turín, 2016.

S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015.

G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, en *biodiritto.org*, 2012.

G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronostoria*, en *BioLaw Journal*, 2, 2014, 111 y ss.

M. T. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, en *Dir. fam. e pers.*, 1993, 877 y ss.

V. CARBONE, *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, en *Fam. Dir.*, 2015, 972 y ss.

J. CARBONIER, *Note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959*, Dalloz, 1960.

A. CARDONE, C. BALBI, N. COLACURCI, *Manuale di ostetricia e ginecologia*, Piccin - Nuova Libreria, Nápoles, 2005.

A. CARDONE, *Dalla conoscenza delle prassi medico-scientifiche un aiuto all'interpretazione dei provvedimenti*, en *Guida al diritto-Il Sole 24 Ore*, 2004.

G. CARDUCCI, *Norme di applicazione necessaria*, en *Enc. Giur.*, vol. III, Treccani, Roma, 1999.

A. CARRATO, *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, en *Servizio Studi Corte Cost.*, 2021, 36 y ss.

D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo (voce)*, en *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1998.

G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, en G. CASABURI, I. GRIMALDI (eds.), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pacini Giuridica. Pisa, 2016.

G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, en *Foro it.*, 2014, 3414 y ss.

- C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, Turín, 2004.
- C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Turín, 2012.
- C. CASONATO, T. E. FROSINI (eds.), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 2006.
- G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordi di solidarietà*, en *Fam. e dir.*, 2000, 151 y ss.
- R. CASSIBBA, *Attaccamenti multipli*, Unicopli, Milán, 2003.
- C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffré, Milán, 2015.
- G. CATTANEO, *Adozione (voce)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, I, Utet, Turín, 1996.
- E. CECCARELLI, *L'affidamento familiare nella legge e nelle sue applicazioni*, en P. GIASANTI, E. ROSSI (eds.), *Affido forte e adozione debole culture in trasformazione*, Franco Angeli, Milán, 2007.
- A. CELOTTO, N. ZANON (eds.), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milán, 2004
- P. CENDON, *La famiglia e le persone. Vol. II*, Utet, Milán, 2008.
- J. CERDÀ SUBIRACHS, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN*, en *Abogados de Familia*, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, 1.
- C. CERSOSIMO, *La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano*, en [www.familia.it](http://www.familia.it), 4 de abril de 2019.
- F. CESARANO, *Trascrizione di un atto di nascita omogenitoriale formati in Italia: riflessioni sulla ratio della l. 40/2004*, in *Vita Notarile*, 3, 2021, 1117 ss.
- G. O. CESARO, P. LOVATTI, G. MASTRANGELO, *Introduzione*, en Id. (ed.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 15.
- K. CHALIL MADATHIL, R. KOIKKARA, A.K. GRAMOPADHYE, J.S. GREENSTEIN, *An Empirical Study of the Usability of Consenting Systems: Ipad, Touchscreen and Paper-based Systems*, en *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*, 2011, vol. 55, 813 y ss.
- N. CHAUDHARI, *Regulating assisted reproductive technologies in India*, en *Oxford human rights hub*, 12 de noviembre de 2015.
- C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, en *Biolaw journal*, 2016, 1, 185.
- M. CHISTOLINI, *Affido sine die e tutela dei minori*, FrancoAngeli, Milán, 2015.
- C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, 2014, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

- C. CIRAULO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, en *Ord. int. dir. um.*, 2016, 812-832.
- C. CIRAULO, *Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti*, en L. BALESTRA (ed.), *La famiglia*, en *Commentario al codice civile*, dirigido por E. GABRIELLI, IV, Turín, 2010.
- D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga, contratto di maternità: problemi giuridici*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 105.
- C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e Libertà*, Giappichelli, Turín, 2014.
- G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, en G. COLLURA, L. LENTI y M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, en *Trattato di diritto di famiglia*, dirigido por P. ZATTI, Milán, 2012.
- COMMITTEE ON BIOETHICS, *Informed Consent, Parental Permission, and Absent in Pediatric Practice*, en *Pediatrics*, 1995, vol. 46, nº 2, 314 y ss.
- E. COMPAGNO, *La procreazione medicalmente assistita In Italia e in Francia*, Edizioni Lampi di Stampa, Milán, 2011.
- M. COMPORTE, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici, en Manipolazioni genetiche e diritto*, Milán, 1986.
- D. CONRAD-GRAF, *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG)*, en J.P. GRAF, M. JÄGER, WITTIG (Eds.), *Wirtschaftsund Steuerstrafrecht*, München, 2011.
- F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, en *I reati contro la persona, I, reato contro la vita e l'incolumità individuale*, Turín, 2006.
- L. COPPOLA, G. A. COPPOLA, *Riproduzione umana: dalle origini ai nostri giorni, in Dialogando – Riproduzione umana e prevenzione dei difetti congeniti tra biotecnologia, normativa ed etica*, 21 de junio de 2003, 1 y ss.
- G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, en *Dir. succ. fam.*, 2017, 777 y ss.
- P. CORDER, J. BARCATI, *Procreazione medicalmente assistita*, en F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, Milán, 2018.
- A. CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2, 2017, 255 y ss.
- G. COREA, *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificila wombs*, Nueva York, 1985.
- I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milán, 2000.
- I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 1480.
- G. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla 'surrogazione materna' tra riserve e proposte*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1034.
- E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità e affettività*, en G. FERRI

(ed.), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Nápoles, 2015.

E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5, 2022, 1 ss.

I. CURRYSUMNER, M. VONK, *Surrogacy in the Netherlands*, en (eds.) K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013.

L. CUTTER, *Walter Reed, fiebre amarilla y consentimiento informado*, en *Military Medicine*, 2016, vol. 181, n° 1, 90 y ss.

D. ACHILLE, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, en C. M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015.

A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milán, 2011.

L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Turín, 2014.

L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2004, 793 y ss.

L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, en *Dir. Fam. Pers.*, 1, 2017, 139 y ss.

G. DAMELE, *Primo caso di GPA in Portogallo dopo l'approvazione della legge*, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 6 de octubre de 2017.

J. DAMELIO, K. SORENSEN, *Enhancing autonomy in paid surrogacy*, en *Bioethics*, 2008, 22, 269.

C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, en [articolo29.it](http://articolo29.it).

D. DANNA, *Maternità. Surrogata?*, Trieste, 2017.

F. DANOVI, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza alla prova: si inverte l'onus probandi?*, en *Famiglia e diritto*, 11, 2020, 1022 y ss.

A. DE BIASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 4, 2018, 840.

G. DE CRISTOFARO, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal minore*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012.

G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padua, 1974.

M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA (eds.), *Seminari di diritto di famiglia*, Milán, 2005.

J. DELEGADO MARTIN, M. T. MARTIN NAJAERA M. PALAY VALLESPINOSAS, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera*

applicabile. *Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost.*, 237/2019, in *Riv. ass. it. cost.*, 2, 2020, 261 y ss.

M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata nella pronuncia della Corte di appello di Bari: la nozione di ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giur. di mer.*, 2, 2010, 44.

M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, en *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss.

M. DELLA CASA, *Maternità e contratto: termini compatibili?*, en I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO (eds.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Imperia, 2013.

S. A. DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, en *federalismi.it*, 6, 2020.

E. DI MAURO, *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Trieste, 2017.

M. G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno (entrada)*, en *Digesto delle Discipline privatistiche. Sección Civil*, XIII, Turín, 1996.

G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 589 y ss.

E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, en *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 733 y ss.

A. DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Wolfgang Metzner Verlag, Fráncfort del Meno, 2014, 13.

M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, Milanofiori Assago, 2004.

M. DOGLIOTTI, *Adozione «forte» e «mite», affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, en *Fam. dir.*, 2009, 427 y ss.

M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, en *Codice civile. Commentario*, fundado por P. SCHLESINGER, dirigido por F. D. BUSNELLI, Milán, 2002.

M. DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore*, en *Dir. fam. pers.*, 1992, 1093 y ss.

M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, en *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, Torino, 2011.

M. DOGLIOTTI, *L'adozione di minori*, en *Fam. dir.*, 2015, 1021 y ss.

M. DOGLIOTTI, *L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato nazionale per la bioetica*, en *Famiglia e diritto*, 1994, 554 y ss.

M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, en *Famiglia e diritto*, 2, 2004, 113 y ss.

M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, en *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, VI, 2, Milán, 2007.

M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, en *Fam. e Dir.*, 2015, 1107 y ss.

M. DOGLIOTTI, *Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1977, 954 y ss.

E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milán, 2011.

M. DOLDI, *Voce di sterilità/Infertilità*, en *Enciclopedia di Bioetica e sessuologia*, en G. RUSSO (ed.), Edizioni Internazionali Leumann, Roma, 2004.

F. DONOVAN, *Dickens and Youth*, Londres, 1968.

F. DONOVAN, *The Children of Charles Dickens*, Londres, 1968.

G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, en *Dir. fam. pers*, 1995, 1604 y ss.

M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2013.

G. DRUZENKO, *Ucrania*, en K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Agreements*, Oxford, 2013.

C. EBENE COBELLI, *Adozione e affidamento dei minori, sub art. 44, l. n. 184/1983*, en *Nuove leggi civ. comm.*, C. M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, G. FRANCHI y S. SCHIPANI (eds.), 1984.

J. EEKELAAR, *Interests of the child and the child's wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, en P. ALSTON (eds.), *The best interests of the child*, Oxford, 1994.

E. A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 799 y ss.

M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, en *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2022, 330 y ss.

G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, en M. SESTA (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Milán, 2008.

M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Turín, 2007.

L. FADIGA (ed.), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*, Milán, 2006.

L. FADIGA, *Adozione aperta? Sì o no?*, en *Welfare Perspectives*, 2008, 161 y ss.

L. FADIGA, *L'Adozione legittimante*, en G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, en *Trattato dir. fam.*, dirigido por P. ZATTI, II, Milán, 2002.

G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, en *Conferencia anual del Grupo de Pisa*, Catania, 7-8 de junio de 2013, 57, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/FAMIGLIETTI.pdf>.

G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, en F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (eds.) *La*

*famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2013.

A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milán, 2002.

M. FARINA, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit...tacuit?*, en *Política del Derecho*, 1, 2017, 71-96.

E. FARNÓS AMORÓS, *Acuerdos de gestación subrogada en un mundo global: el caso de España*, en *Derecho Internacional de Familia*, 2013, 68 y ss.

E. FARNÓS AMORÓS, *La filiación derivada de reproducción asistida*, en *Anuario de derecho civil*, 2015, 27 y ss.

A. M. FASANO, *La maternità per sostituzione e i diritti dei figli intenzionali*, en P. CENDON (ed.), *Persona e Danno*, 10 de febrero de 2015, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

E. FAZIO, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2018, 31 y ss.

A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, en *Justicia Civil*, 4, 2020, 647 y ss.

P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, en A. BUSACCA (ed.), *La famiglia all'imperfetto?*, Nápoles, 2016.

O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, en *Riv. Dir. Int.*, 2, 2022, 564 y ss.

O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.) n. 12193/2019 tra "costituzionalizzazione attenuata" e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, en *Riv. di Dir. Int.*, 2019, 1137 ss.

L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, en S. RODOTÀ, P. ZATTI (ed.), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milán, 2010.

G. FERRANDO, *Come cambiare una legge ingiusta*, en *Notizie di Politeia*, 2005, 51.

G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, en *Pol. dir.*, 1998, 169 y ss.

G. FERRANDO, *Diritto di famiglia - Aggiornamento 2014: La riforma della filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2014.

G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017,

G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, en *GenIUS*, n. 2, 2017, 8.

G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, en [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1, 2020.

G. FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, en G. BALDINI (ed.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015.

G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, en *Dir. succ. fam.*, 2017, 79 y ss.

G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, en *juscivile*, 2013, 134.

G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, en *Il Corriere Giuridico*, 6, 2004, 810 y ss.

G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en *Il Corriere giuridico*, 2014, n. 8-9, 1068 y ss.

G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padua, 1999.

G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, en *Il corriere giuridico*, 2017, 2, 191 y ss.

G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, en *Familia y Derecho*, 2015, 952 y ss.

A. FIGONE, *Adozione legittimante e mantenimento di rapporti tra minore e famiglia di origine*, en *Fam. dir.*, 2001, 79 ss.

A. FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*, en *Ilfamiliarista.it*, 2022.

A. FINKELSTEIN, S. MAC DOUGALL, A. KINTOMINAS, A. OLSEN, *Surrogacy law and policy in the U.S.: a national conversation informed by global lawmaking*, en *Columbia law school sexuality & gender law clinic*, 2016.

A. y M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milán, 2001.

A. FINOCCHIARO, *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, en *Guida dir.*, 2000, 82 y ss.

M. FIORINI, *Corsia preferenziale all'esigenza di garantire la continuità negli affetti*, en *Fam. Dir.*, 2008, 19 y ss.

C. FLAMINGHI, *La fecondazione extra-corporea*, en S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Il governo del corpo*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milán, 2011.

C. FLAMINGHI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Il Mulino, Bologna, 2011.

S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, en *federalismi.it*, 2021, 39 y ss.

C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, en *Riv. dir. int.*, 2010, 981 y ss.

G. FOND, N. FRANC, D. PURPER-OUAKIL, *Homosexual parenthood and child development: present data*, en *Encephale*, 2012, vol. 38, n. 1, 10 y ss.

M. FORD, *Nothing and not-nothing: Law's ambivalent response to transformation and transgression at the beginning of life*, en *The legal, medical and cultural regulation of the body: Transformation and transgression*, Londres, 2009, 21-47.

L. FRANCOZ TERMINAL, *Registered Partnerships in France*, en J. M. SCHERPE, A. HAYWARD (eds.), *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.

L. FRANCOZ TERMINAL, *The Changing concept of 'family' and challenges for family law in France*, en (ed) J. M. SCHERPE, *European Family Law.*, Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016.

M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, en *La Responsabilità Civile*, 2, 2012, 85 y ss.

M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child. Why it remains important to take Children's Rights seriously*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2007, 5 y ss.

D. A. FRENKEL, *Legal regulation of surrogate motherhood in Israel*, en *Med. & L.*, 2001, 20, 605.

I. GABER y J. ALDRIDGE, *In the Best Interests of the Child: Culture, Identity, and Transracial Adoption*, Londres, 1994.

GAIO, *Institutiones*, 1.104.

G. GALASSO, *Unione omoaffettiva e adozione*, en *GenIUS*, 1, 2017, 87 y ss.

R. GALLI, *Nuovo corso di Diritto Civile*, Cedam, Milán, 2017.

K. GALLOWAY, *Theoretical approaches to human dignity, human rights and surrogacy*, en P. GERBER, K. O'BYRNE (eds.), *Surrogacy, law and human rights*, Abingdon, 2015.

M. GATTUSO, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, en G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER (eds.), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milán, 2017.

M. GATTUSO, *"La regolamentazione della relazione fra genitore e figli nell'ambito della unione civile"*, en G. BUFONE, M. GATTUSO, M. M. WINKLER (eds.), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milán, 2017.

E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, en *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, 237 y ss.

E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, en *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 593.

G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, Turín, 2006.

G. GIAIMO, *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 2011, 855 y ss.

F. GIARDINI, *Filiation inside and outside marriage: the principle of Equality in Family Relations from a historical and comparative legal perspective*, in *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2013, 263 y ss.

L. GIGANTE, *Le funzioni positive dell'adozione mite*, en *Min. Just.*, 2007, 143 y ss.

- A. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, en *Il diritto di famiglia. Trattato*, dirigitu por G. BONILINI y G. CATTANEO, Turín, 2007.
- A. GOODWIN, *Determination of Legal Parentage In Egg Donation, Embryo Transplantation and Gestational Surogacy Agreements*, en *Fam. L. Q.*, 1992, 26, 275.
- A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, en *Dir. fam. e pers.*, 1987, 1251,
- A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, en *Europa y el Derecho privado*, 2018, 387.
- M. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, en *Persona e Mercato*, 3, 2017, 153 y ss.
- C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, en *juscivile*, 2016, 564 y ss.
- A. G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, en P. CENDON (ed.), *Diritto / Prospettive*, Canterano, 2020.
- A. G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, en G. COCCO (ed.), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, 2012.
- A. G. GRASSO, *È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?*, en *Nuova giur. civ.*, 2019, 11, 1574 y ss.
- A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria critica della regolazione sociale*, in S. AMATO (a cura di), *Modelli giuridici e tecnologie emergenti*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2018.
- M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (eds.), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Milán, 2011.
- P. GRIMALDI, *La maternità surrogata tra bioetica e diritto*, en *Paradoxa*, 3, 2017, 53-65.
- U. GUALAZZINI, *Adozione (voce)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, dir. da A. AZARA, E. EULA, Utet, Turin, 1957.
- GUERRERO PICO', *Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, 2018, 3 en <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac/2/5.pdf>.
- C. GUERRERO PICÒN, *Spagna*, en P. PASSAGLIA (ed.), *La fecondazione eterologa*, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2014, 69 ss.
- J. L. GUZMÁN, Á. A. MIRALLES, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, en *Quad. Bioèti*, 2012, 2, 259.
- M. HERDEGEN, *art. 1 LF*, en T. MAUNZ, G. DÜRIG (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*, 86ª ed., München, 2019, núm. 101.
- B. HERMIDA BELLOT, *Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Menor*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

2018, n° 767, 1193.

B. E. HERNÁNDEZ-TRUYOL, R. VIRZO (eds.), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, Vol. 11, Nápoles.

D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Londres 1739-1740, traducido por Rizzuti, Roma-Bari 1982.

M. A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, en *Il Corriere giuridico*, 2015, n.° 1, 64 y ss.

J. INIESTA DELGADO, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (eds.), *Tratado de Derecho de familia*, Cizur Menor, 2011.

A. KALAIVANI, M. GEETHA, D. RAJA, J. RAMASAMY, *Surrogacy in India: from taboo to common practice*, en *Reviews in Health Care*, 2014, 5(3), 107.

J. KATZ, A.M. CAPRON, *The silent world of doctor and patient*, Baltimore, 2002.

O. KHAZOVA, *Russia*, en K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Agreements*, Oxford, 2013, 318.

I. KHURTSIDZE, *Legal regulation of surrogacy in Georgia*, Tbilisi, 167.

N. M. P. KING, *A history and theory of informed consent*, Nueva York, 1986.

M. B. KING, *Homosexuality and Parenthood*, en *British Medical Journal*, 1991, vol. 303, n° 6797, 295 y ss.

G. B. LA SALA, G. M. COLPI, S. PALOMBA, A. NICOLI, L. DE PASCALIS, M. T. VILLANI, *Infertilità umana: principi e pratica*, Edizioni Edra, Milán, 2014.

A. LA TORRE, *Ego e alter nel diritto della persona*, Milán, 2011.

L. LAERA, «*Chi ha paura dell'adozione mite?*», *Min. Just.*, 2007, 151 y ss.

E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei «best interests of the child» nella prospettiva costituzionale*, Milán, Franco Angeli, 2016.

E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona 2013.

R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, “locazione di utero”, diritti dell’embrione*, en *Corr. giur.*, 1984, 639 y ss.

B. LAVITOLA, *Trascrivibilità dell’atto di matrimonio same-sex e del provvedimento di adozione a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore*, en [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 5, 2016, 6.

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 sul GPA e trascrizioni*, en *GenIUS*, 1, 2019.

L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*»?», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, 2010, 157.

L. LENTI, *L’adozione: è ora di cambiamenti?*, en *Min. giust.* 2007, 131 y ss.

L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 1, 2016, 148 y ss.

L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padua, 1993.

L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 207 y ss.

L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, en *Revista de Derecho Civil*, 1, 2016, 105 y ss.

L. LENTI, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e adozione accolti nell'ordinamento italiano*, en *Min. giust.*, 2001, 86 y ss.

L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2016, 1707 y ss.

L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (eds.), *Filiazione*, in *Trattato dir. fam.*, dirigido por P. ZATTI, II, Milán, 2012.

A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, en *Il Foro italiano*, 1, 1990, 298 y ss.

B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, ponencia en la Conferencia "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 de enero de 2005, Accademia dei Lincei, cuyas actas se publican en <http://www.laprocreazioneassistita.it>.

G. LISELLA, *Reconocimiento de hijo nacido de relación incestuosa y autorización judicial*, en [www.comparaciondirittocivile.it](http://www.comparaciondirittocivile.it), 2013, 5.

J. LONG, *Di madre non ci sia una sola, ma di utero sì. Algunas reflexiones sobre el papel de las políticas públicas internacionales en los casos de maternidad subrogada*, en S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità Filiazione Genitorialità*, Nápoles, 2017.

J. LONG, *The boundaries of family custody and adoption*, en *Fam. dir.*, 2007, 1432 y ss.

A. LÒPEZ ANCONA, *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, 71.

A. LORENZETTI, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, en *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, 631-644.

G. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione assistita*, en C. PALAZZO, C.E. PALIERO (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, 2007.

E. LUCCHINI GUASTALLA *Maternità surrogata e tutela del minore: quale il best interest of the child?*, en M. BIANCA (ed.), *The best interest of the child*, Ed. Sapienza, Roma, 2021.

G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, en *Foro it.*, 2019, I, 427.

G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, en *giudicedonna.it*, 2016, n.º 4, <http://www.giudicedonna.it/2016/numero-quattro/index.htm>.

M. MALAGOLI TOGLIATTI, A. LUBRANO LAVADERA, *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Bologna, 2002.

M. MALAGOLI TOGLIATTI, *Famiglia e adolescenza. Condizioni di rischio e risorse psicosociali*, in *Età evolutiva*, 1998, 99 y ss.

V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, en *ACTA Otorhinolaryngologica Italica*, 2005, vol. 25, 312 y ss.

S. MANCUSO, C. GUIDA, A. ANZONE, *Capacità riproduttiva della donna oggi*, in *Med. e morale*, 1993, 53 y ss.

E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, en M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (eds.), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010.

H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, *Art. 2 LF, párr. 2 en ID.*, Kommentar zum Grundgesetz: GG, VII ed., München, 2018, núm. 107.

M. MANTOVANI, *Fondamenti della filiazione, interesse del minor e nuovi scenari della genitorialità*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 262.

M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, Milán, 2002.

M. MANTOVANI, *La filiazione legittima*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, Milán, 2002.

M. R. MARELLA, *voce: Adozione*, en *Digesto IV, Disc. priv.*, Utet, Turín, 2000.

A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, Bologna, 2018.

G. MARINI, *Il consenso*, en S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (eds.), *Ambito e fonti del biodiritto*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. RODOTÀ, P. ZATTI Giuffrè, Milano, 2010.

A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Nápoles, 2006.

B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, en *Dir. Famiglia*, 04, 2005, 1379 y ss.

S. MATTEINI CHIARI, *L'adozione di minori*, en S. MATTEINI CHIARI (ed.), *Il minore nel*

processo, Giuffrè, Milán, 2014.

C. MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen*, en *RabelsZ*, 2014, 552 y ss.

MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Informe sobre Italia*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2002, 119 y ss.

C. M. MAZZONI, *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte*, Giuffrè, Milán, 2002.

D. MEHL, *La loi de bioéthique de 2021*, en *AJ famille*, 2021, 520 y ss.

D. MEHL, *La PMA déconfinée*, L'Harmattan, París, 2021.

S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Halley Editrice, Macerata, 2007.

V. MONTARULI, *La questione del riconoscimento dell'adozione all'estero in favore di una coppia same sex: la prevalenza dell'interesse del minore secondo la Convenzione Aja 1993*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1, 2022, 331 y ss.

T. MONTECCHIARI, *Adozione «mite»: una forma diversa di adozione dei minori o un affido senza termine?*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 1381 y ss.

T. MONTECCHIARI, *Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto*, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2019, 1722 y ss.

V. MONTÉS PENADÉS, *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, 5.

A. MORACE PINELLI, *Il problema della rilevanza giuridica della c.d. parenela naturale*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 345.

A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, en *Fam. dir.*, 2016, 7, 724.

A. MORACE PINELLI, *Provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, en C. M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione* Cedam, Padua, 2015.

G. MORANI, *Ancora sull'abbandono del minore quale principale presupposto della declaratoria di adottabilità: l'ultima pronuncia della Corte di cassazione ribadisce sul tema un indirizzo ormai consolidato*, in *Giur. it.*, 2011, 2, 298 y ss.

M. MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, en G. BONILINI, G. CATTANEO (ed.), *Il diritto di famiglia, III, Filiazione e adozione*, Utet, Turín, 2007.

A. C. MORO, *Diritti del minore e nozione di interesse* en M. T. AMBROSINI, I. CORRADO, V. LOJACONO, D. ZIINO (eds.), *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Giuffrè, Milán, 2000.

P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, en *Famiglia e Diritto*, 2017, 602.

P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. Presupposti ed effetti*, en *Filiazione e adozione, Trattato del nuovo dir. fam.*, dirigido por

G. FERRANDO, III, Bologna, 2010.

P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, 2014, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015.

P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, en AA.VV., en M. GORGONI (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016*, n. 76, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016.

C. MOSCONI, F. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, Milán, 2017.

L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milán, 2016.

F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, en G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giuffrè, Milano, 2004.

G. E. NAPOLI, en C. M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Padua, 2015.

M. NAVARRO CASTRO, *Ad art. 44 LRC, Inscrición de nacimiento y filiación*, en J.A. COBACHO GÒMEZ, A. LECIÑENA IBARRA (eds.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, 2012.

D. NERI, *Una legge "scoraggiante"*, en *Notizie di Politeia*, XXI, 77, 2005.

R. NEUBURGER, M. NEUBURGER, *I terapeuti e le famiglie ricomposte*, en *Conexiones*, 8, 2001, 25-31.

S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, en *GenIUS*, 2, 2017, 49-59.

S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, en *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 50.

A. NICOLUSSI, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, en ID. (ed.), *Diritto civile della famiglia*, Milán, 2012.

F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, en *Giustiziacivile.com*, 23 de junio de 2022.

F. OCCHIOGROSSO, *Circolare del Presidente del Tribunale per i Minorenni di Bari ai servizi territoriali*, en *Min. giust.*, 2003, 278 y ss.

F. OCCHIOGROSSO, *I percorsi comuni alle due adozioni: adozione aperte e conoscenza delle origini*, en *Min. Just.*, 2003, 244 y ss.

F. OCCHIOGROSSO, *L'adozione mite due anni dopo*, en *Min. Just.*, 2005, 149 y ss.

F. OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milán, 2009.

P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, *España*, en K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Agreements*, Oxford, 2013.

M. ORLANDI, *Bimbi contesi tra famiglie biologiche e famiglie degli affetti: due situazioni difficili risolte secondo buon senso*, en *Giur. merito*, 2003, 1122 ss.

- P. OTERO, *A dimensão ética da maternidade de substituição*, en *Direito e política*, 2012, 1, 87.
- B. OXMAN, *Maternal-Fetal Relationship and Non-Genetic Surrogates*, en *Jurimetrics*, 1993, 33, 394.
- A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, en *Journal of Constitutional History*, 17, 2009, 11 y ss.
- A. PALAZZO, *La filiazione*, en *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milán, 2007.
- G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2014, 553 ss.
- R. PANE, *Nuove frontiere della familia. La riforma della filiazione*, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2014.
- P. PANZÈ, *Informare sull'abbandono*, en *Min. Just.*, 2000, 118 y ss.
- M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, en *Comm. Schlesinger*, artt. 143-148, Giuffrè, Milán, 1990.
- M. PARADISO, *L'unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente*, en C. M. BIANCA (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2014.
- C. PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2016, 790 y ss.
- A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive 'de iure condendo'*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2015, 155 y ss.
- S. PATTI, *Riflessioni conclusive*, en C. M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015, 1211 ss.
- S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015.
- S. PENASA, *La via procedurale alla procreazione assistita in Europa. La ragionevolezza scientifica delle leggi come elemento necessario dell'esercizio discrezionale del potere legislativo*, en M. AZZALINI (ed.), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015.
- S. PENASA, *Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*, en R. FATTIBENE (ed.), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Nápoles, 2017.
- S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, en *Riproduzione e relazioni*, M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (eds.), *Riproduzione e relazioni La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, "Gender Studies. Conferencias", CIRSDDe, 2019.

M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002.

M. PÉREZ MONGE, *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España*, en *Revista de derecho privado*, 2010.

G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2019.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 1983.

P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Nápoles, 1972.

P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, Nápoles, 2015.

P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Nápoles, 1979.

L. POLI, *La primera (tímida) opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: todavía muchas cuestiones abiertas en gestación ajena*, en *Derechos Humanos y Derecho Int.*, 2019, 418 y ss.

P. POLLICE, *L'interesse del minore*, en *Dir. giur.*, 2003, 1, 17 y ss.

F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di figlio*, en R. PANE (ed.), *Il nuovo diritto di famiglia*, Nápoles, 2015.

F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, en *Riv. crit. riv. priv.*, 2013, 273 y ss.

A. PROTO PISANI, *Sulla c.d. giustizia minorile 'mite'*, en *Foro it.*, 2010, V, 303 y ss.

A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2005, 545 y ss.

G. PUMA, *Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*, en *Riv. Dir. Int.*, 3, 2021, 841 y ss.

G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Paradiso et Campanelli c/ Italie: la CEDH entérine une vente d'enfant par GPA*, en *Revue Lamy Droit Civil*, no.126, 2015.

G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Mennesson c/ France et Labassee c/ France*, en *Revue Lamy Droit Civil*, no.128, 2014.

E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, en *Fam. dir.*, 1999, 80 y ss.

E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2017, 566 ss.

E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, en *Il Corriere giuridico*, 7, 2016, 893 ss.

R. QUAGLIA, C. LONGOBARDI, *Psicologia dello sviluppo. Teorie, modelli e concezioni*,

Trento, 2007.

M. S. QUICIOS MOLINA, *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, 1997.

M. G. RADIN, *Market Inalienability*, en *Harvard law rev.*, 1987, 1849 y ss.

C. RAGNI, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, en *GenIUS*, 2, 2015, 228.

J. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)*, en *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, 301 ss.

V. L. RAPOSO, *Quando a cegonha chega por contrato*, en *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2012, 88, 27.

V. L. RAPOSO, *The new Portuguese law on surrogacy - The Story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, en *Assisted Reproduction*, 2017, 237 y ss.

G. RECINTO, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"*, en *Diritto e Religioni*, 2019, 560 y ss.

G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, en [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it) (9 de junio de 2015), 5.

G. RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne "adulto centriche" e scelte apparentemente "minore centriche" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Foro it.*, 2017, I, 3669 y ss;

G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiiazione"*, en *Dir. Succ. E Fam.*, 2019, 347 y ss.

G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, en *Dir. Fam. pers.*, 2012, 1295 y ss.

G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Nápoles, 2016.

G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, en *Dir. succ. e fam.*, 895 y ss.

G. RECINTO, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, en *Rass. dir. civ.*, 2011, 1169 y ss.

G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, en *Fam. dir.*, 7, 2020, 690 y ss.

J. REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, I, Coimbra, 2015.

A. RENDA, A. NICOLUSSI, *Ragioni e implicazioni della "riforma" della filiazione*, en AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014.

- P. RESCIGNO, *Matrimonio e Familia. Cinquant anni del diritto italiano*, Giappichelli, Turín, 2000.
- G. RICCI, N. CANNONO, A. SIRIGNANO, *La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico*, in *Riv. It. Ostet. Ginecología*, 25, 2010, 82-90.
- M. RIONDINO, *Il primato giuridico e morale del concetto di interesse del minore*, en M. T. BORRELLI, M. NARDELLI (eds.), *Prima i Piccoli. La Convenzione sui diritti del fanciullo e il protagonismo dei ragazzi*, Ave, Roma.
- V. RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1989, 168 y ss.
- M. RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, en F. CORTESE, M. TOMASI (eds.), *Le definizioni nel diritto. Actas de las jornadas de estudio 30-31 de octubre de 2015*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2016.
- M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *Biolaw journal*, 2015, 2, 91.
- M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, en S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità Filiazione Genitorialità*, Nápoles, 2017.
- S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- R. ROMBOLI, *Persone fisiche*, en F. GALGANO (ed.), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, sub art. 5*, Bologna, Roma, 1988.
- D. ROMERO, M. DEL ROSARIO, *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, en *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, 1.
- P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, en *Soc. dir.*, 1, 1997, 55 y ss.
- M. T. RÖRIG, *Germania*, en P. PASSAGLIA (ed.), *La fecondazione eterologa*, en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2014, 17 ss.
- D. ROSANI, «*The Best Interests the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *Biolaw journal*, 2017, 1, 127.
- E. ROSSI, *Consenso informato*, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Turín, 2012.
- L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, en *Trattato Rescigno*, 4, III, Turín, 1997.
- L. ROSSI CARLEO, *La filiazione adottiva*, en *Diritto civile, II, La famiglia*, editado por N. LIPARI y P. RESCIGNO, coordinado por A. ZOPPINI, Milán, 2009.
- G. ROSSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, *SIDIBlog*, 8 luglio 2018, <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-justizia-matrimonio-tra-persone-dello->

stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/.

C. RUPERTO, *Età (diritto privato)*, en *Enc. dir.*, XVI, Milán, 1977.

F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, en *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 628 ss.

F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)*, en *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milán, 1996.

C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Jus-online*, 3, 2015, 20 y ss.

P. SAITTA, *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, en *Quaderni del Cirsdig*, 2006, n° 18, 3 y ss.

U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2016, 1360 y ss.

U. SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le sezioni unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, en *Giustiziacivile.com*, 5, 2019, 29 de mayo de 2019.

B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, en *Diritto Civile Contemporaneo*, 3, 2014.

M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, en M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (eds.), *Fecondazione eterologa*, 2015.

G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Nápoles, 2018.

F. SANTANERA, *L'adozione mite: come svalORIZZARE la vera adozione*, en *Prosp. Ass.*, 2004, 147.

F. SANTANERA, *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima, mai autorizzata dal consiglio superiore della magistratura*, en *Prospettive Assistenziali*, 2006, 154 ss.

F. SANTANERA, *Preocupante sentencia del Tribunal de Menores de Turín*, en *Prosp. ass.*, 2008, 162 y ss.

F. SANTANERA., *La adopción leve: una iniciativa alarmante e ilegítima, nunca autorizada por el Consejo Superior de la Judicatura*, en *Prosp. Ass.*, 2006, 154 y ss.

F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milán, 1984.

F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.

A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Milán, 2021.

C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, en *Giudicedonna*, 1, 2017.

J. SARAN, J. R. PADUBIDRI, *New laws ban commercial surrogacy in India*, en *Medico-Legal Journal*, 2020, 1.

A. SCALISI, *L'adozione mite: una prospettiva non necessaria, né utile*, en P. CENDON

(ed.), *personaedanno.it*, 12 de noviembre de 2008.

A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e Dir.*, 2, 2005, 204 ss.

V. SCALISI, *Il valore della persona umana e i nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, Milán, 1990.

G. SCARAVELLI, *Che cosa è l'infertilità*, en *Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita*, en *www.iss.it*, 1 y ss.

A. SCHILLACI, *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, en *www.articolo29.it*, 25 de abril de 2018.

A. SCHILLACI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, en *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3, 2016, 14.

A. SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, en *www.articolo29.it*, 2.

P. SCHLESINGER, *Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia*, en *Fam. e Dir.*, 2015, 969.

S. F. SCHULTZ, *Surrogacy Arrangements: Who Are the Parents of a Child Born through Artificial Reproductive Techniques*, en *Ohio NUL Rev.*, 1995, vol. 22, 273 y ss.

S. SCIORTINO, *Sull'adozione da parte delle donne*, en *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, 2006, 1-40.

A. SELMA PENALVA, *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*, en *Revista Bioderecho*, vol. 1, num. 1, 2014, 4.

R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, en *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2017, 952 y ss.

M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. B. CARRASCO, R. NAVARRO COSTA, J. M. RIVERA ALVAREZ, *Protección De Menores En El Derecho Civil Español*, Dykinson, Madrid, 2022.

M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, en *Il Corriere Giuridico*, 11, 2004, 1405 y ss.

M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, en M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (eds.), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2010, 19 ss.

M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padua, 2021.

M. SMJETANA, S. JENNINGS, C. HERBRAND, S. GOLOMBOK, *Family Relationships in gay father families with young children in Belgium, Spain and United Kingdom*, en AA. VV., *Relatedness in Assisted Reproduction*, Cambridge, 2014.

S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione*

di una nozione poliedrica, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 4, 1373 y ss.

A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi della volontà legislativa*, en *Giur. it.*, 2016, 2573 y ss.

P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, en C. M. BIANCA, (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padua, 2015.

G. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, en *Riv. dir. int.*, 1976, 469 y ss.

L. SPINA, *Tra nuove forme di genitorialità e nuovi interventi normativi, non perdiamo di vista i diritti del minore*, en *Minorigiustizia*, 2, 2015, 11.

M. G. STANZIONE, *Omogenitorialità, adozione coparentale e interesse del minore*, en *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, II, Nápoles, 2018.

P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Nápoles, 1975.

P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (eds.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milán, 2004

P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (eds.), *Procreazione assistita. Comentario a la Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004*, Milán, 2004.

P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, en *Dir. fam. pers.*, 1999, 260 y ss.

A. STASI, *Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand*, en *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, 11, 1.

A. STASI, *Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand*, en *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, 11, 1.

S. STEFANELLI, *L'adozione genitoriale*, en F. ALBANO, G. CASSANO, P. CORDER, G. OBERTO (eds.), *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018.

S. STEFANELLI, *Estatus, descendencia y afectividad en la filiación homogénea*, en *Fam. e Dir.*, 2017, 83 y ss.

K. SVITNEV, *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*, en *Reprod biomed online*, 2010, 20, 4.

G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, en *GenIUS*, 2022.

R. TEXEIRA PEDRO, *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, en *International Survey of Family Law*, 2017, 278.

I. THERY, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, en *Esprit*, 1994.

O. TIMMS, *Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016*, en *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol, III, n° 2, 99.

F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio d'una coppia omosessuale*, in *Fam. Dir.*, 3, 2016, 281 y ss.

R. TOMMASINI, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, editado por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, VI, Padua, 1993.

S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minor*, en *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2014, 102 y ss.

S. TONOLO, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore «intenzionale»: i limiti nella formula di adattamento*, en *Riv. di Dir. Int.*, 2019, 1151 y ss.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale Di Diritto Privato*, en F. ANELLI, C. GRANELLI (eds.), Giuffrè, XXIV ed., Milán.

A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale*, en *Noviss. dig. it.*, 1962.

T. TREVES, *Commentario alla riforma del sistema di diritto internazionale privato, sub art. 17*, Milán, 1996.

K. TRILHA SCHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, en *GenIUS*, 1, 2020, 2 y ss.

M. TRIMARCHI (ed.), *Adozione*, en *Quaderni di diritto civile*, Milán, 2004.

T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2015, 418 y ss.

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*, Napoli, 2017.

C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, en *Biolaw journal*, 2, 2014, 67 y ss.

S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, en [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2015, 223 y ss.

F. TROMBETTA PANIGALDI, *Le norme di applicazione necessaria nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, en *Studium iuris*, 1999, 750 ss.

E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"*, en *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, 890 y ss.

A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman Ruling*, en *European Law Review*, 2019, 673 y ss.

E. TUCCARI, *Primo via libera della Corte di Cassazione alla c.d. "stepchild adoption" del partner omosessuale: un caso di creativismo giurisprudenziale?*, en C. GRANDELLI

(ed.), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milán, 2017.

C. E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1, 2014, 43 y ss.

P. UBALDI, *La posizione del figlio naturale*, en P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffré, Milán, 2002.

F. UCCELLA, *Dalla 'famiglia pluriematica' alla 'famiglia putativa' come soggetto giuridico: prima considerazioni*, en *Familia*, 2005, 447 ss.

E. URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, en *Trattato del nuovo dir. Fam*, de G. FERRANDO, III, Bologna, 2007.

A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Turín, 2012.

A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizioni Scientifiche, Nápoles, 2017.

C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, en *Fam. dir.*, 8-9, 2017, 825 y ss.

F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, en *Rivista AIC*, 4, 2019.

M. VELLETTI, *Interesse del minore e genitorialità*, en *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018.

M. C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milán, 2002.

M. C. VENUTI, *La regolamentazione delle Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, en *Politica del diritto*, 1-2, 2016, 95-128.

M. C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, en *GenIUS*, 2, 2019, 6 y ss.

M. C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, en *GenIUS*, 2018, 86.

R. VERDERA SERVER, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA, Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, en J.A. COBACHO GÓMEZ, J.J. INIESTA DELGADO (eds.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, 2007.

R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, 1993.

S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, en *Fam. e dir.*, 2016, 1025

A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità: Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Turín, 2018.

A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 523 y ss.

J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de*

junio de 1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2000, 12, 113- 137.

G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, en *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, Utet, Turín, 2007.

R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nueva ley de 19 de febrero de 2004, n° 40*, Giappichelli, Turín, 2004.

L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, en A. CELOTTO, N. ZANON (eds.), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milán, 2004.

A. VITALE, *Legge 40/2004: breve storia di un martirio giudiziario, 9 maggio 2013*, en [www.uccronline.it](http://www.uccronline.it), 1 y ss.

M. WELLS-GRECO, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016.

G. WILLEMS, *Registered Partnerships in Belgium*, en J. M. SCHERPE, A. HAYWARD (eds.), *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.

A. L. ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008.

P. ZATTI, *La maternidad subrogada*, en *Questione giustizia*, 1999.

P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, en *Trattato di diritto di famiglia*, dirigido por P. ZATTI, I, Giuffrè, Milán, 2011.

## **Jurisprudencia comentada**

TEDH, 10 de abril de 2007, nº 6339/05, *Evans c. Reino Unido*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2007, 1238 y ss., con una nota de F. BRUNETTA D'USSEAUX, *Sulla revoca del consenso all'implantazione dell'embrione conservato, e Dickson v. UK*, nº 44362/04.

TEDH, 22 de enero de 2008, Rec. 43546/02, *E.B. c. Francia*, en *Fam. e Dir.*, 2008, 221 y ss., con nota de E. FALETTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

TEDH, 1 de abril de 2010, núm. 57813/00, *S. H. y otros c. Austria*, en *Famiglia e Diritto*, 2010, 977 y ss., con nota de U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*;

en *Famiglia e Diritto*, 5, 2011, 517 y ss. con comentario de G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*;

en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 556 y ss. con comentario de B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*;

en *Famiglia, Persone e Succioni*, 2011, 409 y ss. con comentario de A. DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*.

TEDH, Gran Sala, 3 de noviembre de 2011, núm. 57813/00, *S. H. y otros c. Austria*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 ss., con nota de C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*; en *Foro italiano*, IV, 2012, 209 ss., con nota de E. NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*.

TEDH, 19 de febrero de 2013, Ref. 19010/07, *X y otros contra Austria*, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, I, 519 y ss., con nota de C. FATTA, M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second parent adoption*.

TEDH 21 de julio de 2015, *Oliari y otros c. Italia*, en *Foro it.*, 2016, IV, 1, con nota de G. CASABURI, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918, con una nota de L. LENTI, *Prime note in margine al caso "Oliari v. Italia"*;

en *Rass. avv. Stato*, 2015, 2, 56, con nota de R. DE FELICE, *La Cedu sulla tutela delle coppie omosessuali in Italia. La larga ola de Schalk y Kopf*;

en *Guida dir.*, 2015, 33, 110, con nota de M. CASTELLANETA, *Il mancato riconoscimento ad avere una relazione stabile con persone dello stesso sesso viola la Convenzione europea*;

en *GenIus*, 2015, 2, 304, con una nota de M. D'AMICO, *Famiglia e 'famiglie' fra principi costituzionali italiani ed europei*;

in *Fam. Dir.*, 2015, 1069, con nota de P. BRUNO, *“Oliari contro Italia”: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*.

Corte Cost., 26 de septiembre de 1998, n. 347, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, 51 ss., con nota de E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa*.

Corte Costituzionale, 28 de enero de 2005, núms. 45, 46, 47, 48 y 49, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2005, 337 y ss., con nota de G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle 'leggi costituzionalmente necessarie'*.

Corte Costituzionale, 23 de diciembre de 2008, n. 438, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4945 ss., con notas de R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, y de D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*.

Corte Costituzionale, 8 de mayo de 2009, n. 151, en *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss., con nota de M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*;

en *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 y ss., con nota de G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*;

en *Giustizia Civile*, 6, 2009, 1177 ss., con una nota de G. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni a "caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*; Corte Cost., 13 abril 2016, n. 84,

en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2016, 750 y ss., con nota de A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inadmissibilità delle questioni sui prohibiti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*;

en *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 y ss., con nota de D. CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, y de I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna*

sulla sperimentazione sugli embrioni.

Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, parte I, 1367 ss., con nota de R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali ma non possono accedere al matrimonio.*

Corte cost., ord. 22 mayo 2012, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 858 ss., con nota de C. MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, y comentario de U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, ibidem, II, 636 ss.

Corte Cost., 10 de junio de 2014, núm. 162, en *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con comentario de V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*;

en *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105 y ss., con comentario (p. 1117) de C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con comentario de G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Prohibición ilegítima de la fecundación heteróloga*;

en *Quad. cost.*, 2014, con comentario (p. 569) de A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*;

Ahí, también el comentario (p. 563) de G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione 'eterologa': il peccato di Ulisse*;

en [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), con una nota de M. DE MARIA, *La figura del genitore nel pensiero della Corte costituzionale*; en la misma, con un editorial de L. LENTI, *Abattere un altro pilastro della legge 40: la Corte costituzionale anula la prohibición de la procreación asistida heteróloga*;

ivi, con una nota de F. MITE, *La Consulta apre un ulteriore breccia nella legge n. 40 del 2004: illegittimo il divieto di Fecondazione eterologa*;

en *Riv. dir. int.*, 2014, 1123 y ss., con nota de S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*;

en *Dir. succ. e fam.*, 2015, 511 y ss., con nota de A. G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.*

Corte Cost., 5 de junio de 2015, núm. 96, en *Il Corriere Giuridico*, 2, 2016, 186, con nota de M. A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*;

en *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2015, 789 y ss., con notas de M. P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, y de A. IANNUZZI, *"La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgrecciareola l'impianto della legge n. 40 del 2004.*

Corte Cost., 18 de diciembre 2017, n. 272, en *Foro.it.*, 2018, I, 10, con nota de G. CASABURI;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540, con nota de A. GORGONI.

Corte Cost., 23 de octubre de 2019, nº 221 en *Corr. Giur.*, 2019, 1460, con comentario (1469 y ss.) de G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*;

en *Foro it.*, 2019, I, 3782 ss., con una nota de G. CASABURI, *Qui sto. Non posso fare altrimenti': la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 548 ss., con una nota de V. I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*;

en *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 430 ss., con una nota de R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale Kantiana e diritto alla procreazione.*

Corte Cost. 15 de noviembre de 2019, núm. 237, en *Famiglia e diritto*, 2020, núm. 4, 325 y ss., con nota de M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recurre il riconoscimento di due madri.*

Cass. 21 de julio de 1995 n. 7950, en *Giur. it.*, 1997, I, 1, 697 y ss., con nota de A. GABRIELLI, *L'adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma.*

Cass., 16 de marzo de 1999, núm. 2315, en *Famiglia e diritto*, 3, 1999, 233 ss., con nota de M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*;

en *Giustizia Civile*, 1999, I, 1317 y ss., con nota de C. M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione.*

Cass. 21 de septiembre de 2000 núm. 12491, en *Fam. dir.*, 2001, 45 y ss., con nota de C.D. FIORAVANTI, *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono nell'adozione dei minori: "L'adozione è prevista dal legislatore come estremo rimedio ad una irreparabile situazione di abbandono del minore, e non già come mezzo per ovviare a carenze*

*genitoriali o per procurare al minore condizioni di vita migliori di quelle che la famiglia di origine è in grado di offrirgli”.*

Cass. 11 de enero de 2013, n° 601, en *Corr. Giur.*, 2013, 893 ss., con nota de L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*;

en *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570 y ss., con una nota de F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio è... in valutazione del pregiudizio! Sobre la custodia de la prole a la madre homosexual*;

en *Giur. it.*, 2013, p. 5, con una nota de B. PAPARO, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*.

Cass., 11 de noviembre de 2014, n.º 24001, en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 239, con nota de C. BENANTI;

en *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota de A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

Cass., 22 de junio de 2016, núm. 12962, en *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con notas de P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in cas particolari ed il caso della stepchild adoption*, y de L. ATTADEMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*;

en *Fam. e dir.*, 2016, 11, 1025 y ss., con nota de S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*;

en *Foro it.*, 2016, I, 2342 y ss., con nota de G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con nota de G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*;

en *Ifamiliarista.it*, 22 de junio de 2016, con nota de A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*.

Cass. 30 septiembre 2016 núm. 19599, en *Corr. giur.*, 2017, 190 y ss., con nota adhesiva de G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*;

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 362 y ss., con nota adhesiva de G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*;

en *Dir. civ. cont.*, 2017, con nota crítica de B. SALONE, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di "doppia maternità"*;

en *Riv. dir. int.*, 2017, 169 y ss. con nota crítica de O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*.

Cass. 14 febrero 2018 núm. 3594; Cass. 19 enero 2018 núm. 1431, en *Foro it.*, 3, 2018, 817 y ss con nota de C. M. BIANCA, *Quando possiamo togliere legittimamente un bambino alla sua famiglia?*

Cass., Secciones Unidas de 8 de mayo de 2019, nº 12193 en *Foro it.*, 2014, I, 3414; in *Fam. e dir.*, 2019, 653 ss., con notas críticas de M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, 667 ss., y de G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, 677 ss.

Cass. civile sez. I, 15 de mayo de 2019, n.13000, en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2019, 1229 con nota de F. Zappatore, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*.

Cass., Sec. un., 31 de marzo de 2021 n. 9006, en *giustiziainsieme.it.*, con comentario de S. STEFANELLI, *Italia riconosce la adopción extranjera de menores por una pareja masculina, pero sólo en ausencia de maternidad subrogada*.

en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 10432 ss., con nota de C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*.

Tribunal de Monza, 27 de octubre de 1989, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1990, 355 y ss., con nota de M. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*.

Trib. Palermo, ord. 8 enero 1999, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, 221 ss., con nota de E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni "in vitro": in assenza di regole il ricorso ai principi*;

en *Diritto di Famiglia e delle Persone*, I, 1999, 226 y ss., con notas de A. MIRANDA, *"Tragic choice in Italy": brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, y de G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza innotte per decisione del giudice*.

Tribunal de Roma, ord. 17 de febrero de 2000, en *Famiglia e Diritto*, 2, 2000, 152 y

ss., con notas de M. DOGLIOTTI y G. CASSANO.

Trib. min. Roma 8 de enero de 2003, en *Giur. merito*, 2003, 1122 ss., con nota de M. ORLANDI, *Bimbi contesi tra famiglie biologiche e famiglie degli affetti: due situazioni difficili risolte secondo buon senso*.

Trib. Milano, 23 de noviembre de 2009, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2010, 774 ss., con nota de B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 3 abril 2013; Trib. Catania, ord. 13 abril 2013; en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 912 ss., con nota de I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*.

Trib. Bologna, ord. 16 enero 2015, en *Famiglia e Diritto*, 5, 2015, 488 ss., con nota de A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'implantazione post mortem di embrioni crioconservati*.

Trib. min. Roma 30 de julio de 2014, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 109, con nota de J. LONG, *La adopción en casos especiales del hijo de una pareja del mismo sexo*; in *Fam. dir.*, 2015, 585 y ss., 593 y ss., con nota de M. G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*.

Trib. Min. Bologna, 25 de junio de 2020, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota de A. SCHILLACI, *Da Bologna una svolta storica verso gli effetti pieni dell'adozione in casi particolari*.

