

LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE  
LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL.  
EL CASO ITALIANO Y EL PROBLEMA  
DEL "TURISMO PROCREATIVO"<sup>1</sup>

ANTONIO VALLINI

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: La prohibición italiana de la maternidad subrogada, prevista penalmente, ha demostrado una óptima capacidad de disuasión, a tal punto que de no haber sido trasgredida en Italia, las parejas que tienen la intención de recurrir a este tipo de práctica procreacional se han visto obligadas, más bien, a ir al extranjero donde en cambio, está permitida, y donde dicha prohibición no rige en razón de los límites representados por la aplicación de la ley penal en el espacio. El presente trabajo valora críticamente el uso que de esta prohibición han hecho la Corte Constitucional y las Salas Reunidas de la Casación Civil, considerándolo expresión de un "orden público" que impide la inscripción, en Italia, de las actas de nacimiento regulamente perfeccionadas, en el extranjero, como consecuencia de la maternidad subrogada. En particular, este argumento no considera las incertidumbres, relevante en ámbito penal, respecto del alcance aplicativo del delito y su finalidad de protección, que no se considera que pueda ser vinculado a la exigencia de hacer prevalecer la "*veritas*" biológica de la maternidad, correspondiendo, en todo caso, a la exigencia de prevenir "disociaciones de maternidad" respecto

---

<sup>1</sup> Traducción del italiano de David Fabio Esborraz.

de las cuales dicha *veritas* no podría ser afirmada, de ninguna manera, en términos constitucionalmente adecuados.

**RIASSUNTO:** Il divieto italiano di surrogazione di maternità, penalmente sanzionato, ha dimostrato un'ottima capacità di deterrenza in patria, al punto da non essere emerse trasgressioni in Italia; le coppie intenzionate a ricorrere a questa pratica procreativa sono state, piuttosto, spinte all'estero, dove essa è invece consentita, e dove il divieto stesso non può operare in ragione dei limiti circa l'applicazione della legge penale nello spazio. Il presente contributo valuta criticamente l'uso che di quel divieto hanno fatto la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Cassazione civile, ritenendolo espressione di un "ordine pubblico" ostativo alla trascrizione, in Italia, degli atti di nascita regolarmente perfezionati, oltre confine, a seguito di maternità surrogata. In specie, questo argomento non considera le incertezze, rilevate in sede penale, circa la portata applicativa del reato e il suo scopo di tutela, che non si ritiene possa essere collegato all'esigenza di far prevalere la *veritas* biologica della maternità, riguardando, semmai, l'esigenza di prevenire "dissociazioni di maternità" rispetto alle quali quella *veritas* non potrebbe essere affermata, in nessun modo, in termini costituzionalmente adeguati.

**ABSTRACT:** The Italian crime of surrogacy seems to have a strong capacity of deterrence at home, where no transgressions have emerged yet; those citizens who wish to take advantage of this procreative practice are rather pushed abroad, where surrogacy is allowed and the Italian prohibition doesn't work due to the rules on the spatial extent of national criminal law. This paper criticizes, in particular, the way in which this prohibition has been used by the Constitutional Court first, then by the United Sections of the Supreme Court, insofar these judges basically affirmed that the crime of surrogacy would express a "public order" principle, whereby the transcription, in Italy, of birth certificates regularly perfected abroad after surrogate motherhood would be prohibited. Such an opinion does not consider the uncertainties about both the real field of application of the crime and its protective purpose, that must not be ultimately connected to the need

of biological *veritas* in maternal relationship, but to the need to prevent a "maternity dissociation", on account of which such a *veritas* might not in any way be guaranteed, not at least consistently to the constitutional protection of maternity.

**PALABRAS CLAVE:** Delito de maternidad subrogada, alteración de estado, turismo procreativo, orden público, inscripción del acta de nacimiento, tutela constitucional de la maternidad.

**PAROLE CHIAVE:** Delitto di surrogazione di maternità, alterazione di stato, turismo procreativo, ordine pubblico, trascrizione dell'atto di nascita, tutela costituzionale della maternità.

**KEY WORDS:** Crime of surrogacy, false statements about the child's family status, procreative tourism, public order, transcript of the birth record, constitutional protection of motherhood.

## I. EL CASO ITALIANO:

### LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA, LA FUGA DE LOS PROGENITORES AL EXTRANJERO, LA FALTA DE RELAVANCIA PENAL DE SU CONDUCTA

En el ordenamiento jurídico italiano, constituye un delito castigado con la reclusión de tres meses a dos años y con una multa de 600,000 a 1'000,000 de euros, la realización, organización o publicidad, "en cualquier forma", de la "maternidad subrogada" (como dispone, expresamente, el art. 12, numeral 6, de la Ley del 19 de febrero de 2004, n. 40, "Norma en materia de procreación médicamente asistida").

No existen constancias de condenas relacionadas con esta figura delictual. En la praxis del derecho italiano el fenómeno de la maternidad subrogada se ha manifestado, concretamente, en atención a como ha sido previsto por disposiciones incriminatorias en materia de declaraciones falsas a funcionarios públicos (art. 495 del Código

Penal italiano – c.p.) o alteración del estado civil (art. 567 c.p.) con relación a casos de “gestación por otro” acaecidas en el extranjero –generalmente en países donde estas prácticas están legalizadas– con el consiguiente otorgamiento de actas de nacimiento y atribuciones de paternidad a los comitentes de conformidad con la *lex loci*, y sucesiva solicitud de su inscripción en Italia. De ello se desprende que el único efecto de la penalización de la maternidad subrogada fue el de haber incrementado el fenómeno del denominado “turismo procreativo”.

Salvo alguna condena esporádica, desde hace tiempo este tipo de procesos parece estar orientado en forma ineludible a la absoluciónde los imputados.<sup>2</sup> En verdad,

<sup>2</sup> En la jurisprudencia italiana, v. Trib. Trieste, 4 de octubre de 2013, en *www.dirittoegiustizia.it*, 31/10/2013; Trib. Milán, 15 de octubre de 2013, en *www.penalecontemporaneo.it*; Trib. Milán, 14 de abril de 2014, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 418, con nota de 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*; Trib. Varese, 8 de octubre de 2014, en *www.penalecontemporaneo.it*, con nota de T.Trinchera; Trib. Pisa, 15 de abril de 2015, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 1543 ss., con nota de A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*; Corte de Casación, Sala VI penal, 26 de febrero de 2016, n. 8060, en *CED*, 266167; Corte de Cas., Sala V penal, 10 de marzo de 2016, n. 13525, en *Diritto penale e processo*, 2016, p. 1085, con nota de A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; y además Corte de Cas., Sala VI penal, 17 de noviembre de 2016, n. 48696, en *Diritto penale e processo*, 2017, p. 896, con nota de A.Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*. En sentido aparentemente contrario a esta orientación se pronunció el Tribunal de Brescia, 26 de noviembre de 2013, en *www.penalecontemporaneo.it*: con nota de T.Trinchera. Por el contrario, decidió la condena para el crimen previsto por el art. 495, ap. 2, n. 1, c.p. el Tribunal de Milán, 8 de abril de 2014, en *www.penalecontemporaneo.it*, con nota de M.Winkler. En la doctrina penalística italiana véase aún E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, en *Notizie di Politeia*, 2014, n.115, p. 79; D.Pulitano, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, en *Cassazione penale*, 2017, p. 1364 ss.

las normas estructuradas con base en una conducta de “falsa declaración y atestación” (tanto el art. 567, como también el art. 495 del c.p.) tienen una esencia fuertemente normativa. Es decir, qué cosa es falsedad depende de cuáles sean los contenidos (normativos) de la obligación de verdad según las normas aplicables a la formación del acto o documento (e, incluso antes, del hecho que exista la titularidad de una obligación de decir la verdad). Por otra parte, el mismo concepto de “estado civil”, y de *status filiationis*, es intrínsecamente normativo,<sup>3</sup> como ha sido reconocido, por ejemplo, por la

<sup>3</sup> A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1560; Trinchera, *Profili di responsabilità penale*, cit., p. 436; D. Pulitano, *op.cit.*, p. 1376 s. Diversamente C. Tranquillo, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, en *www.penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2015, p. 7 (pero v. también A. Madeo, *op. cit.*, p. 1094) individualiza una falsedad subsistiendo una deformación respecto de los datos *factuales*, convertidos en “verdad” objetiva. Si esta premisa fuera verdadera, sería necesario entonces (absurdo) considerar sustancialmente falsas todas las constancias de estado civil que formalizan relaciones de parentesco reconocidas por el ordenamiento italiano pero carentes de correspondencia biológica, como por ejemplo la paternidad del marido de la parturienta que haya concebido con otro hombre, o la atribución de la paternidad a la pareja consenciente de la mujer que haya concebido gracias a una donación de gametos masculinos, en los términos del art. 9, numeral 1, de la ley n. 40/2004. En realidad, como bien evidencia la sentencia de la Casación italiana n. 48696/2016, ya mencionada, es al menos anacrónico considerar que parámetro “sustancial” de la “verdad” de la condición de paternidad y maternidad indicada en las actas del estado civil deba ser necesariamente la paternidad o maternidad biológica (por otra parte, “al menos para lo que se refiere al hombre [en contraposición al animal], la atribución de la genitorialidad nunca ha sido un hecho puramente natural, impregnada, desde siempre, por factores culturales: A. Spena, *op. ult. cit.*, loc. cit., nt. 39). Finalmente, para considerar la “falsedad” de una declaración es siempre necesario, obviamente, considerar su tenor. Si el declarante acredita (en sustancia) que en los hechos se han verificado los presupuestos en presencia de los cuales, según la ley aplicable, puede ser considerado progenitor, él acredita algo absolutamente verdadero, siendo indudablemente verdadero que, en el ordenamiento ucraniano, cierta tipología de gestación por otros permiten la atribución de aquel *status*. Declararía una falsedad, en cambio, cuando declara que el hijo fue dado a luz por quien entiende asumir el papel de madre, pero no es esto lo que debe ser, y que es, comunicado al funcionario del Registro civil ucraniano.

sentencia de la Corte Constitucional en materia de “fecundación heteróloga”.<sup>4</sup> En efecto, el ordenamiento italiano, y en general todos los ordenamientos, han reconocido ampliamente relaciones de parentesco no correspondientes necesariamente al hecho biológico/naturalista, sino modeladas por un dato normativo, que muy habitualmente privilegia roles meramente sociales.

Ahora bien, en situaciones como las recién referidas las normas que definen la “obligación de verdad”, o los contornos del “estado civil”, no pueden ser otras que las que rigen en el estado extranjero donde, legalmente, se ha recurrido a la práctica de la maternidad subrogada. Normas, en consecuencia, que efectivamente establecen una relación de genitorialidad entre los comitentes y el nacido, no entre este último y la gestante, de tal manera que declarando dicha relación en las actas de nacimiento, se declara la verdad.

Dicho con otras palabras, los trámites administrativos y las reglas sustanciales relativas a la declaración de nacimiento, así como a la elaboración del acta respectiva y al reconocimiento de la relación de filiación, no pueden ser otras más que aquellas a las que debe atenerse la autoridad ante la cual debe otorgarse el acta de nacimiento. Es simplemente inimaginable, en abstracto y en concreto, que el oficial del Registro Civil ucraniano —para dar un ejemplo bastante recurrente en la práctica— aplique el régimen italiano de atribución de la paternidad, a falta de una norma de remisión que reenvíe a dicha regulación. Se advierte, en consecuencia, una sustancial imposibilidad de actuar de manera diferente, que sin embargo no constituye expresión de una falta de exigibilidad “subjetiva”, sino de una *no configurabilidad objetiva*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, 10 de junio de 2014, n. 162, en *Diritto penale e processo*, 2014, p. 825, con nota de A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*.

*de una alternativa lícita a la acción ejecutada (una declaración divergente de la expresada, y respecto de ella “verdadera”).*<sup>5</sup>

Faltaría, en definitiva, el hecho mismo del reato fundado en la falsa declaración, o en la alteración del *status filiationis*. En consecuencia, la falta de relevancia penal de dicho comportamiento se advierte incluso antes de tener que evaluar la posibilidad de aplicar en el extranjero la ley penal italiana.

Como fundamento de esta tesis se invocan habitualmente los arts. 15 y 17, del Decreto del Presidente de la República n. 396/2000 (“Reglamento para la revisión y la simplificación del ordenamiento del estado civil”).<sup>6</sup> Según el art. 15, numeral 2, “Las declaraciones de nacimiento [...] relativas a ciudadanos italianos<sup>7</sup> nacidos [...] en el extranjero [...] deben hacerse según las normas establecidas por las leyes del lugar de la autoridad local

<sup>5</sup> Esta alternativa no está constituida por un reconocimiento, por parte del padre, del hijo como nacido fuera del matrimonio, que se tenga que llevar a cabo por ante la autoridad diplomática o consular en el momento de solicitar la inscripción (C. Tranquillo, *op. cit.*, 17). El art. 567 c.p. se ocupa de la declaración de nacimiento, dirigida a la constitución del acta de nacimiento, respecto de la cual no constituyen alternativas practicables otras declaraciones, efectuadas a otros fines y ante otras autoridades (y sobre todo atípicas). El referido artículo ha sido recientemente objeto de una notable labor de interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional, referida sobre todo a las sanciones, pero indicativa también de cambios de sentido del precepto, para lo cual se remite a la síntesis razonada de D. Pulitanò, *op. cit.*, 1369 ss.

<sup>6</sup> T. Trinchera, *Profili*, cit., p. 437. Véase: Trib. Bolonia, GIP, 13 de abril de 2011, cit.; Trib. Caltagirone 3 de noviembre de 2011, cit.; Trib. Viterbo 25 de octubre de 2013, cit.; Trib. Asti n. 127 del 2014, cit.; Trib. Milán 15 de octubre de 2013, cit.; Trib. Milán 8 de abril de 2014, cit.; Trib. Varese 8 de octubre de 2014, cit.

<sup>7</sup> El art. 15 cit. *presupone* la ciudadanía italiana del nacido, por lo que lógicamente no podría ser aplicado cuando dicha ciudadanía —según el criterio del *ius sanguinis* acogido por la ley italiana: Ley del 5 de febrero de 1992, n. 91, art. 1, párrafo 1, literal a— *tenga por efecto* la formalización de una descendencia “jurídica”, diferente de la biológica, que a su vez *presupondría* la aplicación del art. 15. De todas maneras este obstáculo lógico no subsiste en el caso, ordinario, en el cual el solicitante sea también padre genético (Cas., Sala V, 5 de abril de 2016, n. 13525, cit.; C. Tranquillo, *op. cit.*, p. 4).

competente, si ello está impuesto por la misma ley" (como efectivamente hace, con relación a nuestro ejemplo, la ley ucraniana). En sustancia, se puede afirmar también (de acuerdo al art. 33 de la Ley n. 218/1995 que reformó el sistema italiano de Derecho internacional privado) que "el estado de hijo está determinado por la ley nacional del hijo", la que en el caso de referencia es la ley italiana, la que a su vez reenvía a la *lex loci* para la definición de la obligación de verdad funcional al otorgamiento de un acta de nacimiento "verdadera". Sin embargo, por las razones antes indicadas y al menos en lo relativo a la declaración de nacimiento, la referencia a estas disposiciones de reenvío resulta incluso superflua. Ellas, a lo sumo, tienen la función de cualificar claramente en los términos de un *deber*, y no de una simple *facultad*, la declaración de nacimiento hecha a las autoridades locales.

La solicitud de inscripción en Italia del acta de nacimiento, verdadera, otorgada en el extranjero, no constituye una declaración falsa, ya que ella no comporta ninguna declaración, ni tampoco una alteración de lo que era verdadero. La misma conducta no constituye alteración del estado civil, puesto que el hecho típico descrito por el art. 567, párrafo 2, c.p. se refiere a las falsedades que incidan en la formación de un *acta de nacimiento*, mientras que su inscripción no lo es.<sup>8</sup>

Sin lugar a dudas, la transcripción podría ser negada, por el oficial del Registro Civil, por contrariar el orden público (*v. infra*, parágrafo 3) pero ser "contrario al orden público" no significa ser "falso".<sup>9</sup> De nuevo falta el requisito de la tipicidad.

<sup>8</sup> Sobre este punto véase el amplio análisis de las distintas problemáticas de parte de V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 408 ss.

<sup>9</sup> A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1563.

## II. EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA: SU FUERTE EFICACIA GENERAL-PREVENTIVA (EN ITALIA) SU DÉBIL ALCANCE APLICATIVO (FUERA DE SUS FRONTERAS)

Como ya hemos referido, a similares acontecimientos es menos aplicable aún el delito de maternidad subrogada previsto por el art. 12, numeral 6, ley 40/2004, generalmente ausente en los repertorios de jurisprudencia.

Sin embargo, no se debe llegar a la rápida conclusión de que, como no es tenida en cuenta por los tribunales, se trate de una norma meramente simbólica, ineficaz. En realidad, cabe decir lo contrario, pues su alcance general preventivo es de tal magnitud que ha sofocado completamente eventuales recursos a la maternidad subrogada en Italia (motivo por el cual no existen casos). Es por ello que se ha buscado eludir esta prohibición yendo al extranjero, incluso en consideración de que la norma incriminatoria es, por así decirlo, demasiado "débil" —por su estructura y por su nivel sancionatorio— para ser aplicada más allá de la frontera nacional, en atención a la regla general sobre la aplicación de la ley en el espacio. Dejando de lado la hipótesis, hasta ahora considerada por la jurisprudencia, de un delito en realidad solo en parte "realizado" en Italia (art.6, párrafo 2, c.p.) o de todos modos consumado en todo, o en parte, en la forma de la "organización" o "publicidad" (ambas conductas per se típicas según el art.12, numeral 6, Ley 40/2004).<sup>10</sup> Veamos mejor este punto.

En el caso en que, en una clínica extranjera, se realice un tratamiento de fecundación asistida del previsto por el art. 12, literal 6, de la ley n. 40/ 2004 sobre la

<sup>10</sup> C. Cassani, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 933.

procreación médicamente asistida, es necesario distinguir según que ello sea cometido por un ciudadano italiano (por ejemplo por los que solicitan la subrogación, por el médico italiano que eventualmente haya actuado en el extranjero o por otros concurrentes) o por un extranjero (serán normalmente tales los médicos y los organizadores, la prestadora del útero, los eventuales donatarios de gametos) en perjuicio de un ciudadano italiano o extranjero. Otro elemento decisivo estará constituido por la legitimidad o ilegitimidad de dicha práctica según la *lex loci*.<sup>11</sup>

En primera instancia, la maternidad subrogada llevada a cabo en un país extranjero que la reconoce como lícita no podría en ningún caso considerarse relevante según la ley italiana, faltando el requisito de la denominada “doble incriminación”, implícito también en los arts. 9 y 10 c.p.<sup>12</sup> Ésta es la opinión generalizada en la jurisprudencia, lo que da a entender por cuál motivo los Fiscales, en la mayoría de los casos, ni siquiera proponen calificar el hecho *ex art.* 12, numeral 6, de la Ley n. 40/2004.

Si no acogemos esta solución *tranchant*, o cuando se trata de un hecho ilícito también para la ley extranjera, tenemos entonces que distinguir.

Si el hecho es imputable a un ciudadano extranjero, no será nunca punible según la ley italiana por defecto de los límites mínimos de la pena previstos por el art. 10, párrafo 1 o 2, n. 2, c.p. Además, cuando se considere que no existe una víctima, faltará el requisito del hecho

<sup>11</sup> Existen además ordenamientos que en la práctica, aunque no esté expresamente regulada, está legitimada por la praxis y por algunos pronunciamientos. Tal parecería la situación del sistema legal indio, al cual se enfrenta la sentencia del Trib. de Milán del 8 de abril de 2014, cit.

<sup>12</sup> E. Dolcini, *op. cit.*, p. 81 s.; T. Trinchera, *Profili*, cit., 435; A. Madeo, *op. cit.*, 1092; V. Tigano, *op. cit.*, p. 399 ss. En una perspectiva problemática: D. Pulitanò, *op. cit.*, p. 1367. *Contra* A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1556.

cometido en perjuicio de un sujeto italiano —art. 10, párrafo 1— o de un sujeto extranjero —art. 10, párrafo 2—.

En lo concerniente a la conducta imputable a los ciudadanos italianos, se puede en primer lugar evaluar la hipótesis en la cual no exista una víctima; sea porque, ya en abstracto, se intienda el art. 12, numeral 6, de la Ley n. 40/2004 como norma dirigida a prevenir no tanto un perjuicio a otro sino una incoherencia interna del ordenamiento jurídico respecto de las reglas de atribución de la maternidad (v. *infra*); sea porque, en concreto, consta la contribución voluntaria al hecho de los comitentes y de la prestadora del útero, los que merecen ser calificados como colaboradores del delito. Ahora bien, con base en tales presupuestos encontrará aplicación el art. 9, párrafo 2, c.p.; por lo que el hecho no daría lugar a un proceso por falta de requerimiento de la Fiscalía, o de instancia de la persona ofendida.

Sin embargo, podrían ser reconocidas “víctimas” o cuando, en concreto, no exista un aporte consciente/concurrente a la disociación de la maternidad en forma relevante por parte de quien compromete sus propios gametos y/o de quien soporta la gestación, o cuando, ya en abstracto, se sostenga que la madre comitente y/o la prestadora del útero son personas ofendidas *no obstante* su consciente y voluntaria contribución al hecho (así como el suicida o aspirante a suicida podría considerarse persona ofendida del homicidio del consenciente o del instigador o ayudante al suicidio) ya que la maternidad de ellas —*status* en principio indispensable— resulta de todos modos *objetivamente* comprometida, y destinada a un régimen jurídico frágil y controvertido (cabe señalar que, desde esta perspectiva, la madre, en cuanto “estructuralmente” persona ofendida, no podría nunca ser considerada colaboradora del delito a diferencia de como hemos planteado en el párrafo precedente). Desde un enfoque diferente se podría también individualizar la

persona ofendida en la mujer italiana que aporta su propio ovario, o en la extranjera que lleva a cabo la gestación, según que, con base en la ley aplicable, el hijo deba ser atribuido respectivamente a la mujer extranjera o la italiana. Asimismo podría considerarse víctima el hijo, en cuanto sujeto titular de un interés respecto de la maternidad protegida por el citado art. 12, numeral 6.

Ahora bien, en el caso de perjuicios ocasionados a un ciudadano italiano, los connacionales autores o coautores, considerando el mínimo legal, serían punibles según la ley italiana solo a pedido del Ministro de Justicia o bien a instancia de la víctima, *ex art. 9, párrafo 2, c.p.* Si en cambio se reconociera una persona ofendida de nacionalidad no italiana, el autor del delito sería punible de acuerdo a las condiciones más restrictivas previstas por el art. 9, párrafo 3.

Lo cierto es que el hecho debe considerarse cometido en Italia cuando en el territorio del Estado se hayan realizado contribuciones concurrentes importantes. Asimismo quedaría sujeta a la ley italiana la eventual organización o publicidad en Italia de maternidades subrogadas a realizarse en el extranjero.

La tipicidad del hecho, y su eventual punibilidad según la ley italiana, obviamente no impiden la aplicación de posibles causas de exclusión del delito. Al respecto existen amplios espacios de operatividad de la excusante del error en el precepto legal (art. 5 c.p., con la modificación introducida por la sentencia n. 364/88 de la Corte Constitucional) como es cuando los autores del hecho estén erróneamente convencidos de la no aplicación de la ley penal italiana a conductas legítimamente llevadas a cabo en territorio extranjero.<sup>13</sup> En cambio parece más

<sup>13</sup> Casación, Sala V, 5 de abril de 2016, n. 13525, cit. en donde se imputa este delito, el cual resulta sin embargo excluido por error excusable acerca de la ley penal (calificado *sub specie* de errónea suposición de actuar en el ejercicio

difícil imaginar que la normativa extranjera legitimadora de la maternidad subrogada pueda actuar como causa de justificación.<sup>14</sup>

### III. LA RELEVANCIA EXTRA PENAL DEL DELITO: LA CORTE CONSTITUCIONAL, LAS SALAS REUNIDAS DE LA CORTE DE CASACIÓN

El delito de maternidad subrogada parece haber despertado más interés entre los civilistas y los internacionalprivatistas, que entre los penalistas, atribuyéndole un *stigma negativo neto y perentorio* a una práctica procreativa que no puede dejar de condicionar, o también sólo subjetivamente impresionar, las valoraciones llevadas a cabo con relación a los *status* e a las *relaciones familiares* que de dichas prácticas procreativas pueden originarse.

El ejemplo más significativo de la influencia extra penal de esta prohibición lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional del 18 de diciembre de 2017, n. 272 —Presidente Grossi y Relator Amato—,<sup>15</sup> de la que se ha hecho eco la no menos importante sentencia de las

de un derecho) inducido por la convicción de no punibilidad, según la ley italiana, del hecho cometido en el extranjero (por un error, sustancialmente, sobre la necesidad a tal fin de una “doble incriminación”. A. Madeo, *op. cit.*, p. 1093 destaca la singularidad, pero no el carácter erróneo, de este enfoque).

<sup>14</sup> Véase sobre el tema I.Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, p. 1018 s.; F. Mantovani, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milán, 1966, p. 660; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8ª ed., Milán, 2003, p. 435; D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, XIII, 1999, p. 152 ss.; A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Turin, 2006, p. 143 ss.

<sup>15</sup> En *Il Corriere Giuridico*, 2018, p. 446 ss., con nota de G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

Salas Reunidas de la Corte de Casación Civil, n. 12193 de 2019.<sup>16</sup>

La primera decisión ha declarado «no [...] fundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 263 del Código civil —planteada [...] con refencia a los arts. 2, 3, 30, 31 y 117, párrafo 1, de la Constitución italiana, el último de los cuales en relación con el art. 8 de la Convención europea sobre los derechos del hombre—», respecto de la posibilidad de que aquella norma permitiría impugnar el reconocimiento materno del hijo nacido, en el extranjero, de una maternidad subrogada, «dado que el juez en el curso de la acción de impugnación del reconocimiento del hijo no matrimonial —hecha excepción del caso de la acción ejercida por el hijo— debe tener en cuenta el interés del menor a la conservación del *status filiationis*». En efecto, se afirma, que «en la

<sup>16</sup> En *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 1198, con nota de D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*. A las Salas Reunidas se dirigió, en particular, la Casación Civil, Sala I, ordenanza interlocutoria del 22 de febrero de 2018, n. 4382, en *Il Corriere Giuridico*, 2018, p. 1204, con nota de I. Barone, *La trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero da una coppia same sex tra legalità costituzionale e ordine pubblico internazionale*. En doctrina, una análoga orientación, sustentada por argumentos más amplios e interesantes, ya había sido manifestada por V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, especialmente p. 988 ss. Dedicaba una amplia argumentación contra el “carácter meritório” del contrato de maternidad subrogada, con la finalidad de evidenciar la contrariedad al orden público de la eventual inscripción, C. Tranquillo, *op. cit.*, p. 10 ss., 14 ss. Precedentemente a las sentencias de la Corte constitucional y de las Salas Reunidas, Casación civil, del 11 de noviembre de 2014, n. 24001 (en *Foro italiano*, 2014, I, 3414, nota de G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*) había considerado contrario al orden público la inscripción de un acta de nacimiento como consecuencia de una maternidad subrogada, la que además había sido ilícitamente realizada en Ucrania, careciendo de todo nexo biológico también respecto del hombre solicitante, por parte de una pareja considerada en el pasado no idonea para la adopción. En sentido contrario, frente a un vínculo biológico entre los progenitores solicitantes y el hijo nacido gracias a la gestación por otro, se había expresado la Casación civil, Sala I, 30 de septiembre de 2016, n. 19599, en *www.personaedanno.it*.

contraposición entre el *favor veritatis* y el interés del menor es necesario considerar la duración de la relación instaurada con el menor; la condición identitaria ya adquirida; *las modalidades de la concepción y de la gestación*; la presencia de instrumentos legales que permitan la constitución de un ligamen jurídico con el progenitor cuestionado; *la consideración del elevado grado de disvalor que nuestro ordenamiento otorga a la maternidad subrogada, prohibida por una disposición penal específica*».

Como ya adelantamos, el surco trazado por la Corte es de alguna manera seguido por las Salas Reunidas, las que apartándose de la precedente decisión de la Sala Primera de la Corte de Casación, n. 19599/2016, han establecido como el orden público que puede impedir el reconocimiento del *status filiationis* no esté constituido solo por los principios constitucionales o de fuente internacional y supranacional, sino que comprende necesariamente el modo en el que esos principios «se han incorporado en la regulación de cada una de las instituciones jurídicas, así como la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia [...] cuya obra sintetizadora y reconstructiva da forma al derecho vigente». De esta manera, dicha noción de orden público, estaría iluminada por el delito de “maternidad subrogada” contenido en el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004 (normativa que se considera constitucionalmente necesaria aunque no tenga un contenido constitucionalmente vinculado) sea en consideración de los “valores fundamentales” que él entiende proteger, en este caso individualizados en «la dignidad humana de la gestación y de la institución de la adopción», sea porque no constituiría una elección «irracional del legislador» la reafirmación en hipótesis similares de la prevalencia del *favor veritatis*, atribuyendo la maternidad a la persona que ha dado a luz, y en todo caso «dejando a la adopción [...] la realización de una progenitorialidad separada del vínculo biológico»;

garantizando de todos modos, por otra vía, el *best interest* del nacido (el cual se considera “debilitado” en el caso de maternidad subrogada) que ya haya instaurado una relación cualificada con el progenitor solicitante.

En verdad, tanto la Corte Constitucional, como las Salas Reunidas, enumeran atentamente las fuentes únicas del ordenamiento interno (normas constitucionales —por ej. el art. 30 y su apertura final a la “progenitorialidad legal” como no necesariamente coincidente con la “natural”—; las disposiciones que modificaron el régimen de las acciones en materia de reconocimiento o desconocimiento de la progenitorialidad, introduciendo términos de caducidad cuando el recurrente no sea el hijo; las normas en materia de procreación medicamente asistida y en materia de adopción; la precedente jurisprudencia de la misma Corte Constitucional y de la Corte de Casación) y del ordenamiento internacional (fuentes convencionales,<sup>17</sup> decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre en materia de maternidad subrogada —v. más abajo—) de los que se desprende que, cuando el interés superior del hijo coincida con la preservación del vínculo de parentesco ya instaurado con los progenitores sociales y afectivos, dicho interés superior (comprensivo también de la identidad, de la ciudadanía, de los derechos hereditarios, etc.) puede “limitar” la facultad del ordenamiento de disponer, formalmente, la equiparación entre la progenitorialidad legal y la

<sup>17</sup> En el curso de los procesos se invocan por ej. la Convención de los derechos del niño, aprobada en New York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por la ley del 27 de mayo de 1991, n. 176; la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, aprobada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificada por la ley del 20 de marzo de 2003, n. 77; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007; las Líneas guía del Comité de los Ministros del Consejo de Europa para la justicia a medida del menor, adoptadas el 17 de noviembre de 2010, en la 1098a reunión de los delegados de los ministros.

natural. Sin embargo, en el desarrollo de las argumentaciones, parecería fijarse un “contralímite” al referido límite, estableciéndose que el citado interés a la correspondencia entre atribución “oficial” y *veritas* biológica de las relaciones de parentesco puede nuevamente prevalecer cuando satisfaga exigencias de carácter público. Semejantes exigencias, particularmente en la motivación de la Corte, parecerían afirmarse *ipso facto* cuando los progenitores “sociales” han instaurado la relación con el hijo en virtud de una maternidad por subrogación (se atribuye en tal sentido relieve también, más genéricamente, a “las modalidades de la concepción y de la gestación”); práctica que es presentada como de particular *desvalor* por una doble razón: sustancial y formal. *Sustancial*, en atención a que la maternidad subrogada estaría connotada por un “elevado grado de desvalor”, en cuanto “ofende en modo intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas”; *formal*, puesto que dicha práctica —precisamente en atención a su elevado desvalor— ha sido “formalmente” prevista como *delito* por el ordinamento.

Con motivo de este “desvalor”, agrega la Corte, la prohibición de la maternidad subrogada sería un modo “ilícito” e “inaceptable” de disociar la maternidad social y formal de la natural, por lo que la prohibición resultaría finalísticamente orientada hacia la necesaria afirmación de una coincidencia entre la maternidad atribuida y la maternidad “gestacional”. En esencia, con prohibiciones como las previstas en materia de maternidad subrogada, «...el legislador impone [...] el imprescindible reconocimiento de la verdad».

Por otra parte, a pesar de ciertos tonos perentorios, ambas decisiones tratan, en realidad, de llevar a cabo una mediación entre los intereses en conflicto. Si se hace una tan neta estigmatización de la gestación por encargo como método para la adquisición legítima de la

progenitorialidad, es porque el interés superior del menor (que, como se admite, puede coincidir con el de mantener una relación familiar con los progenitores “adquiridos”) puede ser igualmente garantizado, sea también mediante modalidades que no “oculten” la disociación respecto de la maternidad natural. En particular, se recuerda y se recomienda recurrir —por parte de la aspirante a madre sin vínculo biológico con el nacido— a la adopción en casos especiales,<sup>18</sup> que de todos modos permite «la constitución de un vínculo jurídico con el progenitor cuestionado, que, aunque diferente del que deriva del reconocimiento, [...] garantiza al menor una aceduada protección». Por otra parte la adopción también es viable, agregan las Salas Reunidas, en el caso de la una pareja del mismo sexo.

#### IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS CITADAS ORIENTACIONES DE LAS CORTES ITALIANAS, DESDE UNA PERSPECTIVA PENALISTA

Muchas más voces, y también muy respetadas, se han quejado de como decisiones de este tipo comporten un grave *vulnus* del interés del menor, determinando, en esencia, una nueva categoría de hijos “ilegítimos”, por “culpa” imputable a los progenitores. Cuando el progenitor puramente “biológico”, pero para nada “intencional y afectivo”, contribuye al nacimiento, negar a priori la relación de genitorialidad con los progenitores “sociales, intencionales, afectivos” significa no ya garantizar otra, y mejor, identidad familiar al hijo, sino disgregar la identidad familiar por defecto de alternativas;<sup>19</sup> como

<sup>18</sup> Una suerte de *stepchild adoption* a favor de la pareja del padre biológico permitida por el art. 44 de la Ley 184/1983.

<sup>19</sup> De un “*status* de filiación imperfecto” habla por ejemplo, D.Giunche-di, *op.cit.*, p. 1223.

escribe Gilda Ferrando, «en el caso de nacimiento por técnicas de PMA, [...] el interés del hijo a un estado legal que refeje su identidad afectiva y social pasa en primer plano. La búsqueda de la verdad genética conduciría solo a éxitos destructivos de la identidad afectiva y social y no a la construcción de un nuevo estado de hijo con relación a “otro” progenitor».<sup>20</sup> Y conviene recordar, en este sentido, la amplia jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que particularmente en materia de “inscripción” de las actas de nacimiento otorgadas regularmente en el extranjero como resultado de la maternidad subrogada, insta a atribuir primordial importancia al interés del menor, en la medida en que él esté ya insertado en el núcleo familiar, incluso cuando se haya formado ilícitamente.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> G.Ferrando, *op.cit.*, p. 454.

<sup>21</sup> V. Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, *Mennesson c. Francia*, recurso n. 65192/11; Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, *Labasse c. Francia*, recurso n. 65941/11 – con una cierta influencia también en la jurisprudencia penal italiana (véase en particular Trib. Varese 8 de octubre de 2014, *cit.*, y al respecto C.Cassani, *Surrogazione di maternità*, *cit.*, p. 930 ss.; Trib. Pisa 19 de junio de 2015, *cit.*; v. poi V.Tigano, *op.cit.*, p. 436 ss.). Diverso es el caso “Paradiso Campanelli c. Italia” (recurso n. 25358/12), basado en una gestación por cuenta de otros sin ninguna contribución biológica de los solicitantes declarados ya idóneos para la adopción, reconocida como válida en Rusia probablemente con base en declaraciones falsas de los comitentes respecto de la existencia de un vínculo biológico (que podríamos considerar per se penalmente relevante también según la ley italiana *ex art.567*, párrafo 2 y 9 c.p.: V.Tigano, *op.cit.*, p. 442, 457 s.) resultando, además, que el niño había sido puesto bajo el cuidado de los solicitantes desde hacía poco tiempo. La *quaestio iuris* se refería a la compatibilidad con el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en materia de *privacy* personal y familiar, de la decisión de las autoridades italianas de sustraer el menor a la pareja para encomendarlo a los servicios sociales (la Corte Europea de los Derechos del Hombre condenaba Italia mediante la decisión del 27 de enero de 2015, pero de opinión contraria era la sucesiva decisión de la Gran Sala de la misma Corte, del 24 de enero de 2017). Sobre estas decisiones y sobre otras numerosas referencias normativas —y sentencias de las Corte constitucional (algunas referidas al art. 567 c.p.)— relevantes para resolver el problema de la posibilidad de inscribir el acta de nacimiento otorgada en

Sin embargo, las decisiones en cuestión no parecen realmente olvidarse del interés de la genitorialidad del hijo, sino que solo consideran que él puede ser grantizado adecuadamente —en el equilibrio con las exigencias publicísticas contrapuestas— mediante la institución de la adopción “en casos particulares”. Ahora bien, como cuanto sea fungible la tutela de los intereses del hijo otorgada por el reconocimiento de la materidad y la perseguida, en cambio, por la adopción en casos particulares (no siempre viable) es una cuestión que agita el debate de los iusprivatistas.<sup>22</sup> Aunque también la Corte

---

el extranjero como consecuencia de la maternidad subrogada: A.Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 306 ss.; D.Rosani, “The Best Interests of the Parents”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2017, n.1, p. 109 ss. (con muchas referencias a la jurisprudencia de otros países y a otras sentencias italianas); M.Rizzuti, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 89 ss.; S.Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, en *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 7 ss.

<sup>22</sup> Por ej. V.Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, en *Famiglia*, 2018, 408, considera que la vía del reconocimiento de la sola genitorialidad biológica, y de la posibilidad de adopción para el *partner* del padre biológico (sin diferencias entre parejas hetero- y homosexuales) constituye “an appropriate response to the request of a balance between the interest of the child and public policy considerations”. En cambio, es muy crítico con esta solución, entre otros, M.Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all’estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, en *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 1237 ss. Manifiesta perplejidad también G.Ferrando, *op.cit.*, p. 457 s. Antes de la entrada en vigor de la Ley n. 40/2004 el *esca-motage* para convertirse formalmente en madre del hijo dado a luz “por comisión” consistía en hacer que la madre gestadora solicitara no ser mencionada, como lo permite la reglamentación del estado civil (v. hoy el art. 30, párrafo 1, del decreto del Presidente de la República del 3 de noviembre de 2000, n. 396). Sucesivamente, el padre comitente, y a menudo también genético, reconocía el hijo como propio. Con base en este presupuesto para su esposa era posible

Europea de Derechos Humanos afirmó recientemente que el instituto de la adopción representa un instrumento suficiente para garantizar el interés del menor a la tutela del cual deben inspirarse los ordenamientos de los Estados miembros,<sup>23</sup> desde muchos sectores surgen dudas acerca de la sensatez y la “neutralidad” de una solución similar, que de todos modos conduciría a un resultado pobre respecto de las garantías y los derechos del menor, imponiendo un procedimiento largo y aleatorio, no resultando en definitiva muy claro qué cosa se quiere proteger, más que una exigencia abstracta de etiquetar en el modo que se considera más oportuno una relación genitorial que, en su esencia, seguiría siendo tal.

Quien escribe no tiene las competencias para tomar posición sobre esta cuestión. Tampoco las tiene, desde

---

la adopción especial del art. 44, párrafo 1, literal b, de la Ley del 4 de marzo de 1983, n. 184 (v. por ej. Corte de Apel. de Salerno, Sala de menores, decreto del 25 de febrero de 1992, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 177, nota de R. Bitetti; Trib. Menor. de Roma, decreto del 31 de marzo de 1992, en *Diritto della famiglia*, 1993, p. 188). Con la expresa finalidad de contrarrestar esta práctica, el art.74, de la Ley n. 184/1983 ha previsto la obligación a cargo de los funcionarios del Registro Civil de transmitir inmediatamente al Tribunal de menores —para que disponga oportunas investigaciones y tome todo otro tipo de medidas útiles— una comunicación, suscripta por el declarante, del reconocimiento por parte de una persona casada de un hijo natural no reconocido por el otro cónyuge. Por las mismas razones el art. 9, párrafo 2, de la Ley n. 40/2004 niega a la mujer que haya concebido mediante procreación médicamente asistida la facultad de no ser nombrada. Era, por otra parte, también en razón de la supuesta elusión de las reglas en materia de adopción que el acuerdo de subrogación se consideraba nulo porque resultaba, entre otras cosas, en “fraude a la ley” (además de la ilicitud o imposibilidad de las prestaciones que constituían su objeto o por ilicitud de la causa: Tribunal de Monza, 27 de octubre de 1989, in *Foro italiano*, 1990, I, p. 298 ss., nota G. Ponzanelli; Corte de Apel. de Salerno, Sala de menores, 25 de febrero de 1992, cit., que no obstante ello consideraba posible la adopción, presionando en este sentido, en los hechos, el interés superior del menor).

<sup>23</sup> Corte Europea de Derecho Humanos, 10 de abril de 2019, *Advisory Opinion* en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 764 ss., con nota de A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre internazionale*, *ibidem*, p. 757 ss.

otro punto de vista, para valorar como cuanto resulte fundado que la sentencia de la Corte Constitucional, en particular, sea originada en una acción de impugnación de reconocimiento, cuando en el caso concreto no había existido un reconocimiento en sentido estricto, sino la inscripción del acta de nacimiento legítimamente otorgada en el extranjero (al respecto, nos limitamos a observar, que, si la Corte quiere comunicar una semejanza de funciones entre dicha inscripción y el auténtico reconocimiento, atribuyendo a la primera una función constitutiva de la relación genitorial, debería reconsiderarse, desde el punto de vista penal, la posibilidad de que resulte cometido un delito de alteración del estado mediante pedidos de inscripción de actas de nacimientos otorgadas legítimamente en el extranjero a raíz de una maternidad subrogada: v. arriba).

Las evaluaciones críticas que aquí se pueden elaborar, desde un punto de vista estrictamente penalista, conciernen los argumentos en virtud de los cuales en aquellas decisiones se atribuye al delito previsto en el art. 12, literal 6, de la Ley 40/2004 una importancia de tal *entidad* (en cuanto a su capacidad de “contrabalancear” el *best interest* del hijo, una exigencia de relevancia constitucional) y *alcance* (haciendo de él un precepto destinado a imponer a cualquier precio la coincidencia entre la maternidad natural y la maternidad “formal”, evitable solo con el instrumento ordinario de la adopción).

### 1. *La inconstitucional indeterminación de la incriminación de la maternidad subrogada*

Antes de cualquier otra consideración, se debe prestar atención a una curiosa y sutil contradicción: la Corte Constitucional —como también, luego, las Salas Reunidas— depositan tal vez excesivas expectativas en la función orientadora y sistemática de una norma penal que

es, a primera vista, *inconstitucional* y que lo es esencialmente por su *grave imprecisión*.<sup>24</sup> Nada que ver, por lo tanto, con el debate acerca del valor “bioético” y constitucional de la maternidad subrogada, considerada como tal; ni con una posible, y francamente discutible, violación de los arts. 2, 3, 13, 29, 31, 32 y 117, primer párrafo, de la Constitución italiana y del art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, como la supuesta —pero no hasta sus coherentes consecuencias— por la Corte de Apelaciones de Milán en una reciente resolución.<sup>25</sup> A asumir relieve son, más bien, principios estre-

<sup>24</sup> Recientemente concordante con nuestra observación crítica de principio, evidenciando ya la pluralidad de sentidos del solo concepto de “maternidad”: V. Tigano, *op.cit.*, p. 350 ss.

<sup>25</sup> Ordenanza del 25 de julio de 2016. Se hipotetiza, en este caso, la inconstitucionalidad del art. 12, literal 6, de la ley n. 40 de 2004, por contraste con los parámetros indicados, en la medida en que impedirían la inscripción, en Italia, de actas de nacimiento de menores dados a la luz en el extranjero mediante la maternidad subrogada, y asignados a los progenitores solicitantes, de conformidad con la *lex loci*. Una primera diferencia de tratamiento se advierte entre quien realiza ese tipo de subrogación en Italia, y quien en cambio hace legítimamente esa elección procreativa en el extranjero (disparidad de tratamiento destinada, sobre todo, a amplificar la disparidad sustancial determinada por las diferentes condiciones económicas). Una segunda diferencia de tratamiento se advierte entre las parejas igualmente incapaces de procrear por diferentes patologías, algunas de ellas superables recurriendo a prácticas lícitas de fecundación artificial, otras, en cambio, superables solo delegando en otra mujer la gestación. En la misma perspectiva, según la Corte de Apelaciones, la prohibición opondría un irrazonable impedimento al derecho de autodeterminación en la esfera privada y familiar y, en el caso que nos ocupa, al derecho a la genitorialidad (arts. 2, 3, 13, 29, 31 de la Constitución italiana y 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; v., además, Corte Costitucional, n. 162 del 2014), así como al derecho a la salud (art. 32). Se señala, asimismo, una posible discriminación de género. Habida cuenta de lo anterior, se considera sin embargo que el art. 12, literal 6, no manifiestamente inconstitucional en cuanto funcional a la tutela de la dignidad, en particular, de la gestación, bien de jerarquía constitucional como incluso ha sido previsto por la Carta de Niza. Se limita, en conclusión, a solicitar al legislador mejorar el régimen de la subrogación, con base en el presupuesto de que la referida lesión de la dignidad podría no presentarse cuando una oportuna reglamentación excluye toda hipótesis de explota-

chamente penalistas, y en particular los de de legalidad (que implica la precisión/determinación/previsibilidad de la norma incriminatoria) de los arts. 25 de la Constitución italiana y 7 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

Es decir, el citado art. 12, numeral 6, de ninguna manera describe un hecho típico tal como debería ser descrito, delineando atentamente y distintamente los elementos constitutivos. Casi anticipándose en el tiempo, la norma parece optar por una comunicación —“pío” (*tweet*), pues se limita a estigmatizar un “tipo discursivo”, a evocar una palabra que da miedo (maternidad subrogada) buena a lo sumo para el título de un periódico o para atraer algún “like” a un post que ni siquiera se leerá, porque está dirigido a solicitar emociones, más que a transmitir contenidos. Las consecuencias político-mediáticas podrán incluso estar aseguradas aun cuando, de esta manera, no se opera ninguna delimitación clara entre lícito e ilícito penal. Resultado particularmente problemático respecto de un fenómeno que es variado en las formas de manifestación, a cada una de las cuales

ción o comercialización de la gestación, garantizando la plena autodeterminación, así como la facultad de arrepentimiento.

Al respecto cabe hacer algunas observaciones: La referencia al art. 32 de la Constitución parece francamente fuera de lugar, puesto que, si es verdad que se solicita la subrogación para obviar una patología, es difícil considerar que la maternidad subrogada sea un tratamiento sanitario funcional a la cura de aquella enfermedad; la disparidad de tratamiento entre quien puede recurrir al denominado turismo procreativo en el extranjero y quien no puede hacerlo, tal vez por motivos económicos, parece también ella poco decisiva, salvo de lo contrario considerar inconstitucional todas las prohibiciones italianas, cualquiera sea su objeto, que no encuentren correspondencia en otros países, permitiendo así, a quien quiere y puede, satisfacer en otro lugar las necesidades reprimidas por aquellas prohibiciones. También las observaciones en materia de “libertad” son poco convincentes, viéndolas atentamente, por el hecho de tratarse de decisiones que refieren a esferas jurídicas de sujetos diferentes, que las afectan profundamente y ponen en relación, por lo que es difícil sostener que el derecho no tenga que “ocuparse” de esas relaciones porque están contenidas en el ámbito de la privacidad.

podría corresponder, queriéndose, un desvalor cualitativo y cuantitativamente diferente; y que, además, implica el aporte diferente de personas diferentes, por distintos motivos, en distintos momentos y lugares, de tal manera que sería necesario que la norma precisara cuáles de estas acciones, de cuáles sujetos, en cuáles momentos deban considerarse delictuosas.

En efecto, la “gestación por cuenta de otros” puede ser *gratuita* —por ej. con fines solidarios—<sup>26</sup> o bien *retribuida* (dejando, solo en este caso, suponer una posible “explotación”);<sup>27</sup> existiendo una zona gris en la cual la mujer recibe reembolsos de gastos y compensaciones de tal magnitud que a veces hace pensar que se trate de una retribución simulada. Además, la gestación en cuestión puede originarse en una *concepción “natural”*,<sup>28</sup> o bien en virtud de *prácticas de biotecnología reproductiva*, que según algunos sería *per se* objeto de desaprobación. Sólo cuan-

<sup>26</sup> Véase por ej., el caso tratado por el Tribunal de Roma, ordenanza 17 de febrero de 2000, en *Famiglia e diritto*, 2000, p. 151 s., notas de M. Dogliotti - G. Cassano.

<sup>27</sup> En doctrina, es difundida la convicción que solo la subrogación de maternidad a fines lucrativos, tenga relevancia penal, implicando una comercialización de una dimensión particularmente íntima del cuerpo humano, en oposición hoy con varias Cartas de derechos, y especialmente con el art. 3, ap. 2, de la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*: S. Moccia, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, en *Critica del diritto*, 1998, p. 253; A. Cavaliere, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecnologie nello stato sociale di diritto*, en *Critica del diritto*, 1999, p. 336; A. Manna, *Sperimentazione medica*, en *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, IV, Milano 2000, p. 1132; L. Riscicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 52; S. Canestrari, *Biodiritto (dir.pen.)*, en *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 110.

<sup>28</sup> Formas de “gestación por otros” son conocidas y practicadas desde siempre, mucho antes de la “revolución” biotecnológica. Interesante el *excursus* aunque sintético de M. Rizzuti, *op.cit.*, p. 90 ss.; v. además I. Corti, *La maternità per sostituzione*, en *Il governo del corpo*, II, bajo la dirección de S. Canestrari y otros, Milano, 2011, p. 1480 s.; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, en *Idem, Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 206 s.

do falte todo aporte, sexual o genético, de los miembros de la pareja solicitante se está en presencia de una gestación por otros que adquiere el significado negativo de una donación o venta de hijo a todos sus efectos. Cuando se recurre a la fecundación asistida, ella puede ser *más o menos compleja*, por lo tanto más o menos partícipe de la —por algunos alegada— mayor dignidad de la reproducción “natural”. En el caso de que la fecundación tenga que realizarse con óvulos de una mujer donante diferente de la que presta el útero, se debe inevitablemente recurrir a una fecundación *in vitro*, lo que supone prácticas de procreación asistida más complejas; en cuyo caso sólo, como veremos al final de este estudio, se realiza el desvalor peculiar de una disociación de la maternidad en sentido estricto. Además, las técnicas de fecundación asistida permiten las *más variadas combinaciones genéticas*, y consecuencia *familiares*, con diferentes matices de “ofensividad”, observable por lo menos desde ciertos punto de vista: el embrión puede obtenerse con los gametos de los dos aspirantes a progenitores, e implantado en el útero de otra mujer; puede obtenerse gracias a la donación por parte de otras personas de gametos, femeninos (provenientes de la misma prestadora/locadora del útero, o incluso de otra mujer) y/o masculinos (eventualmente provenientes de la pareja de la madre sustituta). Otra variable, de no poca importancia para los apologistas de la familia tradicional, es la constituida por la pareja solicitante homosexual, o cuando la solicitud procede de una persona soltera, o de una persona de edad avanzada. Una última variable, de significado más estrictamente penalista, refiere al elemento de la consensualidad. Tomemos el conocido caso de la confusión culposa de embriones en el Hospital Sandro Pertini de Roma (v.*infra*) e hipotetizando que algo análogo sea practicado dolosamente, podría entenderse también este caso —sin el conocimiento de los progenitores, o por lo

menos de alguno de ellos, por ej., de los que han suministrado los gametos para obtener un embrión *in vitro* que luego fue “dolosamente” implantado en el cuerpo de otra mujer— como una maternidad subrogada que ofendería la autodeterminación procreativa, antes que cualquier otro valor.

Asimismo, las cuestiones vinculadas a la maternidad subrogada son por su naturaleza complejas y destinadas a desarrollarse en el tiempo, a veces en diferentes lugares, y con el aporte de una pluralidad de sujetos que asumen diferentes roles. Puede existir una primera fase negocial entre los solicitantes y la prestadora del útero, tal vez apoyada por mediadores y organizaciones; el momento de la concepción, que puede ser llevado a cabo de distintas formas, en el que pueden intervenir médicos, donadores de gametos y hasta terceros sujetos (sólo esta fase, y la inmediatamente sucesiva, caracterizará las hipótesis de maternidad subrogada contra la voluntad y sin el conocimiento de los sujetos comprometidos). Después está la gestación (que fácilmente, por su extensión en el tiempo, puede quedar expuesta a episodios problemáticos que otra vez exigirán una sinergías entre varios sujetos) luego el parto, y al final la entrega material del hijo y la transferencia jurídica, legítima o simulada, del *status* de progenitor (todas las fases, también esta última, en las cuales normalmente los interesados directos solicitarán la ayuda de terceros).

Ahora bien, cuando se castiga genéricamente la “maternidad por subrogación” ¿a cuál de las *fattispecie*, entre las distintas posibles, se hace referencia? ¿A todas ellas,<sup>29</sup> tan heterogéneas, asimilándolas bajo la misma etiqueta delictuosa indiferenciada, en desmero del principio de tipicidad y de ofensividad? Y si no, ¿a cuáles? ¿Y cuáles

<sup>29</sup> Es de esta opinión M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 931.

conductas, de cuáles sujetos, son consideradas relevantes, y en cuál momento —una vez integrados cuáles elementos constitutivos— la *fattispecie* puede considerarse consumada?<sup>30</sup>

Además, esta incertidumbre acerca de cuál es el ámbito de aplicación de la prohibición de la maternidad subrogada, hace trastabillar el razonamiento de la Corte Constitucional y de las Salas Reunidas, no sabiendo a qué tipo de maternidad subrogada, y a cuáles comportamientos la ley hace referencia en concreto, así como tampoco se pueda contar con la certeza de la *ratio* de la prohibición. Queda entonces por demostrar que lo que se pretende prevenir —como taxativamente se alega— constituye una ofensa intolerable a la dignidad de la mujer y a los fundamentos de las relaciones humanas. Sin haber intentado primero determinar a cuáles casos de gestación por otros la norma incriminatoria se aplica, no se puede luego dar por descontado que se trate de la tipología de casos de las cuales las dos decisiones parten y en relación a las cuales expresan su propio juicio.

## 2. Las aproximaciones en la individuación del bien jurídico protegido

Otra observación crítica, que merece ser esbozada, concierne la convicción de que la prohibición penal, en sí, busque proteger bienes fundamentalísimos, de tal manera de actuar sin dudas como “contralímite” al interés superior del menor (en este sentido las Salas Reunidas se preocupan, por ej., por destacar la diferencia respecto a otras prohibiciones, como la del acceso de las parejas homosexuales, sancionadas solo por vía administrativa).

<sup>30</sup> Respecto de este problema distintas soluciones se encuentran en A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, p. 143 ss.; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1547 ss.; V. Tigano, *op.cit.*, p. 374 ss.

Es ya ampliamente notorio y reconocido —la teoría del delito y de los principios penales se orienta desde hace tiempo al respecto— que las elecciones penales son fruto de opciones políticas contingentes y revisables, no necesariamente dirigidas a satisfacer exigencias imprescindibles e indisponibles;<sup>31</sup> que se espera que sean ciertamente instrumentales a programas de protección constitucional, pero en verdad no siempre respetuosas ni siquiera de este parámetro. Es por ello que resulta improbable que aquella prohibición, por el solo hecho de estar prevista penalmente,<sup>32</sup> mire a la protección de bienes “comparables” o “superiores” al superior interés del menor a una tendencial correspondencia entre la genitorialidad social/afectiva y la jurídica.

A esta observación se podría rebatir cómo es que, sin embargo, ni la Corte Constitucional, ni las Salas Reunidas, deducen la naturaleza fundamentalísima del bien protegido únicamente de la naturaleza penal de la prohibición. En cierto modo, los jueces articulan un razonamiento opuesto, sosteniendo que la elección de incriminación depende de la necesidad de proteger bienes

<sup>31</sup> A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 317 ss.

<sup>32</sup> La circunstancia de que las normas penales *deban* proteger bienes constitucionales (principio de ofensividad) no significa que cada una de ellas, en cuanto tal, tengan que corresponder de seguro a esta pretensión. Es por ello que confunde el ser y el deber ser jurídico quien escribe que: «dado que la sanción penal se justifica si y cuando esté dirigida a proteger bienes “socialmente apreciables dotados de relevancia constitucional”, la previsión de una prohibición de la maternidad subrogada penalmente relevante permite concluir, en modo inconfutable, acerca del rango necesariamente constitucional de los intereses tutelados por ella» (I. Barone, *op.cit.*, p. 1221). La teoría del “bien jurídico constitucional” asume entonces, en forma notoria, una función prevalentemente “crítica” respecto de la constitucionalidad de la elección de incriminación del legislador. Sería paradójico considerar “constitucionalmente relevante” todo lo que el legislador, con una ley penal ordinaria, considera digno de ser tutelado penalmente, con una inversión de la jerarquía de las fuentes y un regreso metodológico hacia el positivismo más acritico.

constitucionales imprescindibles, como son, para la Corte Constitucional, la dignidad *de la mujer* y los *fundamentos de las relaciones humanas*, y, para las Salas Reunidas, la *"la dignidad de la gestante"* y la *"institución de la adopción"*, de tal manera que —ulterior pasaje lógico— la incriminación *miraría a garantizar la veritas en las relaciones entre madre e hijo*. Sin embargo, también respecto de estos modos de razonar, las dudas son en verdad muchas.

En primer lugar, que sea la "dignidad" el bien jurídico protegido parece una afirmación bastante asertiva. En el debate penalista sobre la materia —como se ha anticipado hace poco— emerge un tendencial (pero parcial) consenso respecto de la idea de que la maternidad subrogada con fines de lucro se contrapone a la noción de dignidad que se vincula a la prohibición de "hacer mercadería del propio cuerpo", prevista en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, que la prohibición prevista por Ley 40/2004 refiera solo a esta hipótesis<sup>33</sup> sería una cuestión que habría que demostrarla, pues no existe ningún punto de apoyo en su texto que nos permita llegar a esa conclusión, sino al contrario.

Por otra parte, los penalistas alertan acerca de la oportunidad de vincular a un bien "poco claro" como la "dignidad" —muy evocativo (a menudo de temores viscerales e irracionales) pero poco denotativo (de una ofensa empíricamente detectable) discursivamente instrumentable a los más diferentes fines— el sentido de una incriminación que, como es notorio, necesitaría más bien de referencias de ofencibilidad sólidas, considerando

<sup>33</sup> En tal sentido, con consideraciones articuladas y muy interesantes acerca del objeto tutelado por la prohibición, se expresa A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, p. 151 ss. Anteriormente cf. C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commentario*, Torino, 2004, p. 185 s.

que establece una sanción que incide sobre el bien fundamental de la libertad personal.<sup>34</sup>

No es mejor el alcance heurístico de la referencia, en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a la protección de los "fundamentos de las relaciones humanas", ya a primera vista tan subjetivo como inexpresivo de cualquier preciso contenido empíricamente detectable. Lo que se va a nombrar, una vez más, es una objetividad jurídica "abstracta", perentoria, generalizante, insensible a los diferentes matices de las distintas hipótesis reconducibles al concepto de maternidad subrogada; y nos deja perplejos, otra vez más, esta desviación de la atención de un bien extremadamente concreto, y personalista, de indudable alcance constitucional, como es el interés superior del hijo en carne y hueso —medido en relación a la realidad de sus relaciones afectivas y sociales— a favor, en cambio, de valores con alcances tan abstractos o, mejor dicho, ideológicos.

<sup>34</sup> Muchas dudas suscita, al penalista, la referencia a la "dignidad humana" (y a otros intereses de la madre o del hijo) como bien jurídico tutelado por el delito de maternidad subrogada y, más en general, por las prohibiciones penalmente sancionadas en el ámbito del bioderecho: véase en general A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 148 ss. (para una evaluación más general *ibidem*, p. 21 ss.). Evidencia como el rechazo prohibicionista de una reglamentación pueda, por el contrario, favorecer formas de discriminación económica y social a nivel global: B. Casalini, *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, en *Cambio*, 2015, p. 33 ss. (v. sin embargo, *contra*, V. Calderai, *The conquest*, cit., *passim*). Débil es el argumento de los "daños síquicos y existenciales" que derivarían para los protagonistas de similares acontecimientos, *in primis* para el hijo, teniendo en cuenta —entre otras cosas— la falta de claros datos científicos: cfr. las investigaciones de las que da cuenta S. Golombok, *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Milano, 2016, cap. V (consultado en edición Kindle). Volviendo en cambio a insistir sobre la dignidad como objeto jurídico de la *fatispecie*, y sobre otros perfiles negativos de la práctica tradicionalmente evidenciados por sus adversarios: M. Dova, *op. cit.*, p. 919 ss.; H. Braho, *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in *European Journal of Sustainable Development*, 2015, p. 240 ss.; D. Rosani, *op. cit.*, p. 127 ss.

V. LA DUDOSA CONEXIÓN TELEOLÓGICA  
ENTRE EL TIPO PENAL  
Y LA PROTECCIÓN DE LA "VERITAS"

Pero hay más aún. Probemos incluso a olvidarnos de todas las dudas adelantadas en el párrafo precedente, y asumamos, solo como hipótesis, que los indicados en las sentencias de la Corte Constitucional y de las Salas Reunidas sean bienes protegidos por la prohibición prevista en el art. 12, numeral 6. Ahora bien, incluso si así fuera, parecería bastante discutible el nexo de consecuencialidad —pasaje argumentativo decisivo en ambas decisiones— entre la protección de aquellos bienes y la instrumentalidad de la incriminación respecto de una exigencia de garantía de la "verdad" natural de la maternidad.

En efecto, es necesario evitar una confusión entre perspectivas y hacer decir a la prohibición penal aquello que no dice y que no puede decir. La norma, en realidad, realiza su eficacia preventiva en base al hecho de que ciertas elecciones procreativas *no sean ayudadas*; pero *una vez que ellas hayan sido realizadas*, la norma penal tiene sólo que decir algo sobre la "punibilidad" de aquellas conductas; nada, en cambio, acerca de las relaciones que se instauran luego de aquella violación, y mucho menos acerca del "menor" valor de los intereses del nacido respecto de la importancia de la *veritas*. De los intereses del hijo aquella norma no se ocupa y, por lo tanto, no los califica. Se trata, para entenderse, de un *ilícito de concepción*— no "en protección del concebido"—que quiere prevenir una gestación y un nacimiento considerado inoportuno, y que como tal no considera ni califica los derechos del menor, del cual, fundamentalmente, prescribe y postula su *inexistencia*. La disposición incriminadora se interesa del desvalor eventual de las conductas

*preconcepcional* y *pregestacional* del médico y eventualmente de los aspirantes a progenitores, pero no propone ningún juicio sobre las *relaciones* entre los aspirantes a progenitores y el hijo así concebido, que se ponen en una fase sucesiva y diferente de la misma disposición prefigurada, llamando en causa *todo otro horizonte de valores*, por la necesidad de sopesar derechos superados en el momento de operatividad de la prohibición (por falta de un titular, que ni siquiera se quiere que exista) como aquellos imputables al nacido.

Como mucho se puede individualizar en el art. 9, párrafo 2, de la ley n. 40/2004, la regla de la que se deduce que la madre "gestacional" del nacido mediante un tratamiento de fecundación asistida debe mantener esta calificación, no gozando de la facultad de no ser nombrada (en otros casos, reconocida). Sin embargo, se trata de una disposición de relieve puramente privatista, no inmediatamente calificada por una sanción penal que pueda convalidar, en hipótesis, el relieve prioritario en términos de disposiciones de orden público, y tampoco explícitamente correlada a la prohibición del art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004; de tal manera que es objeto de discusión cómo cuanto de esta disposición, así como de otras, pueda realmente deducirse la necesaria atribución de la maternidad a quien ha dado a luz, en caso de maternidad subrogada.

En resumen, la cuestión sobre el valor de dicha atribución de maternidad según el criterio del orden público debería ser propuesta como una cuestión interna al debate privatista, aunque no concuerde ni siquiera sobre cual deba ser, *de iure condito*, la destinataria de aquella atribución. Argumentar desde la norma penal, para sostener la tesis de mayor rigor, es una operación sin duda sugestiva pero que analizándolo más detenidamente necesitaría, al menos, de argumentaciones más precisas.

VI. LA ESCASA PLAUSIBILIDAD  
DE LÓGICAS PUBLICISTAS, FUNCIONALISTAS  
Y SANCIONATORIAS

Ahora bien, una vez realizada una maternidad subrogada, asumen relieve también, y principalmente, los intereses familiares del nacido, de los cuales la prohibición penal de la subrogación, *prescribiendo que no exista ningún nacido*, en cambio no se ocupa; de tal manera que de la prohibición penal no se pueda deducir la menor importancia de aquellos intereses, respecto de otras exigencias eventualmente en juego.

Sin embargo podría considerarse que el "nexo lógico" entre las función preventiva de la disposición incriminadora, y la regla de orden público que se supone regule la necesaria maternidad de quien da a luz, se arribe a lo mismo desde una óptica funcionalista, que atribuye a las exigencias publicistas respecto de los derechos individuales, demostrándose disponible a modelar las reglas privatistas, que inciden sobre aquellos derechos, en términos serviles respecto de lógicas general-preventivas de carácter penal. En otras palabras, el razonamiento de las Cortes podría ser así desarrollado: si el legislador ha previsto aquella incriminación, es porque quiere que la gestación por otros no tenga lugar; sin embargo, si la ley (civil) consintiera al progenitor meramente intencional —en caso de violación de la prohibición— adquirir de todos modos la genitorialidad (también mediante la inscripción del acta de nacimiento otorgada en el extranjero), la función preventiva de la prohibición penal resultaría debilitada. Por lo tanto, tenemos que imaginar un impedimento absoluto para la adquisición de la genitorialidad de los solicitantes, con el fin de optimizar el impacto de la prohibición penal; y es por esta razón que aquel impedimento asume una

orientación publicista que revela la atinencia al "orden público".

¿Pero hasta qué punto se pueden servir los intereses del menor tercero inocente, ya nacido (aquellos sobre los cuales incide la regla privatista, que mira a calificar la existencia) a la necesidad de orientar, con la amenaza penal (por su naturaleza orientada hacia el futuro, en clave general-preventiva) elecciones de conducta de otros futuros aspirantes? Sería francamente curioso que una similar *instrumentalización, por parte del Estado, de los derechos de un menor existente con el fin de conseguir exigencias que lo trascienden* pueda haber sido imaginada por jueces que usan sin parsimonia el léxico de la "dignidad"; término que, en su significado mínimo, evoca inmediatamente el paradigma kantiano del hombre fin, y no el del hombre "medio". No, no puede ser ésta una lectura plausible de las decisiones sobre las que estamos centrandó nuestro análisis.

Aún más difícilmente podrían compartirse las conclusiones de las Cortes, si las entendiéramos movidas por una finalidad puramente sancionatoria, como si la falta de reconocimiento de la maternidad pudiera ser entendida como si a falta de reconocimiento de la maternidad pudiera ser entendida como una sanción adicional para quien haya violado la prohibición penal. Se trataría, en verdad, de una sanción dirigida a castigar un tercero inocente, como es el hijo. Sobre este tema se ha ocupado, una vez más y entre otros, Gilda Ferrando, recordando como desde hace tiempo la misma Corte Constitucional considera constitucionalmente necesario no condicionar negativamente, mucho menos en términos automáticos y presuntivos, la condición jurídica de hijo en razón del «desvalor que la ley atribuye a la conducta de los progenitores, a tal punto que la sanciona penalmente», como por ej. en caso de incesto (v. art. 251 Código Civil) o de alteración o supresión del estado ci-

vil.<sup>35</sup> Agregando además que, «los niños, en cuanto nacidos, son personas con plenitud de derechos cuya tutela no puede ser subordinada a la exigencia de reprimir comportamientos ajenos que el odenamiento, en un determinado momento, considera reprobables y dignos de una sanción».<sup>36</sup>

Si, finalmente, las Cortes partieran de una suerte de presunción de no ser merecedor de la genitorialidad quien haya concebido mediante conductas penalmente estigmatizadas, casi suponiendo que *ipso facto* no responda al interés superior del menor tener progenitores de tal naturaleza —pero así no es, pues de lo contrario no se entendería por qué luego se “sugiere” a esos progenitores instaurar una relación familiar con ese niño mediante la adopción— una vez más pretenderían demasiado, y mal, de una disposición penal, que por un vínculo procedente de la Constitución estigmatiza la valoración de una acción, pero no está habilitada para sancionar un “tipo de autor” que no es digno. Además, otra vez se haría malamente desplazar la valoración del interés superior del hijo, que se tendría que correlacionar con el dato concreto de su biografía familiar, en

<sup>35</sup> La Corte Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 569 c.p., en la parte en la que establecía que, en caso de condena pronunciada contra el progenitor respectivamente por el delito de alteración de estado civil, previsto por el art. 567, segundo párrafo (sentencia del 23 de febrero de 2012, n. 31) y por el delito de supresión de estado civil, previsto por el art. 566, segundo párrafo, c.p. (sentencia del 23 de enero de 2013, n. 7) se le aplicara de derecho la pérdida de la responsabilidad parental, impidiendo de esta manera al juez toda posibilidad de evaluar el eventual interés en concreto del menor a preservar de todos modos la relación familiar con el progenitor autor del ilícito en su perjuicio. En este mismo sentido, más recientemente, véase la sentencia de la Corte Constitucional del 29 de mayo de 2020, n. 102, la cual ha declarado la inconstitucionalidad del automatismo de la pena accesoria de la supresión de la responsabilidad parental por el delito de sustracción y matenimiento del menor en el extranjero (art. 574-bis, tercer párrafo, c.p.) por estar potencialmente en contradicción con el interés superior del hijo.

<sup>36</sup> G. Ferrando, *op.cit.*, p. 457.

una dimensión apriorística y abstracta, francamente inaceptable.

A ello se agrega como la incertidumbre acerca del alcance de la prohibición, a la que nos hemos referido anteriormente, no permite para nada concluir que los progenitores solicitantes puedan considerarse sujetos activos del delito al que refiere el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004. Existe una sólida opinión doctrinal que excluye una tal eventualidad, con base en una serie de consideraciones técnicas que, aquí, no corresponde recapitular.<sup>37</sup>

#### VII. ¿LA REAL, Y OPORTUNA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN? PREVENIR UN DILEMA QUE NO SE PUEDE RESOLVER ACERCA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA MATERNIDAD “VERDADERA”

Existe una última perspectiva para sondear: *last, but not least*. En efecto, datos teleológicos y sistemáticos permiten suponer que la finalidad de la prohibición penalmente sancionable de la maternidad subrogada no es la de garantizar la *veritas filiationis*, sino, por el contrario, *la de evitar que se verifique una situación en la que aquella veritas no sería definible en términos constitucionales adecuados*.

Es decir, lejos de ser instrumental a una atribución de la maternidad a la gestante, es sensato considerar que la incriminación esté dirigida a evitar un entramado de

<sup>37</sup> V., en particular, A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1152: «los sujetos necesarios del hecho diversos del autor del delito no pueden responder de él a título de concurso eventual (al menos cuando se limitan a ejecutar la conducta explícita o implícitamente tipificada en el supuesto de hecho incriminante)» en atención a que «si el legislador ha previsto la conducta en el supuesto de hecho, pero sin incriminarla directa o formalmente, ello se debe entender como la señal de una precisa voluntad político-criminal en el sentido de su no punibilidad». De opinión distinta E. Dolcini, *op. cit.*, p. 81.

relaciones de hecho, en virtud de las cuales no sería posible hacer prevalecer, jurídicamente, una maternidad sobre la otra, confrontándose dos mujeres que son portadoras de un válido interés a la maternidad, tutelado igualmente *ex art.* 31 de la Constitución.

Intentemos una forzosada y elíptica demostración de este asunto, que en otro lugar hemos desarrollado más ampliamente.<sup>38</sup>

Dos premisas. Respecto de un tipo penal como el considerado en el art.12, numeral 6, de la Ley 40/2004, tenemos por lo menos dos certezas: ella considera algún caso de “disociación” entre la madre intencional y la madre que lleva a término la gestación; ella se refiere a conductas realizadas mediante procreación médicamente asistidas. Este último dato se deduce, por lo menos, de una pluralidad de indicaciones sistemáticas: la norma está ubicada en una ley especial dedicada a la procreación médicamente asistida; sanciones accesorias en caso de violación de la prohibición están dirigidas a las estructuras sanitarias autorizadas por la misma ley para practicar la procreación asistida (por lo que se imagina que aquella sea la sede electiva de eventuales violaciones de la prohibición) en la misma frase del art. 12, numeral 6, se califican como delictivas conductas sin duda relacionadas con la fecundación artificial, como es la de la comercialización de gametos.

Otra premisa. El desvalor de la conducta, que justifica la punibilidad, no puede consistir solamente en la naturaleza artificial de la concepción, porque desde hace tiempo la Corte Constitucional y la Corte Europea de los Derechos del Hombre excluyen que dicha artificialidad encierre en sí un desvalor, cuando la práctica reproductiva sea de todos modos funcional para superar proble-

<sup>38</sup> A.Vallini, *La schiava di Abramo*, cit. p. 902 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit. p. 142 ss.

mas de salud reproductiva y para satisfacer, de esta manera intereses fundamentales a la procreación, atinentes a un ámbito en principio intangible, y tutelado como “derecho humano”, de privacidad familiar. Es verdad que, según la misma Corte Constitucional, puede no existir un derecho a procrear *ad libitum* por vía artificial, cuando ello no sirva a obviar patologías que obstaculan la reproducción natural,<sup>39</sup> pero es igualmente verdadero que la ausencia de un derecho a algo no implica que ese algo constituya, *per se*, un desvalor penalmente relevante; no, por cierto, de un desvalor de tal magnitud de hacer *per se* diversamente valorable, desde el punto de vista penal, acontecimientos cuyas implicancias valorativas dependen todas, en forma evidente, del tipo de intereses que se mira a determinar en las relaciones entre progenitores intencionales, progenitores biológicos, e hijos, no cierto en el modo en el cual estos últimos hayan sido concebidos.

De estas premisas deriva, por lógica, una primera conclusión: *aquella prohibición no puede referirse a tipologías de disociación entre maternidad intencional y maternidad gestacional igualmente realizables mediante reproducción natural,*

<sup>39</sup> Véase en tal sentido, en sustancia, la sentencia de la Corte Constitucional del 18 de junio de 2019 (depositada el 23 de octubre de 2019), n. 221, que ha declarado constitucionalmente legítima la prohibición de acceder a la procreación médicamente asistida prevista por la Ley 40/2004 a las parejas homosexuales, no siendo propiamente a causa de patologías reproductivas que tales parejas buscan alternativas a la reproducción por vías naturales. Ya en el nuestro *Sistema e metodo*, cit., p. 842 ss. habíamos presagiado como el derecho constitucional a la salud, mientras era utilizado por la Corte Constitucional como *fundamento* de legitimidad de la fecundación asistida, con la finalidad de demoler ciertas rígidas y moralizantes prohibiciones de la Ley 40/2004, se estuviera configurando también, en esa misma jurisprudencia como *límite* a dicha legitimidad. Para una panorámica del proceso de desmantelamiento de la Ley 40/2004 por parte de las Cortes de los derechos y de interpretaciones constitucionalmente orientadas, se remita a A.Vallini, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 701 ss.

en atención a que, de lo contrario, sería irracional la elección —que precisamente hace el art. 12, numeral 6, citado— de incriminar únicamente aquello realizado mediante procreación médicamente asistida, no pudiendo solo el recurso a una ayuda médica para la reproducción otorgar *per se* un desvalor diferente, penalmente relevante, al acto de procreación.<sup>40</sup>

*Ergo*, el art. 12, numeral 6, se refiere a una práctica, entre todas aquellas reconducibles al *genus* de la gestación por otros, factible *únicamente* mediante la procreación médicamente asistida. Y tal es, si no nos engañamos, *solamente aquella que implique el empleo del óvulo de la madre intencional, para formar el embrión que después será implantado en el útero de la madre gestacional.*

Diversamente, no pueden existir distinciones de calificación penal, en el caso de que la pareja adquiera o se haga entregar el hijo enteramente “ajeno”, haya sido él obtenido mediante biotecnologías reproductivas o, en cambio, por vías “ordinarias”; hayan o no hayan sido, la concepción y el parto, llevados a cabo por comisión. En hipótesis similares se podrían configurar, según los casos y subsistiendo los presupuestos, los requisitos de la reducción a la esclavitud (art. 600 c.p.) —siendo el menor transferido como si fuera una “cosa” respecto de la cual se actúa como “propietario”—<sup>41</sup> o bien de una

<sup>40</sup> Ni la circunstancia de que, eventualmente, correspondientes prácticas “naturales” puedan ser consideradas como delitos *por otro título* permitiría redimensionar esta disparidad de tratamiento, porque, de todos modos, derivaría una irracional diversidad de calificación penal, y porque el otro título de delito podría de todos modos aplicarse también a los casos de subrogación por vías artificiales ya sancionadas por el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004, dando lugar a un fenómeno de concurso de delitos, que determinaría un incomprensible y desigual “ensañamiento sancionatorio” hacia una misma disociación de maternidad, solo porque llevada a cabo por vías “no naturales”.

<sup>41</sup> T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 225; Cas., Sala V, 26 de octubre de 2015, n. 43084, en *Ced Cass.*, 265229; Cas., Sala V, 6 de octubre de 2010, n. 35923, en *Ced Cass.*,

elusión de las normas en materia de adopción (artículo 71 legge 4 maggio 1983, n. 184),<sup>42</sup> mientras que no existen razones para que solo cuando en la base exista una fecundación artificial debería aplicarse una (adi-

248416 (con referencia, sin embargo, a la adquisición de una muchacha que luego fuera materialmente sujeta y explotada por los adquirentes). V. además los *Elements of Crimes* con relación a la definición prevista en el art.7, párrafo 2, literal c. del denominado “Estatuto de Roma”, fundacional de la Corte Penal Internacional: la conducta de “venta” está claramente comprendida entre las relevantes como esclavitud (en cuanto crimen internacional). Es de notar que el delito previsto en el art.600 c.p. queda configurado según la ley italiana incluso si él es cometido en el extranjero por un ciudadano italiano, o en perjuicio de un ciudadano italiano (art. 604 c.p.). El extranjero concurrente con el ciudadano italiano no sería punible por la falta de correspondencia de la pena a la establecida por el art. 604, última parte, c.p. Desde el punto de vista criminológico, la *fattispecie* de la entrega de niños a quien no es de ninguna manera progenitor biológico puede ser sintomática del grave fenómeno de la trata de niños destinados a una adopción ilegal: v. por ej. Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe*, Report, doc. 11461, 7 December 2007, punto 2 e Id., *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe*, Recommendation 1828 (2008). Excluyen sin embargo la aplicación a casos similares de la *fattispecie* en materia de reducción a la esclavitud, considerando que ella supone como requisito implícito una “explotación” de la víctima: Casación, Sala V, 22 de diciembre de 1983, n. 3855, en *Ced Cass.* 162209, con referencia en verdad al art. 602 c.p.; Casación, Sala ferial, 6 de octubre de 2004, n. 39044, en *Diritto penale e processo*, 2006, 66, nota de A. Peccioli, *Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?*; Casación, 6 de junio-6 de agosto de 2008, n. 32986, en *Cass.Ced* 241160; Casación, Sala V, 18 de enero de 2016, n. 1797, en *CassCED*, 265884. V. además G. Ciampa, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008, p. 334 ss.

<sup>42</sup> En tiempos recientes en la jurisprudencia: Cas. Pen., Sala VI, sentencia 17 de enero de 2019, n. 2173; Cas., Sala I, 20 de enero de 1987, n. 3569, en *Ced Cass.* 174855; F. Mantovani *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 669. Una distinta interpretación, que excluye la aplicación de los artt. 71 y 72, L. 184/1983 a los casos de nuestro interés, en T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983 op. cit.*, p. 226; D. Bartoletti, *Analisi della l. 28.3.2001 n. 149 – Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*, en *Legislazione penale*, 2001, p. 673 ss.; Cas., Sala ferial, 6 de octubre de 2004, cit.; Cas., Sala VI, 16 de octubre de 2012, n. 40610, en *CedCass.*, 253497.

cional) norma incriminatoria como la de la maternidad subrogada.<sup>43</sup>

Asimismo, el caso en el cual sea el solicitante/comitente quien resulte padre biológico del nacido, quedando la *partner* comitente ajena a la dinámica biológica de la procreación, puede tener lugar incluso mediante una relación sexual con quien, después, dará a luz y entregará el niño; por lo que no tendría sentido la intervención del derecho penal solo cuando la concepción haya sido médicamente asistida (modalidad que, de hecho, al menos reduce las tensiones, jurídicas y morales, respecto del deber de fidelidad) como sucedería si consideráramos aplicable, en este caso, el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004. Por otra parte, cualquiera sean las modalidades de la concepción, en similares hipótesis en las que el hijo fuera entregado a los solicitantes, no parecerían presentarse los requisitos de la reducción a la esclavitud, ni de una elusión de las normas de la adopción, pues el ligamen paterno efectivo impediría considerar aquella entrega similar a la adquisición de una cosa, así como vislumbrar los presupuestos de una entrega de la custodia o una adopción llevadas a cabo eludiendo la normativa correspondiente. A lo sumo se podría considerar realizada una alteración del estado civil —cualquiera sea la modalidad de la concepción— en el caso que se declara en el Registro Civil como madre quien, en realidad, no ha tenido ninguna relación con el niño, ni biológica, ni genética.

<sup>43</sup> Hipótesis similares muy difícilmente pueden ser reconducidas, en realidad, al concepto de "maternidad subrogada", si ella es considerada como sinónimo de "alquiler de vientre", por carecer de toda apariencia y sustancia de "locación" y aproximándose, en todo caso, a una "compraventa mixta con locación". Se trataría, en consecuencia, más precisamente de una elusión de las reglas en materia de adopción, el único instrumento jurídico practicable para adquirir la genitorialidad de hijos enteramente ajenos. V. en este sentido M. Rizzuti, *La maternità surrogata*, cit., p. 101 ss. V. además D. Rosani, *op. cit.*, p. 133.; D. Pulitanò, *op. cit.*, p. 1367 s.

La interpretación restrictiva de la figura delictual que aquí se propone parece estar apoyada en el elemento literal. El mismo concepto de "subrogar"<sup>44</sup> nos da la imagen de una persona que sustituye a otra en una función (en este caso la maternidad) como efectivamente sucede cuando una mujer, engendrado un embrión con su propio óvulo, pide luego a otra mujer de tomar su lugar, para llevarlo hasta el nacimiento. Cuando, en cambio, una mujer comisiona a otra un embarazo, una maternidad, respecto de la cual no ha previamente desarrollado ningún papel o función, porque solo cuenta con una "espectativa" de sucesiva adquisición de una maternidad social y/o jurídica, parece menos apropiado hablar de maternidad "subrogada", porque no hay ninguna "sucesiva entrada" en un proceso procreativo (a este fin tendría más sentido hablar, de "gestación por otros", terminología que sin embargo el art. 12, literal 6, cit. no emplea).

Sin embargo, son sobre todo consideraciones teleológicas las que suministran un válido punto de apoyo. El caso de la disociación entre el aporte biológico de la comitente y de la gestante ("disociación de maternidad") presenta, en realidad, un desvalor peculiar, apreciable incluso desde una perspectiva laica, sin necesidad de invocar la violación de bienes —como el de la "dignidad personal"— que en los ambientes éticamente controvertidos del bioderecho presentan la vaguedad y ambigüedad de los propios contenidos, aceptando opciones de valor preconstituido, privadas de un claro reconocimiento jurídico/constitucional; o que de todos modos, incluso cuando tengan un fundamento objetivo, por ej. en fuentes supranacionales (como en efecto la prohibición de comercialización del cuerpo, o la de "cosificar" el ser humano) resulten de todos modos pasibles de vio-

<sup>44</sup> [www.treccani.it/vocabolario/surrogare/](http://www.treccani.it/vocabolario/surrogare/).

lación partiendo de eventos procreativos naturales y artificiales, de tal manera que no dejan comprender las razones de una prohibición penal dedicada sólo a hipótesis de procreación asistida.<sup>45</sup>

En efecto, solo cuando de un lado una mujer haya comprometido su propio cuerpo, y el propio patrimonio genético (normalmente a la par de su pareja que pone a disposición los gametos masculinos) en un protocolo reproductivo del que se espera obtener el hijo tan anhelado (por ella, y por la pareja a la que él se incorpora) y del otro lado otra mujer que igualmente haya comprometido su propio cuerpo en apoyar la experiencia física y psicológicamente invasiva del embarazo, surge el dilema imposible de resolver, destinado a deflagrar

<sup>45</sup> Otra conducta realizable solamente mediante procreación médicamente asistida, a la cual, sin embargo, no corresponde un desvalor específico que pueda justificar *per se* la incriminación, es la de la donación de óvulos. Se trata de un supuesto de hecho originalmente incluido en la prohibición de la denominada “fecundación heteróloga”, luego declarada inconstitucional, y considerada por la misma Corte Constitucional cualitativamente diferente de la maternidad subrogada. La Ley n. 40/2004, leída a la luz de la sentencia de la Corte, presupone y da a entender como en este caso no se configure ninguna sustitución (sobrogación) en un rol de madre, es decir, no hay ninguna disociación de maternidad. En realidad es la misma mujer que se presta al embarazo a comprometerse desde el inicio, y a persistir después, en una maternidad que es al mismo tiempo físico-biológica y afectiva, reconocible y reconocida como exclusiva en el plano social y jurídico. Esta distinción, respecto de los casos de maternidad subrogada, es totalmente evidente también para la psicología. A la donante anónima, desinteresada en asumir una función genitorial (e incluso en conocer la identidad de la gestante y del nasciturus), la Ley n. 40/2004 (art. 9, numeral 3) niega cualquier rol parental, por atribuirlo en cambio al conyuge/conviviente que haya hecho la solicitud (art. 9, numeral 1). De ello se concluye además que según el derecho vigente, una mera relación “genética” no constituye *per se* una maternidad mercedora de protección, siempre que ella tenga lugar entre el hijo y quien ha actuado como tal, y por lo tanto pueda ser calificada, como mera donante. Es así que argumentando a *contrario sensu* del art. 9, numerales 1 y 3, de la Ley n. 40/2004, referidos a la donante, se obtiene una indicación más acerca de la importancia valorativa y jurídica de una relación genética expresiva, en cambio, de la actuación de un proyecto procreativo.

especialmente cuando la gestante decida el no respetar el compromiso asumido para, en cambio, “conservar” para sí el hijo. En similares situaciones, y sólo en ellas, se contraponen dos experiencias de maternidad al mismo tiempo *biológica* y *social-afectiva*, ambas constitucionalmente protegidas, de las que *una no puede ser privilegiada sino a costa de sacrificar la otra*; poniéndose, de todos modos, en contradicción con los arts. 30 y 31 de la Constitución.<sup>46</sup>

El significado de la prohibición, circunscrita en los términos que aquí proponemos, gana una teleología neta, y de relevancia constitucional (de tal manera de legitimar la más grave de las sanciones). Ello está dirigido a *prevenir un conflicto de intereses (intereses a la maternidad, de la madre, y del hijo) difícilmente reducible (gobernable, regulable, resoluble) en términos constitucionales satisfactorios*. El delito es, en fin, instrumental a la coherencia de un proyecto constitucional de valorización de la maternidad.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> En realidad, otra solución teóricamente viable podría ser la de considerar que *ambas madres son tales a todos los efectos*. Régimen sin embargo decididamente heterodoxo con relación al ordenamiento italiano, incluso constitucional, en materia de derecho de familia, y tal vez también perjudicial de toda particular relación madre-hijo, la cual para ser proficua y gratificante debería centrarse en una relación de cuidado y comunicación exclusiva (aunque no excluyente), hecha de intimidad, complicidad, unión y unicidad. Sobre la importancia del “apego” a la madre para el bienestar del hijo v. D. Benoit, *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and out come*, in *Paediatrics Child Health*, 2004, p. 541 ss.; V. Di Dodo, *Attaccamento e teoria dell'attaccamento*, in [www.stateofmind.it](http://www.stateofmind.it). Sobre la falta de pruebas empíricas acerca de los daños que sufriría el hijo de una pareja lesbiana (dentro de la cual, sin embargo, se desarrolla una distinción entre madre biológica y madre social, en términos de roles y vínculos con el hijo, por lo que no se puede hablar en rigor de una “doble maternidad”) v. sin embargo S. Golombok, *op. cit.*, cap. 2. Desde el punto de vista jurídico v. en cambio M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 940 s.

<sup>47</sup> Se podría objetar que una interpretación similar da lugar a una disparidad de tratamiento entre parejas gays y parejas lesbianas igualmente recurrentes a la gestación por otro, pudiendo solo las mujeres eventualmente em-

Por otra parte, esta prohibición no afecta el derecho fundamental a la salud, no pudiéndose considerar la maternidad subrogada, que se impide, a la par de un *tratamiento* debido a una patología *ex art. 32* de la Constitución; a lo sumo, él circunscribe un ámbito de libertad como posible, aunque ciertamente no obligatorio, cuando ello valga para proteger exigencias de espesor constitucional.

Que en similares situaciones se realice un dilema no se puede resolver en términos constitucionalmente satis-

plear sus propios óvulos para la producción del embrión luego entregado para su gestación a otra persona. Sin embargo es dable destacar que la “disociación de maternidad”, que se considera que constituye la sustancia del delito aquí examinado, no es un fenómeno que se refiera en modo exclusivo, característico y necesario a la pareja lesbiana. En primer lugar, ello bien puede tener como protagonista también a una pareja heterosexual (cuando, precisamente, la *partner* femenina ponga a disposición los propios óvulos para la producción del embrión cuya gestación, luego, será soportada por otra mujer); por otra parte, la pareja lesbiana, a diferencia de la homosexual masculina, para tener un hijo no debe necesariamente comisionar la gestación, pudiendo recurrir simplemente a la fecundación heteróloga. Ni, desde otra perspectiva, hay que temer que, adoptando este enfoque, las parejas gays quisieran gozar, en cuanto tales, de un estatuto penal privilegiado. La pareja gay, al igual que la pareja lesbiana, en el caso de que se hubiera hecho dar en custodia un niño que desde el punto de vista biológico es totalmente ajeno respondería de todos modos por el delito de “custodia ilícita” (si no lo es por compraventa, lo será por reducción a la esclavitud). En cuanto a una posible disparidad de tratamiento penal, más en general, entre personas de sexo masculino (formando parte de una pareja hetero u homosexual) o femenino que, de todos modos, hayan comisionado la gestación de un embrión producido con gametos propios, ella existe pero no parece irrazonable, si se admite la incompatibilidad con el art. 31 de la Constitución de una disociación de la maternidad determinada por el conflicto potencial, irreductible en términos constitucionales adecuados, entre dos maternidades ambas biológicas y afectivas. Nada de análogo se verifica cuando el hombre, habiendo utilizado sus propios espermatozoides, sea el único padre a todos los efectos, razón por la cual no se comprende porque debería ser sancionado por la asignación del hijo que es indudable y solamente “suyo”. él, por otro lado, podría concurrir igualmente en el delito de la *partner* femenina que eventualmente haya dado lugar a la “disociación de la maternidad” penalmente relevante (en todo caso, no es descontado que los comitentes puedan responder por el delito de maternidad subrogada: v. *supra*, en el texto).

factorios —si bien, de alguna manera, el ordenamiento tenga que tomar *ex post* alguna decisión acerca de la maternidad, pues no se puede tolerar un *non liquet* en materia de *status* de familia—<sup>48</sup> lo atestiguan, además de las diatribas doctrinales y de las incertidumbres jurisprudenciales respecto de la adquisición de la maternidad en estas particulares hipótesis de gestación por otros,<sup>49</sup> el

<sup>48</sup> Respondemos, de esta manera, a la aguda crítica que a nuestro enfoque ha hecho recientemente V. Tigano, *op. cit.*, p. 371 s., el cual destaca como en realidad el ordenamiento haga una clara elección (que, por lo tanto, sería una *elección posible*) acerca de la atribución de maternidad a la madre gestacional (*ex art. 269*, párrafo 3, del Código Civil y art. 9, numeral 2, de la Ley 40; v. con anterioridad A. Spina, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, p. 179). En verdad, la circunstancia que el ordenamiento deba tomar una decisión al respecto, *ex post*, es decir una vez que el niño haya nacido y en consecuencia se imponga la atribución a alguien de la responsabilidad parental, no excluye que, *ex ante*, para el mismo ordenamiento sea preferible no tener que llegar a realizar similares elecciones, en atención a que ellas nunca resultan del todo adecuadas constitucionalmente. A esta exigencia responde la ley penal, que no por casualidad, en las formas de un “ilícito de concepción”, mira a prevenir (*ex ante*) el nacimiento del hijo y el correspondiente dilema. Tampoco se podría objetar que, si fuera verdadera nuestra lectura, entonces aquellas normas que atribuyen la maternidad “legal” a quien ha dado a luz deberían considerarse inconstitucionales por contrastar los arts. 30 y 31 de la Constitución italiana, hipótesis que, sin embargo, nadie plantea. En realidad, dicha inconstitucionalidad no subsistiría porque —merece reafirmarlo—, una vez que el hijo ha nacido, una elección del ordenamiento sobre su *status* familiar, si bien no plenamente satisfactoria respecto de los valores fundamentales en juego, se impone de todos modos constitucionalmente en nombre de la protección del interés del hijo. Por otra parte, la elección alternativa no sería menos problemática respecto de la salvaguardia del derecho constitucional a la maternidad.

<sup>49</sup> En la doctrina civilista el problema de la atribución *ex post* de la maternidad, cuando la gestante ejerza el derecho a ser indicada como madre y revoque el consenso a la subrogación, se admite en todo caso, pero asume ribetes particularmente dramáticos cuando el hijo haya sido concebido con gametos de la madre comitente. Para una bibliografía civilista actualizada sobre este particular, v. recientemente A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 187 s. En precedencia v. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1490 ss. En efecto, si bien prevalezca la opción que premia a la madre uterina, no faltan en estos casos argumentos a favor de la maternidad genética: v. P.Zatti, *op. cit.*, p. 213 ss.

famoso caso del "Hospital Pertini" de Roma relacionado con el cambio por error de embriones pertenecientes a dos diferentes parejas estériles, del que uno solo lograba implantarse y luego desarrollarse en un niño (una suerte de "subrogación recíproca culposa"). El Tribunal de Roma terminó por atribuir a la gestante y a su marido el *status parental*, pero reconociendo la contextual, *risarcible lesión del derecho, constitucionalmente relevante, a la genitorialidad del hombre y de la mujer* con cuyos gametos el embrión se había formado.<sup>50</sup> Con relación a esta misma *fattispecie*, el Comité Nacional de Bioética proponía un documento de tenor problemático, sin lograr ofrecer soluciones definitivas y sin lograr extraer del ordenamiento, indicaciones claras para atribuir preferencia a una de las posiciones en juego.<sup>51</sup>

En definitiva, la prohibición en la que tanto confían la Corte Constitucional y las Salas Reunidas, tal vez ni siquiera concierne a las *fattispecie* de las que los casos jurisprudenciales parten en los que no se observa aquel tipo de disociación de maternidad que consideramos tomada en cuenta por el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004 (ni mucho menos una hipótesis de elusión de las disposiciones en materia de adopción, o la realización de conductas calificadas como reducción a la esclavitud). Por otro lado, en su finalidad, ello no mira a afirmar la

<sup>50</sup> Tribunal de Roma, 8 de agosto de 2014, en *Famiglia e diritto*, 2014, p. 929, con nota de M.N. Bugetti, cit. Además véase, con un tono más crítico, S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, p. 915 ss., en donde también se trata de las sentencias sucesivas: Tribunal Roma, ordenanza 22 de abril de 2015; Tribunal Roma, ordenanza 2 de octubre de 2015; Tribunal Roma, 10 de mayo de 2016. Sobre la cuestión se pronunció también la Corte Europea de los Derechos Humanos, 10 de octubre de 2014, n. 41146, X y Y en contra de Italia, declarando el recurso inadmisibile por no haber utilizado todos los remedios nacionales.

<sup>51</sup> *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 de julio de 2014.

*veritas* en la relación madre-hijo, sino que por si acaso trata de evitar el surgimiento de situaciones en las cuales, esa *veritas*, desvanece.

## BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

- CALDERAI, Valentina, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, en *Global Jurist*, 2020.
- , *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 986.
- CORTI, Ines, *La maternità per sostituzione*, en *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari e altri, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, 1479.
- DOLCINI, Emilio, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, en *Notizie di Politeia*, 2014, 79.
- DOVA, Massimiliano, *Maternità surrogata e diritto penale*, en *Rivista Italiana di Medicina Legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 1124.
- FARAONI, Alicia B., *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.
- FERRANDO, Gilda, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, en *Il Corriere giuridico*, 2018, 449.
- GRASSO, Alfio Guido, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, 151.
- LOSAPPIO, Giuseppe, *Procreazione assistita (commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, en *Commentario breve alle*