

ARTÍCULO

La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga

The Medical-Assisted Reproduction in Italy. Present and future after the annulment of heterologous fertilization

EMANUELE CORN*

* Emanuele Corn. Doctor en Derecho, docente de la Università di Trento (Italia) e investigador de la Universidad Autónoma de Chile (Chile). Correo electrónico: corn.emanuele@gmail.com

Resumen

Después de dar cuenta de las principales etapas de la evolución de la normativa italiana en materia de reproducción humana asistida (RHA en adelante) en la última década, el presente trabajo ilustra las principales prohibiciones todavía vigentes y ofrece una toma de postura respecto de su aplicación, comparando la situación italiana con la que se ha dado en España después de los fallos más recientes en materia de gestación por sustitución.

Palabras clave: derecho comparado; derecho penal; reproducción humana asistida; gestación por sustitución.

Abstract

The first part of this article presents the most important steps of the Italian law's evolution about medically assisted reproduction (MAR) in the last decade. It also describes the principal prohibitions actually in force and it offers a point of view about its application, comparing the Italian situation with the Spanish one, after the most recent judgments about surrogacy arrangements.

Keywords: comparative law; criminal law; medical-assisted reproduction; surrogacy arrangements.

Índice

1. El fallo 162 de 2014 de la *Corte costituzionale* italiana y la evolución de la normativa italiana en materia de reproducción humana asistida.
2. Las prohibiciones todavía vigentes y el fenómeno del turismo reproductivo.
3. Italia y la STS de 6.02.2014 en España.
4. Conclusión.

1. El fallo 162 de 2014 de la *Corte costituzionale* italiana y la evolución de la normativa italiana en materia de reproducción humana asistida.

El 9 de abril pasado, con el fallo nr. 162, la *Corte costituzionale* italiana ha declarado la ilegitimidad constitucional de la prohibición de fecundación heteróloga para las parejas heterosexuales declaradas infértiles o estériles de forma absoluta e irreversible¹.

Ésta es la última etapa de un camino —probablemente todavía inconcluso— que ha llevado a la derogación, por vía judicial, de los puntos más controvertidos de la ley italiana que, desde 2004, disciplina la RHA².

En efecto, la Ley 19.02.2004, n. 40, no obstante haber sido criticada por la iglesia católica por las (supuestas) aberturas respecto de estas prácticas médicas³, es conocida a nivel europeo por la gran cantidad de prohibiciones y restricciones en el acceso⁴, cuestión que impulsó a muchas parejas a dirigirse a centros extranjeros.

Los diez años de vigencia de esta importante ley se han caracterizado por la evidente incapacidad de corregir sus errores por parte del Parlamento, que en todo este tiempo no intervino el texto a pesar de que los informes del Ministerio de Salud sobre el estado de actuación de la ley⁵ evidenciaran por un lado bajas en los porcentajes de embarazos obtenidos con aspiración de ovocitos y por otro aumento de abortos espontáneos, partos gemelares y “turismo reproductivo”. Al silencio del legislador se añadió una sobreabundante actividad judicial, determinada por un importante número de recursos de parejas que —según se advierte de la lectura integral de los antecedentes de los fallos— llegaron a emprender el camino judicial después de gastar todas sus fuerzas emotivas y económicas en dramáticos e inútiles viajes a centros para la reproducción en el extranjero.

En extrema síntesis, la intervención de los tribunales (no sólo nacionales) buscó reducir la distancia entre importantes derechos fundamentales —como el de la salud y el libre desarrollo de la personalidad en ámbito familiar— y las opciones tomadas por el legislador, produciendo, en los hechos, un progresivo aumento de las técnicas admitidas y una muy limitada ampliación de las categorías de personas que pueden tener acceso a éstas.

1 Todos los fallos de la *Corte* están disponibles en la página web: www.cortecostituzionale.it

2 En las revistas españolas se publicó: CANESTRARI, STEFANO: “The law of February 19th 2004, No. 40: procreation and punishment”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005, pp. 57-73.

3 Con argumentos “*non irresistibili*” según lo que afirma: DOLCINI, EMILIO: “Da quale pulpito... Laicità, «sana laicità» e diritto penale”, en D’ORAZIO, EMILIO (Coord.): *La laicità vista dai laici*, UBE, Milano, 2009, p. 182.

4 En forma sintética y eficaz, desde 2005, el constitucionalista Casonato ha sostenido en varias ocasiones que, para la ley italiana, no debería hablarse de PMA —procreación médicamente asistida— sino antes bien de PJO —procreación jurídicamente obstaculizada—; CASONATO, CARLO: “Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo”, en CAMASSA, ERMINIA y CASONATO, CARLO (Coord.): *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi, Trento, 2005, p. 32.

5 Realizados anualmente según lo que dispone el art. 15 y disponibles en: www.ministerosalute.it.

Un primer bloque problemático fue resuelto por la *Corte costituzionale* con la sentencia n. 151 de 2009, que modificó *de facto* el núcleo del art. 14 de la Ley n. 40 de 2004⁶. Dicha norma —cuya rúbrica era “límites a la aplicación de las técnicas sobre los embriones”— imponía rígidamente que los embriones que se podían producir en un ciclo de tratamiento no fueran más de tres. El médico, a continuación, tenía la obligación de transferirlos en el útero de la mujer inmediata y contemporáneamente, a menos que graves causas de fuerza mayor, no previsibles en el momento de la fecundación, no aconsejasen detener el tratamiento y crioconservar los embriones, que igualmente habrían debido implantarse apenas hubiese sido posible.

Tanto el límite de tres embriones como la obligación de transferirlos en el útero por parte del médico fueron derogados. En la actualidad, la norma dice tan solo que hay que producirlos en el número estrictamente necesario según lo que establezca la ciencia médica y resulte fijado en las líneas guías de la misma ley. En sus motivaciones la Corte subrayó que la salud de la mujer tiene que ser respetada en toda fase del tratamiento médico. De este modo, tanto los sanitarios como las mujeres vuelven a ver respetadas respectivamente su profesionalidad y su voluntad después que el texto original de la ley los había convertido, a los primeros, en meros ejecutores de la *volutas legislatoris*⁷ y, a las segundas, en simples “incubadoras” de embriones⁸.

Un segundo problema no debidamente aclarado por la Ley n. 40, y que la jurisprudencia está tratando de resolver, es el relativo al diagnóstico genético preimplantatorio. Los obstáculos textuales más relevantes a estas prácticas dependían, por un lado, de la admisión en el acceso a las técnicas de RHA sólo a las parejas estériles e infértiles (art. 4 ap. 1) y, por otro, de la aceptación de la investigación clínica y experimental sobre el embrión sólo en los casos en que esté dirigida a la tutela y al desarrollo de aquel embrión en —particular (art. 12 ap. 2)⁹.

Sin embargo, después que un tribunal administrativo anulara por exceso de poder las primeras indicaciones contenidas en las líneas guías de 2004¹⁰, las que fueron emanadas en 2008 ahora incluyen entre los sujetos infértiles los hombres afligidos por patologías virales sexualmente transmisibles (como el

6 Comentan el fallo: DOLCINI, EMILIO: “Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 950 ss. así como varios trabajos recopilados en D’AMICO, MARILISA y PELLIZZONE, IRENE (Coord.): *I diritto delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010.

7 Con palabras similares: FERRANDO, GILDA: “Fecondazione *in vitro* e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, sez.II, p. 530.

8 Mirando a los datos de las últimas relaciones ministeriales estas novedades han significado un importante avance en términos de niños nacidos.

9 Tratan el punto con detalle: PENASA, SIMONE: “Fecondazione assistita”, en CENDON, PAOLO (Coord.): *Trattario di diritto civile*, vol.2 (Famiglia), Giuffrè, en prensa; DOLCINI, EMILIO: “Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile”, www.penalecontemporaneo.it, 2013, pp. 7-10; SANFILIPPO, PAOLA: “Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita”, www.penalecontemporaneo.it, 2014, pp. 10-16.

10 TAR Lazio, 21.01.2008, n. 398; publicada en *Famiglia e diritto*, 2008, 5, p. 506 y comentada por PENASA, SIMONE: “Tanto tuonò che piove: l’illegittimità parziale delle Linee Guida e della questione di costituzionalità della l. n. 40/2004”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, sez. I, p. 499.

SIDA), permitiendo para ellos el diagnóstico preimplantatorio. Para tener acceso a estas técnicas, después de un auto que no expresaba claramente una postura por parte de la *Corte costituzionale* en 2006¹¹, las parejas que por la combinación de sus patrimonios genéticos habrían podido dar a luz niños con graves enfermedades, tuvieron que esperar el fallo del TEDH en el caso *Costa y Pavan vs Italia* de 2010¹², que declaró que la normativa italiana lesionaba el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los actores (art. 8 CEDH). El caso de *Costa y Pavan* encontró recién una solución definitiva¹³, pero, para las muchas parejas que no se pueden considerar infértiles ni por medio de una interpretación extensiva, el problema sigue en pie. Frente a esta incertidumbre normativa muchas clínicas pueden denegar el acceso al diagnóstico preimplantatorio —con el absurdo de consentir en un segundo momento el aborto en base a la Ley n. 194 de 1978— imponiendo a las parejas un largo camino judicial, al cual ya debiera poner término una definitiva resolución de la cuestión por parte de la *Corte costituzionale*, que declarara por fin la violación de las obligaciones internacionales de Italia (ex art. 4 Ley 40 de 2004 vs art. 8 CEDH)¹⁴.

Finalmente, un tercer bloque problemático es el relativo a la fecundación heteróloga que, hasta el fallo de la *Corte* de abril de 2014, se sancionaba administrativamente, pero de forma tan contundente —para los sanitarios entre 300 y 600 mil euros y suspensión hasta 3 años del ejercicio profesional (art. 4 ap. 3 y 12 ap. 1, 8 y 9)— como para justificar la atención de la doctrina penalista italiana, hasta el momento no acostumbrada a sanciones interdictivas y pecuniarias de esta envergadura.

El proceso que terminó con la sentencia 162 de 2014 fue especialmente largo, ya que cuando la cuestión de su constitucionalidad estaba radicada en la *Corte*, se publicaron los dos fallos del TEDH relativos al caso *S.H. y otros vs Austria*¹⁵, que impusieron también a los tribunales italianos reexaminar los casos a la luz de esta nueva jurisprudencia europea. Frente a la imposibilidad de fundamentar la declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de las obligaciones internacionales de Italia, la *Corte* tuvo que motivar su decisión tan sólo en razones internas de la Constitución nacional.

Las motivaciones del fallo por el que —insistimos— ahora no se permite cualquier fecundación heteróloga, sino sólo aquella cuyas parejas destinatarias sean heterosexuales y declaradas infértiles o estériles de forma absoluta e irreversible, afirman que la Ley 40 de 2004 violaba derechos constitucionales, como el de la salud (art. 32) y el libre desarrollo de la personalidad en ámbito familiar (arts. 2 y 31), y, en cambio, sobreestimaba para los niños concebidos con este tipo de técnica los riesgos psicológicos derivados

11 *Corte cost., ordinanza* n. 369 de 2006.

12 Sentencia TEDH, sec. II, 28.08.2012, *Costa y Pavan c. Italia*, rec. 54270/10; comentada por BIONDI, STEFANO: "Access to Medical-Assisted Reproduction and OGD in Italian Law: A Deadly Blow to an Illiberal Statute? Commentary to the European Court on Human Rights's decision *Costa and Pavan v Italy*", *Medical Law Review*, vol. 21, núm.3, 2013, pp. 474-486.

13 Sentencia *Tribunale Roma*, 23.09.2013 (disponible en: www.magistraturademocratica.it)

14 Es el auspicio de DOLCINI, EMILIO: "Legge...", *cit.*, p. 10 que parece haber tenido efecto considerando el auto de remisión a la *Corte costituzionale* del Tribunal de Roma (14.01.2014) disponible en el link: <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/437-nuovo-ricorso-di-costituzionalit%C3%A0-contro-la-legge-40-2004>

15 Sentencia TEDH, I sec., 1.04.2010, *S.H. y otros c. Austria*, rec. 57813/00; Sentencia TEDH, *Grande Chambre*, 3.11.2011. El segundo fallo, reformando el primero, consideró conforme a la CEDU la legislación austriaca que en este punto es muy restrictiva. Préstese atención a los votos en contra: muy argumentados y fuertemente críticos con el voto de mayoría.

del hecho de verse atribuida una paternidad no biológica que, a su vez, podría comprometer su derecho a conocer su identidad genética¹⁶.

2. Las prohibiciones todavía vigentes y el fenómeno del turismo reproductivo

El interés de la sentencia recién citada va más allá de la solución del problema específico de la fecundación heteróloga y ofrece importantes indicaciones para prever la posición que los jueces asumirían en la medida en que lleguen a su atención otras de las prohibiciones que aún permanecen en la Ley 40. En particular, la Corte escribe que aunque dicha ley se proponga favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la infertilidad y esterilidad, la prohibición absoluta de acceso a la RHA heteróloga introduce un “evidente elemento de irracionalidad”, pues de esta manera se perjudican precisamente “a las parejas que sufren las patologías más graves, en contraste con la *ratio legis*”¹⁷.

En la sentencia 162 de 2014 se puede leer un claro mensaje que la Corte envía al Parlamento¹⁸, para que éste tome de buena vez en serio las indicaciones relativas al ejercicio de la discrecionalidad legislativa en ámbito médico-científico. Por lo tanto, en la medida que el legislador siga ignorando el impulso al respeto del principio de razonabilidad científica, el Poder judicial insistirá en sus fallos derogatorios, pues —como afirma la *Corte*— la prohibición absoluta de una conducta propia de la esfera de la autodeterminación individual en un Estado liberal es admitida tan sólo cuando sea “el único medio para garantizar otros valores constitucionales involucrados”. Así, en el caso de la fecundación heteróloga, los jueces estimaron que, para tutelar los derechos del niño, era suficiente tomar la legislación vigente en materia de adopción como modelo de normativa relativa a paternidad no biológica. En un marco general, es evidente que el choque entre un Parlamento que reivindica una ilimitada discrecionalidad y un Poder judicial que insiste en reconducir las normas a parámetros de razonabilidad científica tiene importantes “costos normativos”¹⁹ en términos de coherencia y certeza jurídica. Si esto fuera poco, los que pagan por esta lucha son los ciudadanos directamente involucrados, que sólo eventualmente y, en todo caso, después de un largo juicio, encontrarán respuesta a sus expectativas constitucionalmente calificadas²⁰.

A pesar de las citadas intervenciones judiciales, aún son numerosas las prohibiciones de dudosa legitimidad constitucional —y sus duras sanciones— presentes en la Ley 40.

16 CASONATO, CARLO: “La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte”, www.confronticostituzionali.it, 2014.

17 CASONATO, CARLO: “La fecondazione eterologa”, *cit.* resume el triste concepto escribiendo que para aprovechar de la Ley 40 “había que ser estériles, pero no demasiado”.

18 Y el mensaje iría más allá de lo relativo a la RHA, involucrando todo lo relativo a la medicina y a la ciencia en general, como afirma: PENASA, SIMONE: “Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico”, www.forumquadernicostituzionali.it, 2014.

19 Es una expresión utilizada por BIN, ROBERTO: *Atti normativi e norme programmatiche*, Cedam, Padova, 1988, p. 281, que aclara que el “costo” (cfr. Sent. Corte constitucional n. 141 de 1984) del instrumento normativo “se expresa en términos de compresión y sacrificio de los derechos individuales”.

20 PENASA, SIMONE: “Nuove dimensioni della ragionevolezza?”, *cit.*

Hay un primer grupo, que nos limitamos a citar, que es relativo a los embriones. En efecto, el art. 13 de la Ley 40 prohíbe su utilización con finalidades de investigación, castigando su infracción con la pena de reclusión de dos a seis años. El Tribunal de Firenze ha contestado el carácter absoluto de dicha prohibición por ser impermeable a toda excepción que podría fundarse en el balanceamiento de la tutela del embrión con otros bienes constitucionalmente protegidos, como la protección de la salud colectiva. Sobre todo después de la citada sentencia 151 de 2009, es posible, aunque no deseable, que se obtengan embriones que no se emplearán para fines reproductivos y por lo tanto — argumenta el juez florentino — sería ilógico dejar que mueran sin ofrecerlos para la investigación biomédica si los generantes estuviesen de acuerdo²¹. Sobre el punto se espera un próximo fallo de la Corte²². Otra prohibición que parece desproporcionada e incoherente, a la luz de las finalidades enunciadas en la Ley 40, guarda relación con la donación, con finalidades reproductivas, de embriones producidos in vitro (viales pero no transferidos en útero) a terceros; sin embargo, es incierto cuál será la *praxis* en los centros médicos después de la sentencia 162 de 2014.

En cambio, un segundo grupo de prohibiciones limita el acceso a las técnicas de RHA para ciertas categorías de personas y excluye el recurso a determinadas técnicas. Así, el art. 12 ap. 2 de la Ley 40 establece una sanción administrativa pecuniaria entre 200 y 400 mil euros para los que a cualquier título aplican técnicas de RHA en parejas cuyos miembros no estén ambos vivos o haya un menor de edad, o sean personas del mismo sexo o no convivan. Quedan excluidos sólo el hombre y la mujer a los que se aplican los tratamientos, mientras que para los sanitarios se prevé también la suspensión de hasta 3 años del ejercicio profesional. Lo antes dicho, evidentemente también comprende el caso de la mujer soltera, por no ser conviviente con otra persona que quiera asumir el rol de padre. Por su parte, el ap. 6, castiga con reclusión de entre tres meses a dos años y multa de 600 mil a un millón de euros a los que realizan, organizan o hacen publicidad del comercio de gametos o embriones o de la subrogación de maternidad. Dicha disposición no establece exclusión de punibilidad para las personas a las que se aplica la subrogación de maternidad.

Aunque la mayoría de dichas prohibiciones sea de carácter administrativo su esencia es indudablemente penal. Como varias veces confirmaron los tribunales europeos ocupándose de la calificación jurídica del comiso, lo decisivo para discriminar entre lo penal y lo administrativo (y en consecuencia entre las diferentes garantías ofrecidas al supuesto autor de la violación) no es la calificación abstracta dada por el ordenamiento nacional, sino el contenido de aflicción de la sanción²³.

21 Ordenanza Tribunale Firenze, 9.01.2013 http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2013&numero=166&numero_parte=1 también Ordenanza Tribunale Napoli, 29.04.2014 http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2014&numero=149&numero_parte=1 de sumo interés porque — por primera vez — pronunciada en el ámbito de un juicio penal.

22 El tema es pendiente también frente al TEDH: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22parrillo%22%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%22itemid%22:%5B%22001-141613%22%5D%7D>.

23 Toma postura en este sentido: CANESTRARI, STEFANO: *ob. cit.*, 63, basándose en conceptos elaborados hace décadas por la doctrina italiana, por ejemplo por PALAZZO, FRANCESCO: "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", *Indice penale*, 1986, p. 54. El problema ha sido muy estudiado en España por: GÓMEZ TOMILLO, MANUEL y SANZ RUBIALES, IGNACIO: *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, III ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Ocupándose de la prohibición de la fecundación heteróloga antes de la sentencia 162 de 2014, Dolcini insistió, refiriéndose a la conducta de donación de gametos, en la ausencia de cualquier tipo de “daño social”²⁴.

Es nuestra convicción que lo mismo puede afirmarse para situaciones en las que una mujer soltera, o que conviva con otra, exprese el deseo de ser madre. Se trata de casos que, como se acaba de señalar, resultan hoy duramente sancionados en Italia a pesar de ser perfectamente lícitos en países cercanos como España.

A este respecto cabe señalar que el mantenimiento de estas prohibiciones genera cierta incoherencia con una línea jurisprudencial recién inaugurada por el *Tribunale* de Roma²⁵, que basándose en una novedosa lectura del art. 44 de la Ley de adopción (n. 183 de 1984) —neutra, desde el punto de vista de la orientación sexual de los sujetos involucrados— ha declarado la adopción de una menor por parte de la pareja lesbiana de la madre, conviviente con ellas desde hace muchos años. Aunque el instituto de la *stepchild adoption* aún está por consolidarse en Italia y el caso ciertamente llegará a los tribunales superiores, es evidente que éste exprese el fuerte cambio en la sensibilidad social del país hoy en día, aunque la legislación se haya quedado muy atrasada. Así, si la *stepchild adoption* es claramente admitida en países, como España, Suecia y Francia²⁶, que permiten la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, y si hay otros, como Alemania, en los que la adopción es admitida para parejas homosexuales cuya convivencia resulte registrada cuando el menor ya sea hijo de uno de los dos miembros, el caso italiano llama la atención por no darse en este país forma alguna de reconocimiento de una unión entre personas del mismo sexo.

En todo caso, la prohibición de acceso a técnicas de RHA para parejas del mismo sexo o bien mujeres solteras era ilógica ya antes del fallo del *Tribunale* de Roma. En particular, respecto del caso de las mujeres solteras, si bien es comprensible que el Estado no quiera promover el nacimiento de niños que no tengan a su lado un padre u otra figura parental; por otra parte, es inaceptable que se prohíba de forma tan dura una conducta cuyo objetivo igualmente se puede alcanzar por una vía, moralmente discutible pero neutra para el Derecho, como es la repetición, por parte de la mujer, de una serie de relaciones sexuales ocasionales con desconocidos. Si el Estado no quiere favorecer la RHA en mujeres solteras puede excluirla de las prestaciones sanitarias esenciales poniendo los costos a cargo de la mujer, pero la criminalización

24 DOLCINI, EMILIO: “La fecondazione assistita «eterologa». Una questione aperta”, en POGGI, FRANCESCA (Coord.): *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma, 2013, p. 15

25 Tribunale per i Minorenni di Roma - Sentenza 30.07.2014 <http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/art/civile/2014-08-29/a-roma-prima-adozione-una-coppia-omosessuale-165433.php?uclid=ABxkUaoB>.

26 Acaba de pronunciarse al respecto también el supremo tribunal del país transpirenaico: Cour de Cassation, Avis n. 15010 (22.09.2014): “*Le recours à l’assistance médicale à la procréation, sous la forme d’une insémination artificielle avec donneur anonyme à l’étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l’adoption, par l’épouse de la mère, de l’enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l’adoption sont réunies et qu’elle est conforme à l’intérêt de l’enfant*”. Disponible en: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/537-cassation-adozione-pma-2014>.

—¡además encubierta!—, de esta conducta no parece razonable según lo que acaba de indicar la sentencia 162 de 2014 de la *Corte* y, por lo tanto, debería ser derogada del texto de la Ley 40.

Desde el punto de vista de su efectividad, las prohibiciones contenidas en el art. 12 de la Ley 40, en particular las relativas a la maternidad subrogada, a la fecundación asistida en parejas lesbianas y a la heteróloga, han demostrado ser un verdadero fracaso. Aunque sólo en alusión a la fecundación heteróloga, la sentencia 162 de 2014 bien afirma que la distinta regulación vigente en países cercanos produce otro elemento de irracionalidad en la normativa italiana, porque se determina una disparidad de tratamiento entre parejas que sufren de la misma patología. Dicha falta de igualdad es definida por los jueces como injustificada y por lo tanto manifiestamente ilegítima, porque depende de las capacidades económicas de las parejas, que permiten tan sólo a las más ricas soportar los costos de un viaje y de un tratamiento en el extranjero. “No es éste —escribe la *Corte*— un simple inconveniente de hecho, sino un efecto directo de las disposiciones objeto del juicio”.

La *Corte*, para referirse a este complejo fenómeno, no ocupa ninguna definición. Ni la más frecuente de “turismo reproductivo” —que se debe al triste hecho que las parejas a menudo escondan a su entorno social la verdadera razón de un viaje al exterior bajo la excusa de la diversión en un destino exótico— ni la más acertada, aunque de difícil traducción, de “*cross border reproductive care*” (CBRC)²⁷. Ésta última, fuerte de su sello idiomático, explica mejor un fenómeno internacional extremadamente complejo que involucra a muchos países del mundo y basado en un mecanismo de “*forum shopping*” en las que las variables son el nivel de determinación y desesperación de las parejas que desean tener un hijo y la cantidad de dinero que éstas pueden invertir en alcanzar ese deseo.

La mayoría de estos “viajes interfronterizos con finalidad reproductiva” están relacionados con la gestación por sustitución²⁸, que es vedada o fuertemente limitada en gran parte de los países europeos —España incluida— y que, a pesar de las prohibiciones, es la forma en que cada año nacen miles de niños.

3. Italia y la STS de 6.02.2014 en España

Prescindiendo del hecho que se comparta o no la restrictiva regulación en materia de RHA presente en un Estado determinado, el CBRC es un fenómeno que genera múltiples riesgos y problemas sociales. En primer lugar, mirando a la salud de las madres y de los niños, es imposible un control absoluto en la calidad

27 Se trata de la expresión utilizada por la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (www.eshre.eu).

28 Mientras el legislador italiano, en la Ley 40, habla de “*maternità surrogata*”, el artículo 10 de la Ley española 14/2006 (LTRHA) utiliza —a mi juicio— un lenguaje más preciso con las palabras “gestación por sustitución”. Sumándome a la opinión de Eleonora Lamm, me inclino por la denominación “gestación por sustitución”, en virtud de que la mujer que actúa como gestante, en efecto gesta un hijo para otra. Hablar de maternidad sería incorrecto pues este concepto engloba una realidad más extensa que la gestación, mientras que la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otra que no puede hacerlo. Por su parte, la palabra “subrogada” se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético; cfr. LAMM, ELEONORA: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 3, 2012, p. 4.

o seguridad de los servicios ofrecidos; en segundo lugar, cuando el tratamiento se realiza en países con un Estado social limitado, como India, es considerable el riesgo que el acuerdo entre los aspirantes padres y la mujer gestante esconda una explotación en perjuicio de ésta. Pero hay más argumentos: desde la perspectiva de la cohesión social de un país, es preocupante que existan personas que pretendan eludir las leyes de su país yendo a otro, cuyas normas sean más laxas, así como no se puede ver con simpatía el hecho que, bajo la bandera de la libre iniciativa económica, el CBRC se haya convertido en una industria como cualquier otra que persigue provechos económicos, colocándose en muchos casos en la preocupante frontera con la trata de personas. Por último, no hay que olvidar que el CBRC es una opción sólo para las personas que poseen cierto recurso económico, acentuando las diferencias sociales²⁹.

Tratándose de un fenómeno internacional, considero que la mejor forma de enfrentarlo es recurrir a un instrumento de la rama del Derecho respectiva: es decir, el Derecho internacional. Desde 2010 la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución³⁰, a partir del que se esperan soluciones a todos los nudos más complejos de este apremiante problema socio-legal³¹.

En la espera —que probablemente será de muchos años— antes que el Convenio se presente para la firma y entre en vigor, es indispensable que los Estados encuentren respuestas satisfactorias. Éstas deberán demostrarse capaces de proteger a los niños involucrados y, al mismo tiempo, limitar de la menor forma posible las aspiraciones de los ciudadanos que desean ser padres y son incapaces de hacerlo sin el auxilio de la tecnología y la disponibilidad ofrecida por terceras personas.

Hay que tener presente que este deseo de maternidad o paternidad no es sólo legítimo, sino que merece sustento y apoyo por parte de las instituciones, ya que el nacimiento de nuevos ciudadanos posibilita la conservación del Estado mismo. Por supuesto, antes de éste hay que preservar el superior interés del niño involucrado, pero —teniendo nuevamente en cuenta la sentencia 162 de 2014 de la *Corte costituzionale*— “aunque la Constitución no ponga la noción de familia en necesaria correlación con la presencia de hijos, es cierto que el proyecto de una familia caracterizada por la presencia de hijos, también con independencia del dato genético, es considerada con favor por el ordenamiento jurídico, como demuestra la regulación de la adopción”. No hay por qué dudar que esta afirmación pueda extrapolarse sin inconvenientes a otros ordenamientos de nuestro entorno cultural³².

29 Todos aspectos analizados y profundizados en: LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, UB, Barcelona, 2012.

30 http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178.

31 TRIMMINGS, KATARINA y BEAUMONT, PAUL (coords.): **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**, Hart Publishing, Oxford, 2013. Los coordinadores de este volumen lideraron el proyecto “*International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*”, subvencionado por la fundación Nuffield, que sienta las bases del proyecto de futura convención como iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

32 Tamayo Haya habla de un derecho de filiación autónomo, que ha consagrado un nuevo campo a favor de la autonomía de la voluntad sobre la base de la estructuración del compromiso parental y no sobre la estructuración del modelo familiar. TAMAYO HAYA, SILVIA: “Hacia un modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista digital Facultad de Derecho - UNED*, Vol. 6, 2013, pp. 299-306.

Aclarado el objetivo, para alcanzarlo cada Estado encontrará facilidades si recurre al instrumento del Derecho comparado, observando y estudiando las soluciones encontradas fuera de sus fronteras.

Dicho esto, respecto de la maternidad por sustitución, tanto la normativa italiana (art. 12 ap. 6 Ley 40 de 2004) como la española (art. 10 Ley 14/2006), a pesar de sus grandes diferencias, generaron como subproducto indeseado el fenómeno del CBRC. En los hechos, el mentado fenómeno se concentra fuera de la Unión Europea (Ucrania, India y algunos Estados de EE.UU.), pues dentro de la UE los Estados que la admiten (Reino Unido y Grecia) exigen que sea altruista, es decir, que no tenga carácter lucrativo o comercial, además de imponer varios requisitos y condiciones³³.

Tanto Italia como España prohíben rotundamente esta técnica, pero la forma elegida por el legislador de Madrid ha permitido recién, con el apoyo de la jurisprudencia, responder de forma clara a los problemas derivados del incumplimiento, ofreciendo de ahora en adelante mayor certeza jurídica.

No corresponde ofrecer aquí un comentario a la STS de 6.02.2014, que, como se podía esperar, ha sido más criticada que laudada³⁴, sino comparar la practicabilidad de la regulación impuesta por dicha sentencia en España, con la actual incertidumbre presente en Italia.

La prohibición italiana a la maternidad por sustitución, como se dijo, es de matriz penal, pero la Ley 40 no añade a la indicación de la sanción ninguna norma relativa a las consecuencias civiles del incumplimiento, a diferencia de lo que hace la Ley 14/2006. De las disposiciones contenidas en el art. 10 de dicha Ley, sólo la segunda —“la filiación de hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”— puede deducirse de normas generales del ordenamiento italiano. Por el contrario, nada se dice respecto del destino del contrato ni de la determinación de paternidad. Todo esto, en Italia, es dejado a la labor de la jurisprudencia.

Los casos recién resueltos por los Tribunales de Brescia y Milán³⁵ demuestran cuán dañino ha sido este silencio del legislador. Dos distintas parejas italianas tuvieron que enfrentar un proceso penal después de su intento de declarar como propios, en la embajada italiana en Kiev, niños nacidos en Ucrania gracias a gestación por sustitución utilizando espermatozoides del marido. Considérese que a ninguna se les imputó el delito del art. 12 ap. 6 de la Ley 40 en virtud del principio de territorialidad, pues la conducta se realizó en el exterior³⁶, sino el grave delito de alteración de estado (art. 567 ap. 2 cp.)³⁷, ¡castigado con reclusión entre

33 LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución*, cit., pp. 71 y ss.

34 La lectura favorable que se ofrece acá de la STS en comento respecto de la situación italiana no impide considerar finas y pertinentes las críticas de DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, núm. 8281, Sección Doctrina, 2014, 7 y 9 (versión digital).

35 Tribunale Brescia, sec. II pen., 26.11.2013, que pronunció condena, según lo que se explicará y Tribunale Milano, sec. V pen., 15.10.2013, que absolvió los imputados. Ambas son disponibles con notas de comento en la revista www.penalecontemporaneo.it

36 Es llamativa la total ineffectividad de la norma penal establecida en la Ley 40 que, se reitera, prohíbe toda forma de publicidad de maternidad por sustitución en Italia. A pesar de esto hay gran cantidad de páginas web en italiano que promueven verdaderas agencias de viajes para realizar estas prácticas en los países en donde es lícita.

37 Lamm sugiere que las normas penales españolas respectivas serían los arts. 220 y 221 c.p., que tienen penas mucho más leves que las italianas. Mirando al texto del ap. 2 del art. 221 c.p. cabe duda respecto de cómo pueden operar en territorio español agencias de intermediación como las que pagan sus anuncios en Internet. LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución*, cit., pp. 72-73.

5 y 15 años! Más grave aún es el hecho que en primera instancia, frente a conductas muy similares, se condenó a una pareja y se absolvió a otra³⁸.

Frente a tanta confusión, y al riesgo de penas de gran severidad, la solución recién alcanzada por la justicia española resulta, evidentemente, un paso adelante. Por lo menos en los casos en que el semen proceda de un miembro de una pareja homosexual, permitir que éste reclame su paternidad y en la embajada se tome constancia clara (más allá de la presentación de un contrato u otro documento traducido) de la voluntad de la gestante de entregar el niño a las personas que quisieron que naciera, parece una postura equilibrada³⁹. Es más, mirando los fallos recientes de otros importantes tribunales, ésta parece una solución que une una indispensable dosis de flexibilidad en la interpretación legal⁴⁰ y las exigencias fundamentales de certeza en los controles para impedir la trata de menores⁴¹.

4. Conclusión

De este rápido *excursus* respecto de la jurisprudencia italiana sobre la Ley 40, podemos desprender que el Poder judicial italiano ha ocupado el principio de la razonabilidad científica como un martillo para dismantelar, fallo tras fallo, las opciones legislativas que políticamente eran más oscurantistas y que jurídicamente se configuraban como liberales. Así, en este ámbito, Italia se acerca a Europa.

A pesar de este importante avance, no son pocas las prohibiciones aún vigentes en Italia. Se comprenderá, en consecuencia, que no todas pueden cuestionarse mediante el mismo argumento jurídico.

38 En el recentísimo fallo TEDH, II sec., 27.01.2015, Paradiso y Campanelli c. Italia, rec. 25358/12, la Corte afirma que no es conforme al art. 8 de la CEDH la decisión de las autoridades italianas consistente en sustraer al menor del cuidado de los recurrentes para poner término a una situación de ilegalidad (a saber, violación de la normativa nacional en materia de adopción y de RHA). En efecto, “la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre” (§ 80). Sin embargo, esto significa tan sólo que la necesidad de regularizar una situación ilegítima no es suficiente para justificar la adopción de cualquier medida, pues el Estado tiene que centrarse, en primer lugar, en el superior interés del niño. Por eso, a pesar de condenar a Italia al pago de una indemnización, la Corte no invitó al Estado a devolver al menor a los recurrentes (que sin poder ni siquiera utilizar sus propios gametos se habían ido a Rusia para tener un hijo por medio de gestación por sustitución).

39 En la espera que se pronuncie la *Grande Chambre* toman gran relevancia los fallos de primera instancia sentencia TEDH, V sec., 26.06.2014, Mennesson c. Francia, rec. 65192/11, y sentencia TEDH, V sec., 26.06.2014, Labassee c. Francia, rec. 65941/11 que ha declarado la violación del art. 8 CEDU por el Estado que no reconoce la relación de filiación constituida en el exterior recurriendo a maternidad por sustitución (Paradiso e Campanelli c. Italia no se pronuncia al respecto porque los recurrentes no habían agotado previamente los recursos internos). De seguro interés también la propuesta avanzada por Vela Sánchez en varias ocasiones, a partir de su libro: VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: *La maternidad subrogada*, Marcial Pons, Granada, 2012.

40 Según lo que invita a hacer la *High Court* del Reino Unido: X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135 (Fam) (03.10.2014). Cfr. <http://www.biodiritto.org/index.php/item/546-x-surrogacy-high-court-2014>.

41 Sentencia TEDH, X sec., 8.07.2014, D y otros c. Bélgica, rec. 29176/13. La Corte ha negado que el CEDH imponga a los estados de autorizar el ingreso en su respectivo territorio de niños nacidos por medio de maternidad por sustitución, sin la posibilidad por parte de las autoridades nacionales de realizar las debidas averiguaciones.

Entre éstas, la más relevante, por el número de personas involucradas, es la gestación por sustitución, que, en virtud del avance científico de nuestras sociedades, ya no es un problema técnico, sino “simplemente” ético. La solución vigente en España (art. 10 de la Ley 14/2006) no es atractiva para el legislador italiano, pues tampoco ésta fue capaz de evitar que se generara el fenómeno del CBRC.

Insistimos: creemos que sólo un convenio internacional podría permitir un verdadero control de la gestación por sustitución, impidiendo las formas más brutales de comercialización de la vida humana.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la cuestión, la ausencia de cualquier referencia al tema en la reciente reforma del Registro Civil en España da cuenta de cómo el tema no está en las agendas de las fuerzas políticas. La situación en Italia no es distinta.

Con todo, en cuestiones de bioética, España, gracias a la reciente jurisprudencia de sus tribunales superiores, ciertamente se encuentra unos pasos adelante respecto de Italia. Se trata de una solución equilibrada, aunque paralelamente frágil y criticable, ya que, en temas éticos, el progreso de un Estado laico y liberal consiste en ofrecer a los ciudadanos una posición clara y practicable.

Bibliografía

- ◆ BIN, ROBERTO: *Atti normativi e norme programmatiche*, Cedam, Padova, 1988.
- ◆ BIONDI, STEFANO: “Access to Medical-Assisted Reproduction and OGD in Italian Law: A Deadly Blow to an Illiberal Statute? Commentary to the European Court on Human Rights’s decision *Costa and Pavan v Italy*”, *Medical Law Review*, vol. 21, núm.3, 2013, pp. 474-486.
- ◆ CANESTRARI, STEFANO: “The law of February 19th 2004, No. 40: procreation and punishment”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm.22, 2005, pp. 57-73.
- ◆ CASONATO, CARLO: “La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte”, www.confrontocostituzionali.it, 2014.
- ◆ CASONATO, CARLO: “Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo”, en CAMASSA, ERMINIA y CASONATO, CARLO (Coord.): *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi, Trento, 2005, p. 13-40.
- ◆ D'AMICO, MARILISA y PELLIZZONE, IRENE (Coord.): *I diritto delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010
- ◆ DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, núm. 8281, Sección Doctrina, 2014, 7 y 9 (versión digital)
- ◆ DOLCINI, EMILIO: “Da quale pulpito... Laicità, «sana laicità» e diritto penale”, en D'ORAZIO, EMILIO (Coord.): *La laicità vista dai laici*, UBE, Milano, 2009, pp. 175-190

- ◆ DOLCINI, EMILIO: “Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp.950-966
- ◆ DOLCINI, EMILIO: “Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile”, www.penalecontemporaneo.it, 2013
- ◆ DOLCINI, EMILIO: “La fecondazione assistita «eterologa». Una questione aperta”, en POGGI, FRANCESCA (Coord.): *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma, 2013, pp. 15-36
- ◆ FERRANDO, GILDA: “Fecondazione *in vitro* e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, sez.II, pp.521-533.
- ◆ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL y SANZ RUBIALES, IGNACIO: *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, III ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ◆ LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, UB, Barcelona, 2012.
- ◆ LAMM, ELEONORA: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 3, 2012.
- ◆ PALAZZO, FRANCESCO: “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, *Indice penale*, 1986, p. 35 ss.
- ◆ PENASA, SIMONE: “Fecondazione assistita”, en CENDON, PAOLO (Coord.): *Trattario di diritto civile*, vol.2 (Famiglia), Giuffrè, en prensa.
- ◆ PENASA, SIMONE: “Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico”, www.forumquadernicostituzionali.it, 2014.
- ◆ PENASA, SIMONE: “Tanto tuonò che piovve: l’illegittimità parziale delle Linee Guida e della questione di costituzionalità della l. n. 40/2004”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, sez.I, pp.489-504.
- ◆ SANFILIPPO, PAOLA: “Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita”, www.penalecontemporaneo.it, 2014.
- ◆ TAMAYO HAYA, SILVIA: “Hacia un modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista digital Facultad de Derecho - UNED*, Vol. 6, 2013, pp. 261-316.
- ◆ TRIMMINGS, KATARINA y BEAUMONT, PAUL (coords.): *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- ◆ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: *La maternidad subrogada*, Marcial Pons, Granada, 2012.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2015