

FILIACIÓN Y PAREJAS HOMOSEXUALES EN ITALIA

FILIIATION AND HOMOSEXUAL COUPLES IN ITALY

Dra. SARA LANDINI

Profesora Titular de Derecho Privado de la Universidad de Florencia

sara.landini@unifi.it

RESUMEN: El presente trabajo se ocupa del modo en que en Italia, donde no se reconoce la adopción de menores por parejas homosexuales, ni la posibilidad de que las mismas puedan acceder a la reproducción asistida, ha surgido lo que podríamos denominar un “shopping médico-jurídico”, en relación a la posibilidad de someterse en el extranjero a prácticas de inseminación artificial heteróloga con adopción del menor por parte del partner o con inscripción del acta de nacimiento conforme al Derecho extranjero que reconoce al menor como hijo de la pareja.

PALABRAS CLAVE: filiación; adopción; parejas homosexuales.

ABSTRACT: The paper deals with the forms with which in Italy, where it is not recognized the adoption of minors for homosexual couples nor the possibility for these to access assisted procreation, it has given rise to what we could define a “shopping of law and medical assistance” with reference to the possibility of undergoing overseas practices of artificial heterologous insemination with the adoption of the minor by the partner or with transcription of the birth certificate in accordance with the foreign law that recognizes the minor as a child of the couple.

KEY WORDS: filiation; adoption; homosexual couples.

FECHA DE ENTREGA: 24/07/2017/ *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 12/12/2017.

SUMARIO: I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MEDICINA.- II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MERCADO MÉDICO-JURÍDICO. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL 2016.- III. ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES (PAREJAS NO CASADAS) EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS.- IV. MATERNIDAD SUBROGADA E INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO.- V. CONCLUSIONES.

I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MEDICINA.

Mi ponencia tiene por objeto un tema que, a mi entender, teniendo en cuenta la materia sobre la que versa el Congreso, debe ser puesto en relación con dos importantes cuestiones de carácter general.

La primera tiene que ver con una perspectiva de las relaciones médico-paciente, que ya no contempla la medicina como una simple ciencia dirigida a la solución de meros problemas biológicos de las personas, sino que las contempla integralmente, teniendo en cuenta sus opciones vitales, a las que trata de dar la mejor solución posible¹. Ha cambiado, pues, el objeto de la medicina. Baste pensar, no sólo en la cirugía estética, sino también en las elecciones vitales en las que el médico interviene, no para salvar, sino para “añadir vida a los días”, como he tenido ocasión de leer en un centro de cuidados paliativos. Pensemos también en las elecciones sobre el cambio de sexo o en las que tienen que ver con la procreación. En estos casos, el médico, al ejercer su profesión para atender los deseos del paciente, se topa con la Ley, de modo que la ciencia médica se encuentra aquí con la ciencia jurídica, debiendo ambas ser tomadas en consideración.

La segunda de las cuestiones tiene que ver con la relación entre medicina y derecho, vista, no tanto desde el punto de vista de las consecuencias sancionatorias (penales y/o civiles) o de los errores médicos, como del de la regulación de la profesión médica a nivel de códigos deontológicos, normas legales o estatutos de las estructuras en las que el médico opera. La estructura médica se sitúa en un sistema de valores, cuyo centro es la persona, considerada en su totalidad. Las normas deben encontrar una interpretación centrada sobre el valor absoluto de la persona reconocido en las constituciones nacionales y en los acuerdos internacionales.

No pretendo aquí tomar posición sobre la legitimidad de las soluciones legales, sino aprovechar la ocasión para mostrar cómo la posición restrictiva del ordenamiento jurídico italiano respecto a ciertas opciones procreativas ha llevado a ciudadanos italianos a acudir al extranjero para conseguir los tratamientos médicos deseados y han dado lugar a posiciones jurisprudenciales contradictorias: algunos jueces han tratado de privar de efectos jurídicos a una práctica que se considera elusiva de prohibiciones legales; otros, en cambio, han tratado de resolver los intereses en

¹ GAWANDE, A.: *Being Mortal. Medicine and what matters in the end*, Metropolitan Books, New York, 2014.

conflicto a través de interpretaciones “creativas”, centradas en una particular lectura del principio del interés superior del menor (“best interest of child”).

Me limitaré a referirme a algunos casos italianos emblemáticos que subrayan tal contraste y a realizar algunas consideraciones sobre las relaciones entre poder judicial y poder legislativo.

II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MERCADO MÉDICO-JURÍDICO. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL 2016.

El primer caso² que vamos a considerar se refiere a una pareja de mujeres, que, en orden a la realización de un proyecto de vida común, se sometieron a un tratamiento de fecundación heteróloga, la cual está prohibido en Italia³.

La compañera de la gestante, con apoyo en la Ley de 4 de mayo de 1983, núm. 184, art. 44, I, d), interpuso ante el Tribunal de Menores de Roma una demanda de adopción, argumentando que: -el nacimiento había sido el fruto de un proyecto parental madurado y realizado con su propia compañera; - la menor había vivido desde su nacimiento con ambas en un contexto familiar y de relaciones escolares y sociales semejante al de otras niñas de su misma edad, en el que también se hallaban presentes los abuelos y algunos familiares de la demandante.

El ordenamiento jurídico italiano, además de la adopción legitimadora, reconoce una adopción en casos particulares en los que permite la creación de un vínculo de filiación cuando no exista la posibilidad, en interés del menor, de seguir el procedimiento y de cumplir todas las condiciones para llevar a cabo la adopción legitimadora. En particular, en los casos previstos en el art. 44, I, d), permite la adopción, además de a los cónyuges, a quienes no estén casados⁴. La jurisprudencia

² Cass. 22 junio 2016, núm. 12962, en *De Jure*. V. también Cass. 11 enero 2013, núm. 601.

³ El art. 4, II Ley 19 febrero 2004, núm. 40 (en *Gazz. Uff.*, 24 febrero, núm. 45). – Normas en materia de reproducción médica asistida (Procreación asistida) prohíbe las técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo.

La Corte Constitucional, sentencia 5 junio 2015, núm. 96 (en *Gazz. Uff.*, 10 junio 2015, núm. 23), ha declarado inconstitucional dicho párrafo, en la medida en que no permite acceder a las técnicas de procreación asistida a las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles (que cumplan los criterios de gravedad en el sentido del art. 6, I, b) de la Ley 22 mayo 1978, núm. 194 (Normas sobre la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo), constatadas por la correspondiente estructura médica pública.

⁴ En la adopción legitimante el menor adoptado se convierte en hijo “legítimo” de los padres adoptantes, o que produce los siguientes efectos: la sustitución del propio apellido por el de los padres adoptivos y las transmisiones del mismo a las generaciones futuras: la adquisición del parentesco con la familia extensa de los padres adoptivos; y la supresión de todo vínculo jurídico y de toda relación con la familia biológica, salvo por cuanto concierne a los impedimentos matrimoniales.

El Derecho italiano regula dos clases de adopción legitimante: adopción nacional y adopción internacional. En ambos casos la adopción prevé un procedimiento en el que se incluye el acogimiento preadoptivo.

ha extendido el ámbito de aplicación de este supuesto, considerándolo también aplicable en el caso de la adopción llevada a cabo en el extranjero por una persona soltera⁵, así como en la hipótesis de existencia de una imposibilidad legal de proceder a la adopción legitimadora, concretamente, en el caso que aquí nos interesa, en el supuesto de adopción del conviviente del progenitor del mismo sexo.

El Tribunal -con el asentimiento de la madre de la menor y oído el Fiscal de Menores, que expresó su parecer desfavorable- en sentencia núm. 299/2014 de 30 de julio, acogió la pretensión, dando lugar a la adopción y ordenando que se añadiera el apellido de la compañera de la madre biológica al de la menor⁶.

Tal decisión se basó en los siguientes argumentos: a) a diferencia de lo que acontece con la adopción “legitimadora”, no existe en nuestro ordenamiento la prohibición de que una persona soltera pueda adoptar conforme a la Ley núm. 184 de 1983, art. 44, I, d); b) no es posible deducir ninguna limitación legal de la orientación sexual de la reclamante de la adopción en casos particulares; c) con la disposición mencionada, el legislador ha pretendido favorecer la consolidación de las relaciones entre menores y parientes o personas que ya cuidaban de aquéllos, previendo un modelo de adopción con efectos más limitador a los de la Ley 184 de 1983, art. 6; d) la *ratio legis*, orientada a proteger el interés del menor, es un límite infranqueable y debe ser considerada la clave interpretativa de la institución; e) la condición de la imposibilidad del acogimiento preadoptivo, recogida en el 44, I, d), debe ser interpretada, no restrictivamente, como imposibilidad “de hecho”, sino como imposibilidad “de derecho”, de modo que comprenda también menores que no se encuentran en estado de abandono, pero respecto de los cuales existe el interés al

En la adopción no legitimante el menor adoptado no adquiere la condición de hijo legítimo de los padres adoptantes, lo que origina las siguientes consecuencias jurídicas: el mantenimiento del propio apellido de origen, que viene pospuesto al de los padres adoptivos; el menor se convierte en heredero de los padres adoptivos, pero no establece una relación de parentesco con los otros miembros de la familia adoptiva; y mantiene algunas obligaciones hacia la familia de origen.

Nuestro Derecho regula un tipo de adopción no legitimante: la adopción en los casos particulares previstos en el art. 44 de la Ley núm. 184/83. Los padres naturales del adoptando deben prestar su propio consentimiento, cuando estén en condiciones de darlo. Este tipo de adopción se consiente, tanto a parejas, como individualmente a personas que resulten ser idóneas.

La regulación prevé que entre el adoptante y el adoptado haya una diferencia mínima de edad de al menos 18 años, pero no establece una diferencia máxima. En los casos del art. 44, I, a), e) y d) se consiente la posibilidad de adoptar, tanto a los cónyuges como a las parejas de hecho. V. en la doctrina GIUSTI, A.: “L’adozione dei minore d’età in casi particolari”, en *Trattato di diritto di famiglia Bonilini*, Utet, Torino, 2016, p. 3945; PASQUALETTO, A.: “L’adozione mite al vaglio della Corte Europea dei diritti dell’uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo”, *NGCC*, 2015, núm. 1, p. 155; FERRANDO, G.: “L’adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive”, *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 679 y ss; COLLURA, G.: “L’adozione in casi particolari”, en *Tratt. dir. fam. Zatti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 951 y ss.; URSO, E.: “L’adozione in casi particolari”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO, G.), Zanichelli, Bologna, 2007, p. 765; GORGONI, M.: “sub art. 4”, en *Commentario alla legge 28 marzo 2001, núm. 149* (coord. por BIANCA-ROSSI CARLEO), en *NLCC*, 2002, pp. 935 y ss.

⁵ Cass. 14 febrero 2011, núm. 3572, en *GC*, 2011, núm. 1, p. 326.

⁶ Entre los pronunciamientos más relevantes al respecto se halla Trib. mínim. Roma 29 octubre 2015, *De Jure*.

reconocimiento de relaciones parentales; f) este último requisito concurre en el supuesto de hecho, ya que, al no hallarse la menor en estado de abandono, no puede ser dada en acogimiento preadoptivo (su madre puede perfectamente ocuparse de ella); g) la menor, en virtud del vínculo estable de convivencia existente entre las dos convivientes, ha desarrollado una relación de tipo parental con esta última, la cual, a través del paradigma de la Ley. núm. 184 de 1983, art. 44, I, d), puede tener reconocimiento jurídico dentro de los límites dictados por el peculiar modelo adoptivo aplicable; h) a este respecto, no hay obstáculos normativos derivados de la ausencia de matrimonio y de la señalada naturaleza de la relación entre la madre de la menor y la conviviente, en cuanto personas del mismo sexo; i) las consideraciones realizadas a propósito de la misma Ley núm. 184 de 1983, art. 57, han permitido constatar que la adopción responde de manera plena al interés preminente de la menor.

La sentencia fue recurrida por el Fiscal de Menores, pero la Corte de Apelación de Roma desestimó el recurso.

El Ministerio Público recurrió en casación, argumentando que en el supuesto enjuiciado no era aplicable la Ley núm. 184 de 1983, art. 44, I, d), en tanto que la regulación de la adopción del art. 44 tiene como finalidad proteger a la infancia maltratada, abandonada y objeto de abusos, mientras que, por el contrario, en el caso litigioso la menor tiene un progenitor legítimo que se ocupa de ella de manera idónea; además, una interpretación de la *conditio legis* de la “imposibilidad constatada de la adopción preadoptivo” que no exigiera la previa existencia de un estado de abandono supondría eludir el límite de la letra b) del mismo art. 44, el cual permite exclusivamente la adopción del hijo del cónyuge y la excluye respecto de parejas heterosexuales no casadas o del mismo sexo.

La Corte de Casación se opone a la interpretación del art. 44 postulada por la recurrente, fundada en la calificación de la “constatada imposibilidad del acogimiento preadoptivo” como una “imposibilidad de hecho”; según tal tesis, el cumplimiento de la condición exige ineludiblemente la preexistencia de una situación de abandono (o de semiabandono) del menor. La Suprema Corte contrapone a la interpretación restrictiva propugnada por el Ministerio Fiscal el sistema normativo nacional y los principios sentados por el Tribunal de Estrasburgo en materia de protección del interés superior (“best interest”) del menor⁷.

Se subraya que, a diferencia de lo que acontece respecto de la adopción legitimadora, el art. 44, I, establece que la comprobación de la existencia de una situación de abandono (art. 8, I) no constituye una condición necesaria para las adopciones en casos particulares, y que tal prescripción de carácter general se aplica a todos los

⁷ El art. 24, II de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea declara: “En todos los actos relativos al niño (...) el interés superior del niño debe ser considerado preminente” y el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos que “toda persona tiene derecho al respeto de la propia vida privada y familiar, del propio domicilio y de la propia correspondencia”. Sobre el *best interest of child*, v., en particular, STEDH (*Grande Chambre*) 16 julio 2014, Hamalainen contra Finlandia.

casos previstos en el mismo art. 44, la), b), c) y d). De hecho, tal norma dispone que “Los menores también pueden ser adoptados cuando no concurren las condiciones del art. 7, I” y el referido precepto establece como condición necesaria para la adopción legitimadora la declaración de idoneidad para ser adoptado, la cual, a su vez, presupone la comprobación de la situación de abandono, tal y como es prescrito por el sucesivo art. 8, I.

Concluye la Casación afirmando que, como consecuencia de los principios expuestos, dado que a la adopción para casos particulares prevista en el art. 44, I, d), pueden acceder tanto personas solteras como parejas de hecho, el examen de los requisitos y de las condiciones legalmente establecidas, bien en abstracto (“la imposibilidad constatada del acogimiento preadoptivo”), bien en concreto (“la búsqueda del interés del menor exigida por el art. 57, I, núm. 2), no puede ser llevada a cabo –ni siquiera de manera indirecta- dando relevancia a la orientación sexual de la demandante y a la consiguiente naturaleza de la relación por ella establecida con su “partner”.

La sentencia de la Corte de Casación ha sido repensada por la jurisprudencia de instancia.

III. ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES (PAREJAS NO CASADAS) EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS.

Analizando la jurisprudencia más reciente de los Tribunales encontramos soluciones diversas respecto de personas no casadas, tanto homosexuales, como heterosexuales

La adopción por parte de las parejas de hecho divide a los Tribunales italianos. La denominada Ley 76/2016 (la llamada ley “Cirinnà”), que ha introducido en Italia la figura de las uniones civiles entre parejas homosexuales con iguales derechos (excepto los de la adopción y acceso a las técnicas de reproducción asistida) y deberes que los de las personas casadas, no ha modificado el art. 44 de la Ley 184/83; y, sin embargo, las normas existentes esconden problemas interpretativos susceptibles de ser resueltos de maneras distintas. En particular, la atención se centra sobre el art. 44, b), relativo a la adopción del hijo del cónyuge, locución que presenta problemas al no referirse a tipos de vínculo distintos al matrimonial, razón por la cual las parejas no casadas buscan apoyo en el art. 44, d), relativo a la adopción en los casos en los que no es posible el acogimiento preadoptivo. Como ya se ha visto, parte de nuestra jurisprudencia ha defendido una interpretación del art. 44, d) que no permite su aplicación cuando no exista un estado de abandono y cuando la pareja no esté casada, cosa que acontece en las homosexuales. Hay que recordar que en Italia, incluso después de la Ley “Cirinnà”, las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio, sino sólo unirse civilmente. Algunos jueces de instancia son escépticos respecto de la posible aplicación del art. 44, d) cuando no hay una situación de abandono del menor. De hecho, la norma encontraría aplicación solamente cuando hubiera una imposibilidad de hecho de acudir al acogimiento preadoptivo, previo a la adopción legitimadora, que se conserva como el cauce

preferente, y no, cuando existiese una imposibilidad de derecho que excluyera *tout court* la adopción. En síntesis, la *ratio* originaria de la norma sería la de permitir esta adopción particular solamente en los casos en que el menor, a pesar de encontrarse en un estado de abandono, no pudiese ser dado en acogimiento preadoptivo con vista a una adopción legitimadora por razón de su edad (es ya un adolescente), su carácter o su personalidad. En el pasado la norma también se ha aplicado en todos los casos en los que el menor había instaurado lazos afectivos con una pareja que no había conseguido obtener la adopción legitimadora, considerándose inoportuno la ruptura de la relación.

La respuesta del Tribunal de Milán ha llegado a través de dos fallos contrarios a esta orientación⁸. La situación de abandono sería un presupuesto imprescindible para dar lugar a la adopción en el caso especial previsto en el art. 44, d); la ley no permite interpretaciones extensivas, que supongan una intromisión en la discrecionalidad legislativa, a pesar de los cambios sociales. Ha de precisarse que los fallos milaneses se refieren a dos casos diversos: uno de ellos concierne a una pareja homosexual que se había sometido a reproducción asistida alumbrando a dos niñas; el otro se refiere a una pareja heterosexual en el que el nuevo compañero pedía adoptar al hijo de la conviviente, concurriendo la circunstancia de que, si bien el padre biológico estaba vivo, no obstante, carecía de cualquier tipo de interés por el niño.

Para los jueces, en el primer caso, los menores no se hallaban en situación de abandono, en cuanto que disfrutaban del cuidado, educación y afecto, tanto de las madres biológicas como de las respectivas compañeras”, razón por la cual la demanda de adopción recíproca debía ser desestimada.

En dicho caso no podía recurrirse al supuesto del art. 44, b), que prevé la adopción del hijo del otro cónyuge, pues se trataba de una pareja de convivientes homosexuales. El Tribunal observa que la locución “cónyuge” del art. 44, b) responde a una concreta finalidad del legislador, basada en la consideración de que sólo el matrimonio supone un vínculo que comporta “la instauración de un marco jurídico en la pareja que también proporciona seguridad al menor”. La ley italiana distingue el vínculo del matrimonio para parejas heterosexuales y el vínculo de las uniones civiles para las parejas homosexuales.

Tampoco en el segundo caso, relativo a una pareja heterosexual, el Tribunal trata de la posible aplicación del caso del 44, d) por imposibilidad de acogimiento preadoptivo. Esta vez el conviviente demandaba la adopción del hijo de la compañera, porque el padre biológico del menor, aunque estaba vivo, nunca se había ocupado del hijo, ni material, ni moralmente. La solución es la misma: faltando la situación de abandono del menor, no es posible acudir a la adopción especial. Según el parecer del Ministerio Público, se podría haber encontrado una

⁸ Trib. Milán 17 octubre 2016, *De Jure* (relativa a una pareja homosexual); Trib. Milán 20 octubre 2016 (relativa a una pareja heterosexual no casada); V. NOCCO, A.: “L’adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell’art. 44 ltt.d) l. 184/1983”, *NGCC*, 2016, pp. 209 y ss. nota a Trib. Minú. Piemonte y Valle d’Aosta 11 septiembre 2015, núm. 258 y 259.

solución planteando una cuestión de inconstitucionalidad del art 44, b) de la Ley 184/83, en relación con el art. 3 de la Constitución en la parte en que limita la posibilidad de llevar a cabo esta adopción, exclusivamente, al cónyuge, y no, al conviviente.

IV. MATERNIDAD SUBROGADA E INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO.

Es interesante una sentencia del Tribunal Penal de Pisa⁹, relativo a un caso de maternidad subrogada.

El Ministerio Fiscal pedía la corrección de los datos registrales de un menor, en el sentido de que se anulara el acta de nacimiento del Ayuntamiento de Pisa con inscripción de la declaración de maternidad y maternidad en favor de dos cónyuges italianos llevada a cabo por las autoridades ucranianas.

Argumentaba esta pretensión afirmando que de la referida acta resultaba que el menor había nacido en Ucrania el 21 de agosto de 2014, mientras que la presunta madre había entrado en el país el 22 de agosto de 2014, esto es, el día siguiente al nacimiento del niño; que los padres habían presentado en la Embajada de Kiev una memoria en la que explicaban que habían recurrido a la maternidad por sustitución, memoria que fue transmitida a la Embajada de Kiev en Italia, donde el acta fue después inscrita.

Los progenitores del menor se opusieron a la corrección, argumentando que el acta había sido hecha correctamente en Ucrania según la ley vigente en ese país y, en consecuencia, era conforme al art. 15, II del DPR 396/2000 de normativa italiana, según el cual la declaración de nacimiento y de fallecimiento acaecidos en relación con ciudadanos italianos son disciplinados por la *lex loci*.

Podrían haberse cometido dos delitos: uno, *ex art.* 567 del Código Penal, que castiga a quien altera el estado civil del recién nacido; otro *ex art.* 12 de la ya mencionada Ley 40/2004, que tipifica el hecho delictivo del recurso a la maternidad subrogada. Sobre este punto, el Tribunal observa que el delito *ex art.* 12, 6, L 40/04 se refiere a la modalidad del nacimiento acaecida, en este caso, en el extranjero, no siendo, sin embargo, el nacido persona ofendida. Distinto es el caso del delito de alteración de estado *ex art.* 567 del Código Penal, eventualmente consumado en razón de la manifiesta violación de la ley ucraniana aplicable (y no, de la italiana).

El Tribunal de Pisa, después de haber observado que el problema de la inscripción del acta de nacimiento del menor nacido en el extranjero debe resolverse a la luz del principio de “orden público internacional”, basado en el concepto del superior interés del niño (“best interest of child”), recogido en la Carta di Niza y en el art. 8 del Convenio de Roma CEDU según interpretación del Tribunal Europeo de

⁹ Trib. Pisa 22 julio 2016, *De Jure*.

Derechos Humanos¹⁰, afirma que el orden público internacional no tiene un contenido fijo y determinado, sino que necesariamente es flexible con el fin de poder ser adaptado a la variedad de casos concretos. Afirma el Tribunal de Pisa que “precisamente el carácter variable del contenido del concepto de “orden público” ha llevado a parte de la doctrina a asimilarlo a la categoría de los “principios válvula”, esto es, a aquellos conceptos presentes en todo ordenamiento jurídico, cuya función consiste en proporcionar una categorización de lo imprevisto, en prestar al derecho una cierta capacidad de adaptación, una cierta flexibilidad, motivo por el cual son considerados válvulas de seguridad de los ordenamientos: el carácter fundamental del orden público es su capacidad de modificación con el desarrollo de la vida política y social, adecuando el ordenamiento a las transformaciones de la sociedad”.

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal se inclina por el *favor affectionis*, privilegiando la relación del menor con el sujeto que realmente provee a su educación con amor y responsabilidad y esto “en primer lugar en virtud del principio de tutela de la infancia, inmanente a nuestro ordenamiento y afirmado por el art. 31, II de la Constitución, en aplicación del cual cada niño tiene derecho a tener progenitores, identificándolos de manera cierta en aquellos que han asumido la iniciativa de procrear, sea natural o artificialmente. A ello no puede oponerse la existencia de la prohibición de la subrogación en el ordenamiento italiano, incluso aunque la misma sea penalmente sancionada, porque la prohibición no puede prevalecer sobre la concreta protección del menor, castigándolo por la violación de la norma cometida por los progenitores en la fase anterior y separada de la técnica reproductiva”.

Por lo demás, es la propia Ley 40, la que después de prohibir la maternidad subrogada en el art. 9, I, excluye la legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación, a quien, a pesar del incumplimiento de la prohibición, haya prestado su consentimiento para practicar esta técnica procreativa. Se trata de una norma que el Tribunal de Pisa considera que es manifestación del principio de “responsabilidad procreativa” o del deber jurídico/moral derivado de la procreación.

¹⁰ Cfr. STEDH (*Grande Chambre*) 16 julio 2014, Hamalainen contra Finlandia; STEDH 11 julio 2008, causa C-195/08 PPU; STEDH 1 julio 2010, Rinau, causa C-211/10 PPU; STEDH 15 julio 2010, Povse, causa C-256/09; STEDH 5 febrero 2002, Purrucker, causa C-255/99; STEDH 17 septiembre 2002, Humer, causa C-413/99; STEDH 19 octubre 2004, Baumbast, causa C-200/02, Chenúm. Con referencia a la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, el Tribunal de Pisa recuerda que “La Corte Constitucional (sentencia núm. 137 de 2009) ha aclarado que la integración del parámetro constitucional representando por el art. 117, I de la Constitución no debe entenderse como una supraordenación jerárquica de las normas del Tratado europeo de derechos humanos – en sí y por sí y, por lo tanto prescindiendo de su función de fuentes interpuestas- respecto de las leyes ordinarias y, mucho menos, respecto de la Constitución”. Por cuanto concierne a las relaciones entre el Tratado europeo de derechos humanos y Derecho comunitario, se afirma que el Tratado es sin duda ajeno al Derecho comunitario, pero fuente inspiradora del mismo y al mismo tiempo “límite” de la acción comunitaria en las materias de competencia comunitaria (contrariamente a lo sostenido sin ninguna duda por la S.C. en sentencia núm. 19405 de 2013)”.

El Tribunal de Pisa afirma que la falta de inscripción, así como la corrección del acta de nacimiento sería lesiva de la identidad personal del nacido.

El juez procede, en consecuencia, a la desestimación de la pretensión del Ministerio Fiscal de que se corrigiera el acta de nacimiento inscrito en Italia respecto al nombre de la madre “social”.

Este pronunciamiento alcanza un particular significado en el tema de que tratamos, porque hace pocos meses en Italia se ha plantado el caso de dos hombres que han podido inscribir el acta de nacimiento de dos gemelas calidad de progenitores de las mismas, habiendo estas nacidas a través de la maternidad subrogada¹¹.

La Corte de Apelación niega que la inscripción del acta de nacimiento, que considera progenitores de dos niños a dos “padres”, sea contraria al orden público, porque el principio de orden público del “best interest of child” solamente puede ser excluido como consecuencia de la aplicación de principios superiores de carácter constitucional, cuando “la regulación positiva de la reproducción asistida (que prohíbe recurrir a la maternidad subrogada) se considera, no ya la expresión de principios fundamentales constitucionalmente obligatorios, sino el punto de equilibrio legislativo actualmente alcanzado en la tutela de diferentes intereses fundamentales que deben ser tomados en consideración”¹².

V. CONCLUSIONES.

La verdad es que las dos orientaciones contrapuestas son consecuencia de una opción política del juez, el cual busca una motivación de las propias decisiones, que pueda constituir una norma para el futuro, más que un juicio sobre el concreto caso contemplado, el cual queda difuminado por vacías declaraciones de principios. Estamos en presencia de una opción política respecto a las técnicas de reproducción asistida que se refiere, tanto a las parejas heterosexuales, como homosexuales. Conscientemente, he referido casos de parejas homosexuales y heterosexuales concernientes a la aplicación de las mismas normas, el art. 44, d) sobre la adopción en casos particulares y la disciplina de la inscripción del acta de nacimiento de menores nacidos en el extranjero prevista el art. 15, II DPR 396/2000; y ello, para evidenciar que el problema se plantea con independencia de la naturaleza homosexual o heterosexual de la relación.

¹¹ C. Apelación Trento 23 febrero 2017, inédita.

¹² Otro caso es el del reconocimiento de la adopción pronunciada en el extranjero. A favor Trib. Florencia 7 marzo 2017, inédita. Sobre este punto, v. LOPES PEGNA, O.: “Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni”, *Riv. int. Dir. proc. civ.*, 2016, p. 725; Sobre el concepto de “best interest of child”, v., en particular, PARKER, S.: “The best interest of the Child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family*, 1994, p. 29; EEKELLAR, J., “The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self determinism”, *in*, 1991, p. 45.

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONNIER, J.: “Comment a S. Court d’Appel Paris 10.4.1959”, en *Dalloz*, 1960.
- COLLURA, G.: “L’adozione in casi particolari”, en *Tratt. dir. fam. Zatti*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DONNIER, L. : “L’intérès de l’enfant”, en *Dalloz*, 1959, *Chronique*.
- EEKELLAR, J.: “The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self determinism”, *International Journal of Law and the Family*, 1991.
- FERRANDO, G.: “L’adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive”, *NGCC*, 2012, núm. 2.
- GIUSTI, A.: “L’adozione dei minore d’età in casi particolari”, en *Trattato di diritto di famiglia Bonilini*, Utet, Torino, 2016.
- GORGONI, M.: “sub art. 4”, en *Commentario alla legge 28 marzo 2001, núm. 149*, coord. Bianca-Rossi Carleo, *NLCC*, 2002.
- LOPES PEGNA, O.: “Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all’estero: vecchie e nuove questioni”, *Riv. int. dir. proc. civ.*, 2016.
- PARKER, S.: “The best interest of the Child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family*, 1994.
- PASQUALETTO, A.: “L’adozione mite al vaglio della Corte Europea dei diritti dell’uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo”, *NGCC*, 2015, núm. 1.
- URSO, E.: “L’adozione in casi particolari”, en *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007.