

Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California.

Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Esther Farnós Amorós

Facultad de Derecho
Universidad Pompeu Fabra

*Abstract**

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735) estima el recurso interpuesto por dos hombres españoles contra el auto del Encargado del Registro Consular español en Los Ángeles, que denegó la inscripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos gestados por una madre subrogada en San Diego. Los posibles efectos de la Resolución, en especial por lo que respecta al “turismo reproductivo”, plantean si es oportuno legalizar la maternidad subrogada en España y, si es así, en qué condiciones. Las soluciones que ofrecen algunos de los ordenamientos que han optado por otorgarle efectos jurídicos pueden servir de pauta al legislador español.

The Resolution of the Spanish “Dirección General de los Registros y del Notariado” (DGRN) of last February 18 (RJ 2009\1735) reverses a previous decision of the Spanish Consular Register in Los Angeles, which prevented two Spanish males from registering in Spain the birth certificates which stated their paternity regarding the twins born from a surrogate mother in San Diego. The risk of “fertility tourism” poses interesting questions, such as if Spain must legalize surrogacy and, if so, in what terms. The solutions offered by some of the systems that confer surrogacy legal effects may set out the guidelines to be adopted by the Spanish legislator.

Title: Registration in Spain of affiliation resulting from access to surrogate motherhood in California. Questions raised by the the Resolution of the “Dirección General de los Registros y del Notariado” of February 18, 2009.

Palabras clave: maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida, filiación, inscripción de los certificados de nacimiento, interés superior del menor, turismo reproductivo

Keywords: surrogate motherhood, assisted reproductive technologies, affiliation, inscription of birth certificates, best interest of the child, fertility tourism

* El trabajo se enmarca en el Proyecto DER2008-01809, “El derecho de filiación ante los conflictos entre identidad biológica y parentalidad social”, dirigido por el Dr. Joan EGEA FERNÁNDEZ, y tiene origen en el seminario celebrado el 21 de mayo de 2009 en el Área de derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra. En el mismo, la Dra. Ana QUIÑONES ESCÁMEZ presentó los aspectos de derecho internacional que plantea la Resolución analizada, que fueron ampliamente tratados en el número 3/2009 de esta revista:

http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf

La autora agradece a los participantes a dicho seminario sus comentarios, y a las doctoras Margarita GARRIGA GORINA y Ana QUIÑONES ESCÁMEZ las observaciones formuladas tras la lectura de un primer borrador de este trabajo.

Sumario

- 1. Antecedentes de hecho de la Resolución**
- 2. La maternidad subrogada**
 - 2.1. Concepto**
 - 2.2. Modalidades**
 - 2.3. Posiciones**
- 3. El “sueño californiano”**
 - 3.1. Admisión jurisprudencial de la maternidad subrogada**
 - 3.2. Acceso**
 - 3.3. Procedimiento para el establecimiento de la filiación**
- 4. Fundamentos de la Resolución de la DGRN**
 - 4.1. El alejamiento del contenido del art. 10 LTRHA**
 - 4.2. Maternidad subrogada y establecimiento de la doble filiación paterna**
 - 4.3. El interés superior de los menores**
- 5. Cuestiones que plantea la Resolución**
 - 5.1. El salto injustificado de la DGRN y el alcance de la Resolución**
 - 5.2. ¿Debe legalizarse la maternidad subrogada en España?**
 - 5.3. Opciones de regulación de la maternidad subrogada**
- 6. Bibliografía**

1. Antecedentes de hecho de la Resolución

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735) estima el recurso interpuesto por dos hombres españoles casados en Valencia en 2005, contra la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles a inscribir los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos nacidos en octubre de 2008 en San Diego, donde fueron gestados por una madre subrogada.

El Encargado del Registro Civil consular había basado la negativa a la inscripción en el art. 10.1 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas reproducción humana asistida* (BOE nº 126, 27.5.2006), que prohíbe la maternidad subrogada en España¹:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”.

Los certificados de nacimiento de los mellizos no contenían referencia alguna al modo cómo fueron gestados, a su filiación materna, ni a cuál de los hombres había aportado el esperma con el que fueron concebidos, y únicamente declaraban su doble paternidad.

2. La maternidad subrogada

2.1. Concepto

El recurso a la maternidad subrogada acostumbra a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para llevar a cabo la gestación a

¹ Después de varios intentos fallidos de adopción internacional y bajo la creencia que por su condición homosexual no se les otorgaría el certificado de idoneidad para adoptar en España, la pareja decidió trasladarse temporalmente a California para hallar una mujer dispuesta a actuar como madre subrogada. Después del nacimiento de los mellizos y ante los obstáculos burocráticos, la pareja permaneció con los menores en EE.UU., pendiente de adquirir un permiso de residencia y a la espera de la decisión de la DGRN. Durante este período, los niños gozaban de la nacionalidad norteamericana. Dicha información ha sido extraída de la entrada de Marta Requejo al blog *Conflict of Laws .net*: “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy”, 29.11.2008: <http://conflictoflaws.net/2008/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy/>

Véase también la entrada de la misma autora, una vez dictada la Resolución de la DGRN: “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)”, 14.3.2009: <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii/> (consultadas el 17.12.2009).

favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

Donde está permitida, la maternidad subrogada se ha utilizado tradicionalmente por parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero por causas congénitas o, como sucede más a menudo, porque le tuvo que ser extirpado en todo o en parte como consecuencia de un cáncer, a partir de una intervención quirúrgica llamada histerectomía. El recurso a la maternidad subrogada también tiene lugar cuando los órganos reproductivos femeninos no son funcionales porque concurre alguna causa de esterilidad o infertilidad que impide concebir o finalizar el proceso de gestación; o bien porque el embarazo está contraindicado por razones médicas. En la actualidad, cada vez es más habitual que recurran a la maternidad subrogada parejas gays e, incluso, hombres solos².

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado (típicamente, en algunos estados norteamericanos), en la práctica se formaliza a partir de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una cantidad en principio dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

2.2. Modalidades

La maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*)³. En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial (en adelante, IA).

Los avances experimentados en las TRA, especialmente a partir de los años noventa, motivaron que la maternidad subrogada gestacional o parcial fuera sustituyendo a la tradicional. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad

² Entre las agencias y centros de reproducción asistida que ofrecen los “servicios” de una madre subrogada, ya las hay que se dirigen a parejas homosexuales y, en particular, a las gays. Este es el caso de *Growing Generations*, con sede en Los Ángeles.

Por lo que respecta al recurso a la maternidad subrogada por hombres solos, en diciembre de 2008 un conocido cantante residente en EE.UU. anunció públicamente que sus hijos mellizos habían sido gestados por una madre subrogada: “Ricky Martin y familia”, *El País*, 11.12.2008:

http://www.elpais.com/articulo/agenda/RICKY/MARTIN/FAMILIA/elpepigen/20081211elpepage_1/Tes/

³ D. Kelly WEISBERG, Susan Frelich APPLETON (2006, pp. 1109-1110).

o parentesco o bien, como sucede en la práctica, una donante anónima. Dado que la maternidad subrogada gestacional o parcial disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada que la IA, como es la fecundación “in vitro” (en adelante, FIV), seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes.

A pesar de las mayores cargas físicas, emocionales y económicas que conlleva la FIV frente a la IA, la mayor incidencia práctica de la maternidad subrogada gestacional o parcial se explica porque permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente. Por otro lado, la inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada conlleva que algunos ordenamientos la vean con más buenos ojos.

2.3. Posiciones

Una de las tesis más invocadas en contra de la validez de los acuerdos de maternidad subrogada es la que considera que los vínculos que se crean durante la gestación y el parto impiden que la candidata a madre subrogada pueda tomar una decisión completamente libre en el momento de firmar el acuerdo. Según esta tesis, la mujer que “ex ante” renuncia al niño que gesta a favor de otra mujer, nunca puede llevar a cabo una decisión plenamente voluntaria e informada. Estos argumentos se encuentran estrechamente vinculados con los que denuncian el carácter objetivizador y no neutro desde un punto de vista de género de los acuerdos de maternidad subrogada, así como su potencial para explotar a las mujeres de razas y clases sociales más desfavorecidas⁴.

Desde posiciones contrarias, se argumenta que considerar ineficaces estos acuerdos no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico. En último término, la anulación de los acuerdos de maternidad subrogada exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres⁵.

En una posición intermedia, hallamos posturas eclécticas que parten de la base que debe otorgarse eficacia a estos acuerdos, siempre que garanticen el derecho de la madre subrogada a cambiar de opinión después del parto. Según esta tesis, la posibilidad que algunas candidatas a madre subrogada no comprendan “ex ante” el alcance real de la renuncia que están llevando a cabo no justifica la prohibición de la práctica, sino que tan

⁴ Véase, en especial, Margaret RADIN (1987; y 1991, pp. 352 y ss.) quien, además, sugiere que en el sistema actual los acuerdos de maternidad subrogada son difícilmente distinguibles de la “venta de bebés”. Más recientemente, véase Vanessa BROWNE- BARBOUR (2004).

⁵ La máxima representante de esta posición es Marjorie Maguire SHULTZ (1990, pp. 370-371 y 378-379; y 2005, pp. 94 y ss.). En el mismo sentido, véanse Malina COLEMAN (1996); Janet L. DOLGIN (1997, pp. 181 y ss.); y Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

sólo es un incentivo para crear las condiciones óptimas que permitan tomar en consideración las posibles asimetrías informativas⁶.

3. El “sueño californiano”

Cada vez es más habitual que parejas españolas que no pueden gestar un hijo, y muy en especial las parejas gays, se desplacen a territorios donde el recurso a la maternidad subrogada es legal. El destino preferido de estas parejas son los EE.UU. y, en particular, California. En proporción a su territorio, California es el estado norteamericano que concentra más centros que anuncian estos “servicios” y agencias que actúan de intermediarias⁷.

3.1. Admisión jurisprudencial de la maternidad subrogada

Desde los años noventa los tribunales californianos han otorgado carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada gestacional o parcial y, en caso de conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente⁸.

⁶ Véase Matthew H. BAUGHMAN (2001, p. 291).

⁷ Jaime PRATS, “Busco madre de alquiler... en el extranjero”, *El País*, 9.11.2008: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Busco/madre/alquiler/extranjero/elpepisc/20081109elpepi_soc_1/Tes

Esta misma tendencia se observa en Francia. Dos casos recientes protagonizados por parejas heterosexuales que recurrieron a una madre subrogada en los estados norteamericanos de California y Minnesota y después pretendieron, sin éxito, inscribir la filiación en Francia, han contribuido a animar el debate ya existente en aquel país. En el primer caso, el 17.12.2008 la *Cour de Cassation*, basada en razones procesales, revocó la sentencia previa de la *Cour of Appeal* de París y denegó el reconocimiento de los certificados de nacimiento, reenviando el caso al tribunal inferior. En el segundo caso, el 26.2.2009 la *Cour of Appeal* de París denegó el reconocimiento de las dos sentencias del tribunal de Minnesota que decretaban, respectivamente, el abandono del nacido por la madre subrogada norteamericana y su adopción por la pareja francesa, lo que condujo a la expedición del certificado de nacimiento por las autoridades de Minnesota. La *Cour* se opuso al reconocimiento de las sentencias norteamericanas en base al carácter de norma de orden público internacional de la prohibición de la maternidad subrogada que contiene el art. 16-7 del *Code civil*. Véase las entradas de Gilles Cuniberti al blog *Conflict of Laws .net*: “American Surrogacy and Parenthood in France: Update”, 7.1.2009

(<http://conflictoflaws.net/2009/american-surrogacy-and-parenthood-in-france-update/>);

y “French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement”, 30.6.2009

(<http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/>)

(consultado el 17.12.2009). Para un análisis de los casos resueltos por los tribunales franceses desde la óptica del derecho internacional privado, me remito a Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 9-12).

⁸ La permisión no es, sin embargo, la regla general en los EE.UU. La cuasi-desregulación de las TRA, unida a su sistema federal, explica la controversia que ha suscitado la maternidad subrogada en aquel país, así como la diversidad de soluciones que ofrecen los estatutos y el *case law*. Casi la mitad de estados norteamericanos cuentan con legislación permisiva, prohibitiva o que otorga ciertos efectos a los acuerdos de maternidad subrogada. Unos diez estados permiten el acceso a la maternidad subrogada, siempre sujeta a regulación. El acceso a la maternidad subrogada por parejas homosexuales está admitido en nueve estados, entre los cuales se encuentra California. Como mínimo diez estados prohíben completamente el acceso a la maternidad subrogada, o lo hacen en determinadas circunstancias a través de los estatutos o del *case law*. Entre los estatutos restrictivos destacan los casos de Kentucky [*Ky. Rev. Stat. Ann.* § 199.590(4)] y Nueva York [*N.Y. Dom. Rel. Law* §§ 121-123], que consideran los acuerdos de maternidad subrogada

Aunque los acuerdos de maternidad subrogada no encuentran reconocimiento legal explícito en aquel estado, su eficacia vinculante está expresamente admitida a partir del precedente *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)].

En el caso, el matrimonio formado por Mark y Crispina Calvert celebró un acuerdo de maternidad subrogada gestacional con Anna Johnson, ya que Crispina se había tenido que someter a una histerectomía que le impedía llevar a cabo la gestación. A cambio de \$10,000 a pagar a plazos (el último, seis semanas después del parto) y de la contratación de un seguro de vida valorado en \$200,000, Anna aceptó que le fuesen implantados los embriones creados a partir del material genético de Mark y Crispina, a quienes se comprometió a entregar el niño después del parto. Anna también renunció a todos sus derechos parentales en favor de Mark y Crispina. Las relaciones entre la pareja y la madre subrogada empezaron a deteriorarse justo después de confirmarse el embarazo, cuando la madre subrogada reclamó a la pareja el pago de las cantidades pendientes, bajo la amenaza de no entregarles el niño. Entonces, la pareja inició un procedimiento judicial dirigido a determinar a su favor la filiación del niño que pudiese nacer. En respuesta, la madre subrogada inició otro procedimiento solicitando que la filiación materna se estableciera a su favor y, como era de prever, tras el parto se negó a entregar al nacido a la pareja comitente.

De acuerdo con las secciones 7003 y 7015 del Código civil californiano entonces aplicable, la maternidad podía determinarse por el hecho del parto y, a partir de la remisión a las normas para la determinación de la paternidad, también por las pruebas genéticas⁹. A pesar de que en el caso la filiación materna podía establecerse tanto a favor de la madre subrogada (la que dio a luz), como de la madre comitente (la que aportó los óvulos), el TS de California estableció la maternidad respecto de esta última, ya que fue ella y no la subrogada quien decidió tener el niño, asumiendo todas las consecuencias: “[S]he who intended to procreate the child –that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own – is the natural mother under Californian law.” (p. 782). El tribunal acabó estableciendo la filiación a favor de los dos miembros de la pareja comitente a partir del recurso a la teoría de la causalidad, ya que sin la voluntad (*intention*) de ambos el nacimiento no hubiera tenido lugar: “(...) They affirmatively intended the birth of the child, and took the steps necessary to effect in vitro fertilization. *But for* their acted-on intention, the child would not exist. (...)” (p. 782). Como afirma el propio TS en la nota 10 de la sentencia, en caso que el niño hubiera sido concebido a partir de óvulos donados la solución legal hubiera sido la misma.

En *In Re Marriage of Buzzanca* [72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 4th 1998)] el tribunal de apelaciones de California también estableció la filiación del nacido a favor de la pareja comitente, a partir de la línea que considera preferente la voluntad de los “padres intencionales”. A diferencia de *Johnson*, en *In Re Marriage of Buzzanca* ninguno de los

contrarios al interés público (*public policy*) del estado y, por lo tanto, nulos. En esta línea, en *McDonald v. McDonald* [608 N.Y.S.2d 447 (App. Div. 1994)] el TS de Nueva York declaró la filiación materna respecto de la madre subrogada, que ni tan sólo era la madre genética. En algunos de los estados restrictivos, las agencias ofrecen “legalizar” los acuerdos de maternidad subrogada a través de la adopción. Este es, por ejemplo, el caso de Kentucky: <http://www.babies-by-levin.com> (consultado el 27.11.2009). En el resto de estados la validez de los acuerdos de maternidad subrogada es incierta.

⁹ En la actualidad, las reglas son las mismas, por aplicación de la sección 7610 (a) del *California Family Code* (en adelante, *Cal. Fam. Code*), que a su vez remite a las normas para la determinación de la paternidad (sec. 7550 *Cal. Fam. Code*).

miembros de la pareja comitente había aportado los gametos para la creación del embrión que fue implantado a la madre subrogada.

El caso tiene su origen en la demanda de divorcio interpuesta por el marido justo antes del nacimiento de un niño gestado por una madre subrogada. La esposa reconvino solicitando una pensión a favor del “hijo del matrimonio”. El tribunal de apelaciones de California revocó la decisión del tribunal inferior, que había considerado indeterminada la filiación del menor, y estableció la filiación a favor de los esposos en base a su papel (*initiating role*) en su concepción y posterior nacimiento, ya que ambos habían aceptado voluntariamente las oportunas responsabilidades. El tribunal otorgó la custodia del nacido a la madre comitente y obligó al padre comitente al pago de una pensión alimenticia al menor (p. 293).

A partir del precedente *In Re Baby M*, resuelto por el TS de Nueva Jersey en 1988, la maternidad subrogada tradicional o plena no ha recibido la misma respuesta favorable¹⁰. Incluso los tribunales más liberales se han mostrado reacios a ejecutar estos acuerdos cuando la madre subrogada, que es también madre genética, cambia de opinión y se opone a entregar al recién nacido a la pareja comitente después del parto. El tribunal de apelaciones de California ha mantenido esta misma posición cuando el conflicto se ha planteado entre los miembros de la pareja comitente, con ocasión de la ruptura.

In re Marriage of Moschetta [25 Cal.App.4th 1218 (1994)] resuelve una demanda de divorcio interpuesta por Cynthia Moschetta, en la que solicitaba que se estableciera a su favor la filiación materna de la niña nacida durante el matrimonio, y concebida a partir de los óvulos de la madre subrogada y espermatozoides del entonces marido de la demandante. El tribunal de apelaciones de California declaró padres de la menor al marido de Cynthia Moschetta y a la madre subrogada,

¹⁰ En *In Re Baby M* [537 a.2d 1227 (N.J. 1988)] la madre subrogada, que había sido inseminada con espermatozoides del marido de la pareja comitente, se negó a entregar a la niña después del parto. El TS de Nueva Jersey consideró que el acuerdo previo era contrario al interés público (*public policy*) del estado, y declaró padres de la menor a la madre subrogada y al marido de la madre comitente (p. 1264). Ahora bien, en base al interés de la menor, el Tribunal otorgó la custodia de la niña a la pareja comitente, y atribuyó a la madre subrogada un régimen de visitas susceptible de ampliación. El pasado 23.12.2009 un Tribunal superior de Nueva Jersey (Hudson County) confirmó *Baby M.* y dio un paso más allá al resolver *A.G.R. v. D.R.H. & S.H.* (FD-09-1838-07). En el caso, la pareja gay formada por D.R. y S.H. recurrió a la hermana del primero para que gestase los embriones creados con espermatozoides del último y óvulos de donante anónima. Antes de la transferencia de los embriones, las partes firmaron varios acuerdos por los cuales la mujer que había aportado los óvulos renunciaba a la maternidad que pudiese resultar, y la madre subrogada renunciaba a obtener asesoramiento legal y consentía a la maternidad subrogada y a la adopción por parte de D.R. de los niños que pudiesen nacer. Unos meses después del nacimiento de mellizas en octubre de 2006, la madre subrogada dejó de visitar a las menores e inició una acción judicial reclamando que se estableciera la filiación a su favor. A pesar de las diferencias sustanciales con *Baby M.*, puesto que en el nuevo caso los óvulos no procedían de la madre subrogada y no quedó acreditado si ésta recibió compensación alguna, el tribunal confirmó el precedente declarando contrarios al interés público del estado los acuerdos de maternidad subrogada, entre otras razones por su potencial devastador hacia las mujeres (p. 5). En consecuencia, el tribunal declaró la paternidad de las menores respecto del hombre que aportó el espermatozoides, y la maternidad respecto de la gestante. Sentencia disponible en: http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf (consultado el 28.1.2010). Para una crítica a la aplicación de *Baby M.*, en especial por los perjuicios de género que comporta la asunción de la primacía del vínculo gestacional entre madre y hijo, véase Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

quien también se había personado en el procedimiento reclamando el establecimiento de la maternidad a su favor. Cynthia Moschetta sólo obtuvo derechos de visita.

3.2. Acceso a la maternidad subrogada

El desarrollo experimentado por las TRA a partir de los años noventa, además de la consiguiente generalización del acceso a las mismas, ha sido especialmente relevante en los EE.UU.¹¹. La cuasi-desregulación de las TRA imperante en aquel país, unida a las respuestas heterogéneas que ofrecen los diferentes estados a la maternidad subrogada, explica el crecimiento que han experimentado los acuerdos comerciales de maternidad subrogada gestacional y el papel de las agencias mediadoras, muchas de las cuales anuncian estos acuerdos por Internet para atraer a potenciales “clientes”.

En los ordenamientos que otorgan eficacia jurídica a los acuerdos de maternidad subrogada a partir de sus estatutos o, como sucede en California, del *case law*, el individuo o la pareja comitente paga a la madre subrogada y a la agencia un precio que normalmente supera con creces lo que se considera “compensación razonable” por los gastos derivados de la gestación, que en teoría sólo deberían ser los básicos, ya sean médicos, legales o psicológicos¹². Así, cada vez son más las agencias norteamericanas que cobran entre \$35,000 y \$100,000, de los cuales la madre subrogada acostumbra a percibir una cuarta parte¹³. Además de estas cantidades fijas, muchos acuerdos de maternidad subrogada contienen cláusulas adicionales por las cuales la madre subrogada debe recibir una cantidad adicional de \$500 si no queda embarazada durante un ciclo de TRA, o en caso que deba practicársele una cesárea¹⁴.

En los estados que otorgan efectos jurídicos a los acuerdos de maternidad subrogada, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud *on-line* en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios. Posteriormente, las parejas comitentes asisten a una primera reunión informativa de unos noventa minutos con los responsables del centro o agencia,

¹¹ INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES (ICMART), “World Collaborative Report on Assisted Reproductive Technology, 2002”, *Human Reproduction*, Vol.24, No.9, 2009, pp. 2310-2320, en p. 2314: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/24/9/2310> (consultado el 30.11.2009).

¹² Katherine DRABIAK, Carole WEGNER, Valita FREDLAND, and Paul R. HELFT (2007).

¹³ Véase Vanessa S. BROWNE- BARBOUR (2004). En unos \$20,000 cifra Joanna L. GROSSMAN la compensación a la madre subrogada (2010, *Part Two*). En la India, donde la práctica no está regulada, sino que es meramente tolerada, los costes de acceso son sustancialmente inferiores y las parejas interesadas se ahorran los trámites burocráticos que deberían seguir en los países desarrollados que la permiten: “Crece el número de parejas británicas que recurren a madres de alquiler indias para tener hijos”, *La Vanguardia*, 6.5.2009: <http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20090506/53696980375/crece-el-numero-de-parejas-britanicas-que-recurren-a-madres-de-alquiler-indias-para-tener-hijos-esta.html>

¹⁴ Fuente: *Surrogate Mothers Online, LLC* (<http://www.surromomsonline.com/articles/gcontract.html>). (Consultado el 28.12.2009).

que concluye con la firma de un acuerdo por el que estos últimos se comprometen a hallar una candidata idónea. Durante las ocho semanas siguientes a la firma del acuerdo entre la pareja comitente y el centro o agencia, ésta inicia la búsqueda de la madre subrogada y remite a la pareja comitente los perfiles de las posibles candidatas. Acto seguido, tiene lugar una reunión entre la candidata o candidatas a madre subrogada seleccionadas y la pareja comitente, que conducirá a la selección definitiva de la madre subrogada, a la firma de un nuevo acuerdo entre ésta y la pareja comitente y, a ser posible, a una nueva reunión para escoger conjuntamente la TRA más indicada¹⁵.

A continuación, la candidata a madre subrogada se somete a una revisión médica que incluye pruebas físicas y psicológicas. En algunos casos, la pareja comitente y la de la madre subrogada también se deben someter a esta revisión, con el fin de evitar la transmisión de enfermedades al niño y para tratar de garantizar al máximo su idoneidad como padres.

Concluida esta fase previa, se inicia el proceso dirigido a lograr un embarazo, que durará más o menos en función de la TRA seleccionada y de los ciclos de tratamiento necesarios hasta obtenerlo. Una vez embarazada, la madre subrogada acostumbra a reunirse de nuevo con la pareja comitente. Si bien estos encuentros o tomas de contacto no son obligatorios, la mayoría de las agencias recomiendan a las partes que se reúnan como mínimo cuatro veces durante el embarazo para consensuar al máximo la relación que quieren mantener después del nacimiento. La mayoría de agencias aconsejan que la pareja comitente asista a las revisiones médicas de la madre subrogada durante el embarazo y, a partir del primer trimestre, impulsan el contacto semanal con la madre subrogada. Según las propias agencias, el fomento de las relaciones personales entre las partes, conocido como “open surrogacy”, responde a las finalidades altruistas que, *teóricamente*, persiguen los acuerdos de maternidad subrogada¹⁶.

3.3. Procedimiento para el establecimiento de la filiación

El reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático, sino que requiere que una vez

¹⁵ En este proceso, que se conoce como “matching”, las agencias asignan a las parejas interesadas la candidata más idónea, a través de tests de personalidad que intentan garantizar la máxima compatibilidad entre ambas partes. Por este motivo, todas las partes deben someterse a una exploración previa en la que, de forma similar a lo que sucede mediante los *home studies* en el caso de la adopción, las agencias intentan indagar todo lo posible sobre la vida privada de ambas partes y, en particular, sobre su estilo de vida y estado de salud. La mayoría de las agencias exigen que la madre subrogada tenga entre 18 y 35 años (aunque la edad idónea se sitúa entre los 21 y 28 años); que no cuente con antecedentes penales; que, como mínimo, ya haya estado embarazada en una ocasión; que esté casada o viva en pareja; que tenga el apoyo de su pareja; y, *teóricamente*, que acceda a la maternidad subrogada motivada por fines altruistas.

¹⁶ Algunas de las páginas de Internet que hacen público este proceso son:
<http://www.circlesurrogacy.com/process.html>; http://www.growinggenerations.com/pages/gg_sp_ove_rview; <http://www.conceptualoptions.com/surrogacy.htm>;
<http://ssa-agency.com/index.cfm?menuitemid=107> (consultadas el 4.12.2009).

celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code* (en adelante, *Cal. Fam. Code*), dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (sec. 7633 *Cal. Fam. Code*). El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada¹⁷.

El procedimiento, que se acostumbra a iniciar durante el segundo trimestre de gestación, se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad de acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido.

Cuando quien recurre a la maternidad subrogada es una pareja gay, la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado, uno en la casilla “father” y el otro en la de “mother”, o bien que conste el término más neutro “parent” delante de cada nombre. Si, como es cada vez más habitual, las parejas acceden a la maternidad subrogada en California porque en su ordenamiento originario el acceso a la maternidad subrogada es ilegal, es aconsejable que después del nacimiento el padre no biológico complete un procedimiento de adopción. De lo contrario, como sucedió en los hechos que dan lugar a la Resolución de la DGRN de 18.2.2009, el Consulado puede oponerse a inscribir la filiación del nacido a favor de los dos hombres¹⁸.

4. Fundamentos de la Resolución de la DGRN

4.1. El alejamiento del contenido del art. 10 LTRHA

¹⁷ De lo contrario, entraría en juego la presunción de paternidad matrimonial que opera en la mayoría de ordenamientos. Según la sección 7611 del *Cal. Fam. Code*, “A man is presumed to be the natural father of a child if he meets the conditions provided in Chapter 1 (commencing with Section 7540) or Chapter 3 (commencing with Section 7570) of Part 2 or in any of the following subdivisions:

(a) *He and the child's natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage, or within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce, or after a judgment of separation is entered by a court (...)*”.

¹⁸ Fuente: <http://www.nationalfertilitylaw.com/surrogacy-agreement-faqs.htm> (consultado el 28.12.2009).

La DGRN estima el recurso de la pareja promotora contra el auto del Encargado del Registro Consular y acuerda la inscripción del nacimiento y la doble filiación paterna en el Registro Civil consular. Al haberse determinado la filiación de los menores en otro país, la DGRN considera inaplicable al caso el art. 10 LTRHA y se centra en determinar si la filiación establecida en virtud de certificado registral extranjero puede acceder al Registro Civil (FJ 3º).

Dejando a un lado los aspectos de derecho internacional privado que plantea la Resolución, en particular los relativos a la metodología idónea para resolver estos conflictos¹⁹, la DGRN recurre a varios argumentos de justicia material que, desde su punto de vista, en el caso justifican el alejamiento del contenido del art. 10 LTRHA e impiden que opere la prohibición de la maternidad subrogada que contiene el apartado primero del artículo.

4.2. Maternidad subrogada y establecimiento de la doble filiación paterna

La Resolución de la DGRN fundamenta el reconocimiento de la doble filiación paterna en las normas que, en sede de filiación adoptiva o derivada de fecundación asistida, ya admiten la doble paternidad o maternidad en el derecho español.

Así, la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (BOE nº 157, de 2.7.2005), al legalizar el matrimonio homosexual extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas y, con ella, la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o de dos mujeres.

A nivel autonómico, aunque la Resolución no lo menciona porque los hechos dejan entrever que el derecho aplicable al caso no era el de una Comunidad Autónoma con derecho civil propio, algunas Leyes ya venían otorgando esta posibilidad a las parejas homosexuales no casadas. La primera ley autonómica en autorizar la adopción conjunta por parejas homosexuales fue la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra* (BON nº 82, 7.7.2000); seguida de la *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco* (BOPV nº 2003100, 23.5.2003); la *Ley 2/2004, de 3 mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón* (BOA nº 54, 12.5.2004); la Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, de modificación del Código de Familia, la Ley de Uniones estables y el Código de Sucesiones (DOGC nº 4366, 19.4.2005); y, finalmente, la *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria* (BOC nº 98, 24.5.2005).

En el contexto de la filiación derivada de fecundación asistida, a partir del mayor reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, legislaciones como la española han empezado a admitir la posibilidad de establecer la doble filiación materna a favor de la madre gestacional y de otra mujer. En España, esta posibilidad fue introducida por la Disposición Adicional 1ª de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* (BOE nº 65, 16.3.2007), a partir de la adición de un

¹⁹ Cuestiones ampliamente tratadas por Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2009).

tercer apartado al artículo 7 de la LTRHA. Desde entonces, el precepto permite que una mujer consienta ante el Registro Civil a la filiación que pueda resultar de la práctica de TRA a su *esposa*:

“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Incorporado este último extremo en el derecho español vigente, la DGRN considera que la inadmisión de la doble paternidad que deriva de la prohibición de la maternidad subrogada (art. 10.1 LTRHA) puede constituir una discriminación proscrita por el art. 14 CE:

“(…) no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la CE (…)” (FJ 5º, II).

4.3. El interés superior de los menores

El interés superior de los menores es el argumento principal al que recurre la DGRN para otorgar efectos a una institución, la maternidad subrogada, prohibida en España por el art. 10.1 LTRHA. Puesto que en el certificado registral no constaba que los mellizos habían sido concebidos a partir del recurso a la maternidad subrogada, ni tan sólo su filiación materna, la alternativa era dejar sin filiación inscrita en el Registro Civil a unos menores que ya se hallaban en territorio español (FJ 5º, VII).

A pesar de lo anterior, la propia Resolución advierte de que la cuestión de fondo no es la relativa a la filiación de los menores, sino al reconocimiento de la eficacia probatoria de los certificados registrales extranjeros. Los certificados californianos que declaraban la doble filiación paterna de los menores no son sentencias judiciales que causan estado de cosa juzgada y, por lo tanto, una vez inscritos en el Registro Civil español son impugnables ante los tribunales de este país por la vía ordinaria, en los plazos previstos para las acciones de filiación correspondientes:

“(…) cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. (…)” (FJ 5º, VII).

De este modo, la madre subrogada estaría en principio legitimada para reclamar ante los tribunales españoles el establecimiento de la filiación materna respecto de los menores (art. 133.1º CC)²⁰. En caso que la acción prosperase, la filiación de los menores quedaría

²⁰ “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida. (…)” La madre subrogada estaría legitimada para ejercer la

establecida legalmente respeto de tres personas. Este efecto, anómalo de acuerdo con el derecho vigente, no dejaría de ser una consecuencia más de la cuestionable admisión previa de la inscripción registral de la doble filiación paterna de los menores.

5. Cuestiones que plantea la Resolución

5.1. El salto injustificado de la DGRN y el alcance de la Resolución

La conclusión por la que la DGRN considera que la prohibición de la maternidad subrogada en el ordenamiento español (art. 10.1 LTRHA) puede discriminar a las parejas de dos hombres es verdaderamente discutible. Con independencia de argumentos basados en el interés de los menores, el salto cualitativo que da la DGRN requiere mayor justificación. La equiparación con las parejas de dos mujeres para considerar discriminatorio que una pareja de dos hombres que recurre a la maternidad subrogada no pueda ver declarada su doble filiación paterna respecto del niño o niños que puedan nacer es, como mínimo, controvertida, ya que por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Al tener la diferencia una base biológica, en principio estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres. Pero es más, afirmar que la nulidad de los acuerdos de maternidad subrogada en España discrimina a las parejas de dos hombres implica asumir que al art. 10 LTRHA es inconstitucional, y no lo es²¹.

Dado que según la propia DGRN el reconocimiento de la doble filiación paterna de los mellizos gestados por una madre subrogada pretende preservar el interés de unos menores que ya se encontraban en territorio español, puede afirmarse que la DGRN se limita a hacer justicia del caso concreto. En ausencia de una reforma legislativa del art. 10 LTRHA, la Resolución sólo puede ser leída en este sentido. Ahora bien, una vez dictada la Resolución y mientras esta reforma no se produzca, sí que podrá plantearse si es discriminatorio denegar a otros ciudadanos españoles la inscripción en España de la filiación de un niño o niños gestados por una madre subrogada en el extranjero.

5.2. ¿Debe legalizarse la maternidad subrogada en España?

acción de reclamación, ya que aunque el primer inciso del art. 133 CC sólo legitima al hijo para ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial durante toda su vida *cuando falta la posesión de estado*, el precepto fue declarado inconstitucional por el Pleno del TC en las sentencias 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273), y 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006/52). El primer inciso del art. 133 CC no fue anulado y aún se encuentra pendiente de una actuación legislativa que regule la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de inexistencia de posesión de estado.

²¹ En este mismo sentido, véase Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009, pp. 1-2).

Contrariamente a lo que se desprende de la DGRN, la verdadera cuestión que interesa para la resolución del fondo del asunto no es si un niño puede tener dos padres o dos madres, cuestión ya resuelta en España, sino el alcance del art. 10 LTRHA.

Al huir de la rigidez del art. 10.1 LTRHA, la DGRN ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, que puede fomentar el desplazamiento masivo de ciudadanos españoles hacia países que permiten la maternidad subrogada. En último término, la situación creada por la DGRN genera inseguridad jurídica respecto de los menores nacidos en el extranjero a partir del recurso a una madre subrogada, que pueden ver como su filiación determinada en un ordenamiento resulta ineficaz en otro ordenamiento. La situación de incertidumbre generada por la Resolución de 18.2.2009 exige, como mínimo, una reflexión pública sobre el vigente art. 10 LTRHA²².

Pese al alcance limitado de la Resolución, la misma permite constatar las consecuencias de prohibir una práctica a la cual los ciudadanos españoles ya tienen acceso a partir del llamado “turismo reproductivo”²³. Desde este punto de vista, la Resolución constituye un buen pretexto para poner sobre la mesa la necesidad de modificar la regulación de la maternidad subrogada en España.

Al admitir la eficacia de la maternidad subrogada en España, la Resolución exige un debate sobre la conveniencia de mantener la prohibición del art. 10.1 LTRHA, en la línea del que ya se planteó en la vecina Francia con ocasión de la reforma de las Leyes sobre bioética iniciada con la *Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique* (JORF n° 182 7.8.2004).

²² La maternidad subrogada fue debatida en España antes de que se aprobara la LTRHA, aunque entonces el Ministerio de Sanidad optó para dejar el asunto tal como estaba en la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA)*. El resultado es un art. 10 LTRHA idéntico al derogado art. 10 LTRA, con la única excepción que el ahora vigente incorpora la rúbrica “Gestación por substitución”. Probablemente, lo que más influyó a mantener el mismo estado de cosas no fueron los dilemas éticos que plantea la maternidad subrogada, sino la falta de voluntad para regular los eventuales conflictos que podrían surgir entre la madre subrogada y la pareja comitente. Así se desprende de las declaraciones de Montse Boada, entonces miembro de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA)*: “Busco madre de alquiler...”, *cit.* El artículo citado apuntaba que a finales de 2008 esta cuestión no se encontraba en la agenda del Ministerio de Sanidad. Más de un año después, parece que tampoco se encuentra ahí...

²³ El turismo reproductivo (“fertility tourism”) tiene lugar cuando individuos o parejas infértiles viajan al extranjero para obtener tratamiento contra la infertilidad, aunque también puede darse en sentido inverso, cuando los individuos infértiles logran importar los terceros necesarios para el tratamiento de la infertilidad. En cualquier caso, la definición es difícil de armonizar con la idea de “turismo” como un viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador. A menudo, el turismo reproductivo resulta de la aprobación de leyes restrictivas en materia de fecundación asistida, lo que puede conducir a la explotación de mujeres de los ordenamientos más permisivos. En último término, se afirma que el turismo reproductivo actúa como una válvula de seguridad moral, ya que permite que los parlamentos nacionales expresen los sentimientos locales, reconociendo al mismo tiempo la autonomía moral de los individuos que no están de acuerdo con dicha legislación: Richard STORROW (2006, pp. 300 y 305).

En Francia, el art. 16-7 del *Code civil*, introducido por la *Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* (JORF 30.7.1994), prohíbe expresamente la maternidad subrogada²⁴. De acuerdo con el art. 16-9 del *Code*, la regla es imperativa (de *ordre public*), aunque el precepto nada menciona sobre su imperatividad a nivel internacional²⁵. La prohibición se completa por el art. 227-12 del *Code pénal*, relativo al delito de simulación de parto y alteración del estado civil, que sanciona la maternidad subrogada con un año de prisión y multa de 15.000 €. Cuando el delito obedece a fines comerciales, se prevé el doble de pena²⁶.

En 2008 un grupo de trabajo del Senado constituido para el estudio de la maternidad subrogada se pronunció a favor de otorgarle efectos jurídicos, siempre que se limitara a las parejas infértiles. La *Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques* opuso, entre otras cuestiones, las dificultades para garantizar su carácter altruista. Dentro del mismo proceso de reforma de las Leyes francesas sobre bioética, en mayo de 2009 el Consejo de estado informó que se mantendría la prohibición de la maternidad subrogada, siempre que el mantenimiento del *statu quo* no perjudicara la situación jurídica de los nacidos a partir del recurso a la maternidad subrogada en el extranjero²⁷.

5.3. Opciones de regulación de la maternidad subrogada

A pesar de que pueda parecer lo contrario, la mayoría de acuerdos de maternidad subrogada no son problemáticos en la práctica²⁸. Ahora bien, la controversia es evidente cuando surge un conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada. En este momento resulta necesario determinar a favor de quien debe establecerse la filiación

²⁴ "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle."

²⁵ "Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public."

²⁶ "Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines."

²⁷ Por ello se afirma que, a pesar de seguir siendo ilegal, la práctica quizá ya ha dejado de ser contraria al orden público francés. Véase la entrada de Gilles Cuniberti al blog *Conflict of Laws .net*: "Flying to California to Bypass the French Ban on Surrogacy", 5.11.2007

(<http://conflictoflaws.net/2007/flying-to-california-to-bypass-the-french-ban-on-surrogacy/>).

(Consultado el 17.12.2009).

²⁸ De acuerdo con datos de la *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM), desde el año 2003 se calcula que en los EE.UU. nacen 600 bebés al año de madres subrogadas. Asimismo, varios estudios realizados en mujeres que han actuado como tales concluyen que normalmente su valoración de la experiencia es positiva: Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

del nacido, cuestión de fondo en el debate sobre la conveniencia de legalizar la maternidad subrogada²⁹.

Al responder la cuestión anterior podría plantearse la oportunidad (atrevida, de acuerdo con las reglas sobre filiación que rigen en la mayoría de ordenamientos) que la filiación del nacido se estableciera a favor de más de dos personas; que se estableciera a favor de los miembros de la pareja comitente, otorgando a la madre subrogada derechos de relación personal con el menor; como sucede con la adopción, que la madre subrogada contara con un plazo después del parto para expresar su voluntad³⁰; o, simplemente, invalidar estos acuerdos en caso que cualquiera de las partes cambiara de opinión después del parto.

En EE.UU., algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme mantienen un esquema similar al de la adopción para otorgar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada.

En una línea permisiva, aunque contraria a los acuerdos comerciales de maternidad subrogada, los *Florida Statutes* regulan los llamados “acuerdos previos de adopción” o *preplanned adoption agreements* (*Fla. Stat.* § 63.213)³¹. Los estatutos permiten legalizar los acuerdos gestacionales formalizados por escrito que han sido aprobados judicialmente. Aunque la madre subrogada puede cambiar de opinión durante las 48 h. posteriores al parto, este derecho es renunciabile “ex ante”³².

En la línea de Florida, las secciones 801 a 809 de la *Uniform Parentage Act* (2000), adoptada a fecha de hoy por nueve estados, regulan los acuerdos de maternidad subrogada gestacional (*gestational*

²⁹ De acuerdo con un informe del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa (CDBI), el más reciente y amplio disponible hasta ahora en la materia, en veintisiete ordenamientos la regla era que en caso de conflicto de intereses entre la madre comitente y la madre subrogada, la filiación materna debía establecerse a favor de la segunda, en base al principio del derecho romano según el cual la maternidad biológica es siempre cierta, ya que la propia naturaleza la hace pública tanto por el embarazo que la anuncia, como por el parto que la confirma. Sólo algunos estados de los EE.UU. permitían establecer la filiación materna a favor de la madre comitente, si ésta era también madre genética. Véase CDBI, *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo. Comparative Study on the Situation in 39 States – Cloning. Comparative Study on the Situation in 44 States*, Strasbourg, 4 June 1998, pp. 1-222: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-INF\(98\)8PMA.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-INF(98)8PMA.pdf) (consultado el 1.12.2009).

³⁰ De acuerdo con el art. 5.5 de la *Convención Europea sobre la adopción de niños (CE)*, revisada a 27.11.2008, la madre no puede asentir hasta que hayan transcurrido seis semanas del parto de acuerdo con la Ley aplicable. Si ninguna Ley lo dispone, el plazo para el asentimiento será el que la autoridad competente considere oportuno para que la madre se recupere del parto.

³¹ La actitud reticente de estados como Florida hacia los acuerdos *comerciales* de maternidad subrogada gestacional contrasta con la actitud más abierta que mantienen otros estados norteamericanos, entre los que destaca el caso de Illinois. Su *Gestational Surrogacy Act* (2004) permite compensar a la madre subrogada más allá de los gastos razonables en los que pueda incurrir, siempre que la cantidad se deposite ante un agente independiente antes del inicio de las TRA (750 ILCS 47/25). Para que el acuerdo despliegue efectos, los padres intencionales y la madre subrogada deben cumplir las condiciones de idoneidad especificadas en el apartado 750 ILCS 47/20, entre las cuales destaca la exigencia de que los padres intencionales acrediten su infertilidad o una causa médica suficiente.

³² Los acuerdos previos de adopción constituyen una excepción a la regla general del estado de Florida, que considera nulos y contrarios al interés público del estado los acuerdos que atribuyen derechos parentales respecto de niños no nacidos [*Fla. Stat.* § 63.212(1)(h)].

agreements)³³. La eficacia vinculante del acuerdo formalizado por escrito entre la pareja comitente y la madre subrogada, así como con su marido si está casada, depende de su aprobación judicial. Si lo considera necesario, la autoridad judicial debe valorar la idoneidad de la pareja comitente, a partir de un mecanismo similar a los *home studies* que se llevan a cabo en los procesos de adopción. Una vez aprobado judicialmente, el acuerdo sólo se puede revocar antes del embarazo. El reconocimiento de la filiación que deriva no es automático, sino que la pareja comitente debe comunicar el nacimiento al tribunal, que debe confirmar la orden judicial previa estableciendo la filiación del nacido a su favor.

A partir de la Ley 5746 – 1996 Israel cuenta con uno de los sistemas más sofisticados de acceso a la maternidad subrogada, basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, previa acreditación por un Comité gubernamental que el acuerdo es válido y que las partes cumplen los requisitos subjetivos que fija la Ley³⁴.

La Ley sólo permite acceder a la maternidad subrogada gestacional, de modo que los embriones que deben ser transferidos a la madre subrogada deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente, ya que de lo contrario el hijo se consideraría “ilegítimo”. El Comité que aprueba el acuerdo de maternidad subrogada se compone de dos ginecólogos, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un representante de la religión de las partes, y un jurista. La madre comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación, y la candidata a madre subrogada debe tener entre 22 y 40 años y, a lo sumo, haber experimentado dos cesáreas y cinco partos. Por lo que respecta a las condiciones económicas, la pareja comitente sólo puede compensar a la madre subrogada los gastos habituales o los derivados de su inactividad durante el embarazo (lucro cesante), y concertar un seguro de vida a su favor que comprenda el período del tratamiento, el embarazo y los tres meses posteriores al parto³⁵. Tanto la pareja comitente como la madre subrogada deben ser mayores de edad y haber recibido asesoramiento profesional adecuado antes de firmar el acuerdo. Otras de las condiciones que deben observar estos acuerdos obedecen al carácter confesional del estado de Israel. Así, la maternidad subrogada se restringe a las parejas casadas, que en Israel sólo pueden ser las heterosexuales; la madre subrogada debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera; la madre

³³ La UPA (2000), revisada en 2002, ha sido adoptada en Alabama, Delaware, Nuevo México, Dakota del Norte, Oklahoma, Texas, Utah, Washington y Wyoming. Próximamente se prevé su adopción en Colorado. Véase la página de la Conferencia de derecho uniforme de los EE.UU: www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upa.asp (consultada el 4.12.2009).

³⁴ Con la Ley 5746 – 1996 Israel se convirtió en un de los primeros países en sancionar legalmente los acuerdos de maternidad subrogada y la posible filiación resultante. Pese a la atención que inicialmente despertó la Ley, entre 1996 y 2002 sólo se cursaron 100 solicitudes de maternidad subrogada, de las cuales el Comité gubernamental autorizó 80, y nacieron 40 bebés: véase Ruth LANDAU (2004, p. 139). Aunque el recurso a la maternidad subrogada no fue legal en Israel hasta 1996, los acuerdos de maternidad subrogada no son del todo extraños en la tradición judía. Así, Sara, esposa de Abraham, recorrió a Hagar, y Raquel, esposa de Jacob, a Bilhah: véase Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI (1997, p. 158). En la actualidad, Israel es el país que registra unas tasas más elevadas de acceso a las TRA y, muy en particular, a la FIV. Esta situación se explica por las políticas pronatalistas y potenciadoras de los valores familiares judíos y por el discurso político de las amenazas demográficas después del Holocausto, y se ve fomentada por un sistema de salud pública que garantiza a sus ciudadanos el acceso casi ilimitado a las TRA. Véase Carmel SHALEV and Sigal GOOLDIN (2006); D. Kelly WEISBERG (2005, pp. 64-92); Ruth LANDAU (2004, pp. 129-147); y Rhona SCHUZ (1998, p. 239).

³⁵ Entre 1996, año de entrada en vigor de la Ley, y 2002, la “compensación” básica a la madre subrogada se situaba alrededor de los \$25,000: Ruth LANDAU (2004, p. 139).

subrogada y la pareja comitente no pueden estar unidas por ningún vínculo familiar; y todas las partes deben profesar la religión judía.

Dado que en Israel la filiación materna se determina por el parto, después del nacimiento la pareja comitente solicita una orden judicial de adopción, con independencia que ya tenga el menor en su compañía y ejerza las responsabilidades parentales respecto del mismo. Mientras no se completa el procedimiento, el menor se encuentra bajo la tutela del estado, cuyos organismos tutelares pueden impedir la adopción por la pareja comitente si acreditan que ello perjudica el interés del menor. Esta circunstancia puede ser relevante si después del parto la madre subrogada se opone a entregar al nacido a la pareja comitente.

Más allá de soluciones basadas en la valoración de la idoneidad de las partes con carácter previo a la adopción, otra alternativa para establecer la filiación a favor de la pareja comitente es la simple homologación judicial del acuerdo si cumple las condiciones requeridas legalmente. En el Reino Unido, desde la entrada en vigor de la *Surrogacy Arrangements Act (1985)*, los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias³⁶.

De acuerdo con la regla tradicional del derecho romano, el establecimiento de la maternidad por el hecho del parto determina que en el Reino Unido la filiación materna en principio sólo se pueda establecer a favor de la gestante [sec. 33 *Human Fertilisation and Embriology Act (2008)*]. Para que la filiación se establezca a favor de los miembros de la pareja comitente, éstos pueden solicitar a los tribunales una orden parental (*parental order*) durante los seis meses posteriores al nacimiento. La orden se inscribe en un Registro especial (el *Parental Order Register*), donde consta la identidad de la madre subrogada, y al cual el hijo puede acceder a partir de los 18 años para obtener una copia de su certificado de nacimiento. Para autorizar la orden parental el tribunal debe comprobar que se cumple la lista de condiciones que ahora se contiene en la sec. 54 HFEA (2008). Así, como mínimo uno de los miembros de la pareja comitente debe mantener vínculos genéticos con el nacido; la solicitud debe haberse cursado dentro de los seis meses posteriores al nacimiento; el nacido debe convivir con los solicitantes desde este momento; todas las partes deben haber aceptado libremente y con pleno conocimiento las condiciones del acuerdo; la gestante debe haber prestado su consentimiento como mínimo seis semanas después del parto; y la pareja comitente sólo debe haber pagado los gastos razonables que pueden derivar del recurso a la maternidad subrogada.

Están legitimados para solicitar una orden parental de este tipo los matrimonios, que en el Reino Unido sólo pueden ser heterosexuales; las parejas homosexuales que formen una unión civil registrada (*civil partnership*), en los términos de la *Civil Partnership Act (2004)*; y las parejas estables

³⁶ La Ley fue una respuesta contundente al caso "Baby Cotton", el primer nacimiento derivado de un acuerdo comercial de maternidad subrogada en Reino Unido, que tuvo lugar seis meses antes de la entrada en vigor de la Ley. Se trataba de un caso de maternidad subrogada tradicional o plena, en qué el marido de la pareja comitente aportó el esperma con el que fue inseminada la madre subrogada. Los miembros de la pareja comitente, de nacionalidad británica, habían contratado los servicios de una agencia de maternidad subrogada en los EE.UU., a la que pagaron £14,000, de las cuales la madre subrogada recibió £6,500, y la agencia otras £6,500. Las £1,000 restantes fueron destinadas a cubrir los gastos médicos y legales. En su momento, el caso despertó mucha atención mediática dado que la madre subrogada, Kim Cotton, una mujer británica, de 28 años, casada y madre de dos hijos, cobró £20,000 por la venta de la exclusiva a la prensa. Ante el vacío legal existente en Reino Unido en el momento de los hechos, un tribunal británico decretó la adopción del nacido por parte de la pareja comitente. Véase Diana BRAHAMS (1987, pp. 16-19).

que no tengan ningún impedimento para casarse [sec. 54 (2) HFEA (2008)]. Si la pareja comitente no reúne alguna de las condiciones exigidas para solicitar una orden parental o si su solicitud es desestimada, en último término puede solicitar una orden judicial de residencia (*residence order*), que simplemente autoriza la convivencia del menor con la pareja comitente.

Por su parte, el ordenamiento griego establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.

El art. 1458 del Código civil griego otorga efectos legales a la maternidad subrogada *gestacional*, siempre que se lleve a cabo con las condiciones del art. 1 de la [Ley 3089/2002 sobre reproducción humana médicamente asistida](#) (Gaceta Oficial de la República Helénica nº 327, de 23.12.2002), por la que se modificó el capítulo octavo del Código civil, relativo a las TRA. Las condiciones de validez de la maternidad subrogada son la solicitud de autorización judicial por la madre comitente; la existencia de un acuerdo escrito que no comporte intercambio económico alguno entre la pareja comitente, la madre subrogada y, si está casada, su marido; y, finalmente, la acreditación por la madre comitente de su incapacidad para llevar a cabo la gestación, y por la madre subrogada de su buen estado de salud y capacidad para gestar³⁷.

Desde el punto de vista de la filiación resultante, el Código civil griego contiene una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo la autorización judicial. De acuerdo con la modificación introducida en el art. 1464 del Código civil por la Ley 3089/2002, tanto la madre subrogada como la comitente están legitimadas para impugnar esta maternidad en el plazo de seis meses desde el nacimiento, si acreditan que el nacido es hijo biológico de la primera. En tal caso, la filiación materna se establecerá a favor de la madre subrogada con efectos retroactivos desde el momento del nacimiento³⁸.

Una solución aún más sencilla, puesto que prescinde de la resolución judicial, es la prevista en Bélgica, que desde el año 2007 permite establecer la filiación a favor de la madre comitente a partir de un sistema mixto basado en el reconocimiento corroborado por la posesión de estado.

La *Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (Moniteur belge, 17 juillet 2007) no contiene mención alguna a la

³⁷ De acuerdo con la versión inglesa del art. 1458, "The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive."

³⁸ De acuerdo con el art. 1464, "In case that the child is born after medically assisted reproduction of a surrogate mother, under the conditions of article 1458, it is presumed that mother is the one who has obtained the Court permission. This presumption can be reversed by a legal action contesting the maternity, within six months from the birth of the child. The maternity can be contested by the legal action either by the presumed mother or by the surrogate mother, provided that evidence is produced that the child is issued biologically by the latter. The contesting must be proceeded with by the woman entitled to do so personally or by her specially authorized attorney or by the Court permission by her lawful representative. Following the irrevocable Court decision that admits the legal action, mother of the child is considered to be the surrogate mother with retroactive effect as from the fact of its birth."

maternidad subrogada. Ahora bien, a partir de la modificación de una serie de disposiciones del [Código civil belga](#) relativas al establecimiento de la filiación y a sus efectos, la filiación materna resultante del acceso a la maternidad subrogada también puede determinarse a partir del reconocimiento³⁹. Así, la filiación materna se establece a favor de la madre comitente que ha reconocido el hijo en los términos del primer inciso del art. 330 del Código civil. Corroborado por la posesión de estado, este reconocimiento excluye toda posibilidad de impugnar la filiación materna⁴⁰.

Una cuestión básica a determinar si se opta por otorgar eficacia jurídica a los acuerdos de maternidad subrogada y a la filiación que puede resultar es el alcance del derecho a conocer los orígenes de quien fue gestado por una madre subrogada. Dados los mayores conflictos que a la práctica plantea el recurso a la maternidad tradicional o plena, si el legislador español sólo opta por otorgar efectos a la modalidad gestacional, en tal caso también nos podemos preguntar cuál es el alcance del derecho del nacido a conocer sus orígenes, aquí consistentes tanto en la identidad de la mujer que aportó sus óvulos, como en la de la mujer que llevó a cabo la gestación⁴¹.

En coherencia con la gratuidad que en principio inspira la donación de gametos y embriones en España (art. 5 LTRHA, apartados 1 y 3)⁴², y con la legislación contraria a la

³⁹ El supuesto constituye una excepción a la regla general del art. 312.1º, según la cual la maternidad se determina por la mención obligatoria del nombre de la madre en el acta de nacimiento: "L'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance."

⁴⁰ "A moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard de celle qui l'a reconnu, la reconnaissance maternelle peut être contestée par le père, l'enfant, l'auteur de la reconnaissance et la femme qui revendique la maternité. (...)". El Prof. Walter PINTENS ha destacado que nos encontramos ante otra norma que excluye totalmente la base biológica en materia de filiación: *Filiation et verité*, pp. 1-12, en p. 10 (documento interno circulado en el seminario del Área de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra de 24.4.2009).

⁴¹ La jurisprudencia del TEDH y algunas legislaciones nacionales en materia de TRA, especialmente en Europa, otorgan cada vez más peso al derecho a conocer los orígenes *genéticos*. La jurisprudencia del TEDH, a partir de casos como *Gaskin v. The U.K.*, Gran Sala, de 7.7.1989 (TEDH 1989\16), *Mikulic v. Croacia*, sec. 1ª, 7.2.2002 (JUR 2002\78019), *Odièvre v. France*, Gran Sala, 13.2.2003 (TEDH 2003\8), y *Jäggi v. Switzerland*, sec. 3ª, de 13.7.2006 (JUR 2006\210705) ha desarrollado un papel relevante en la configuración del derecho a conocer los orígenes, que no necesariamente debe evolucionar hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) (Roma, 4.11.1950). Por su parte, varias legislaciones europeas otorgan cada vez más peso al derecho a la información, e incluso permiten revelar la *identidad* del donante de gametos sin que ello comporte el establecimiento de vínculos legales de filiación entre éste y la posible descendencia. Para un análisis de la cuestión y de las diferentes leyes europeas que reconocen este derecho, véase Margarita GARRIGA GORINA (2007).

⁴² "1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato *gratuito*, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

(...)

3. La donación *nunca tendrá carácter lucrativo o comercial*. La compensación económica *resarcitoria* que se pueda fijar sólo podrá compensar *estrictamente* las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación *y no podrá suponer incentivo económico para ésta*.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el *carácter altruista* de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. (...)"

compraventa de órganos en la mayoría de ordenamientos⁴³, el legislador español debería fijar una serie de garantías dirigidas a evitar el riesgo de comercialización de los acuerdos de maternidad subrogada, como hacen los ordenamientos a los que se ha hecho referencia en este apartado⁴⁴.

Finalmente, para evitar casos límite como el de la Resolución aquí comentada, los ordenamientos deberían incorporar garantías dirigidas a evitar los problemas derivados del “turismo reproductivo” que puede generar la admisión de la maternidad subrogada en un ordenamiento y su prohibición en otro. Los controles de residencia que ya prevén algunas legislaciones nacionales sobre TRA resultan indispensables para acceder a la misma con seguridad jurídica.

En este sentido, la Ley griega 3089/2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país (art. 8)⁴⁵. En términos similares se expresa la Ley israelí 5746 -1996, que exige que tanto la pareja comitente como la madre subrogada residan legalmente en Israel.

La legislación británica contiene otro tipo de control que, aunque no impide el acceso a la maternidad subrogada en el extranjero, evita el desplazamiento masivo de extranjeros al Reino

⁴³ A nivel internacional, el [Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina](#) (Oviedo, 4.4.1997), vigente en España desde el 1 de enero de 2002 (BOE nº 251, 20.10.1999), contiene una prohibición general de lucro en la utilización del cuerpo humano y sus partes (art. 21). En España, el artículo 2 de la vigente [Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos](#) (BOE nº 266, 6.11.1979) establece que “No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. (...)”, y en la parte final reitera: “En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado.”. La prohibición de lucro es una constante en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, incluido el paradigma del libre mercado que es EE.UU. En aquel país, la [National Organ Transplant Act](#) [42 U.S.C.A. (1993)] sólo permite realizar los pagos razonables (*reasonable payments*) relacionados con la extracción, transporte, implantación, procesamiento, preservación, control de calidad y almacenamiento de órganos humanos, así como los gastos de viaje, vivienda y pérdida de salarios en que ha incurrido el donante [§ 274e (c) (2)].

⁴⁴ Esta también es la línea adoptada en Canadá. Respecto de este último, el art. 6 de la [Loi sur la procréation médicalement assistée](#) (2004) impide que la madre subrogada perciba ninguna remuneración, como también que estos acuerdos se anuncien o se lleven a cabo a través de intermediarios: “(1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.

(2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir d'obtenir de tels services.

(3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.

(4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans.

(5) Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse.”.

La anterior no es la regla general en todo el Canadá, ya que la organización federal del país explica que, como sucede en EE.UU., la respuesta a la maternidad subrogada tampoco sea uniforme. Así, el artículo 541 del [Code Civil du Québec](#), inspirado en el art. 16-7 del Código civil francés, declara nulos de pleno derecho los acuerdos de maternidad subrogada: “Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue.”.

⁴⁵ “The articles 1458 and 1464 are applicable only in the case that the claimant (woman) and the surrogate mother have their domicile in Greece.”.

Unido para celebrar estos acuerdos. La sec. 54(4)(b) HFEA (2008) requiere que uno o ambos miembros de la pareja comitente y solicitantes de la orden parental residan en el Reino Unido o en alguno de sus territorios. Si cumplen esta exigencia, los acuerdos de maternidad subrogada celebrados con una madre subrogada en el extranjero pueden desplegar eficacia en el Reino Unido.

7. Bibliografía

Matthew H. BAUGHMAN (2001), "In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy", 10 *Columbia Journal of Gender and Law* 263.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009), "Hijos made in California", *Aranzadi Civil* núm. 3/2009 (Tribuna). Accesible a través de la base de datos *Aranzadi-Westlaw* (BIB 2009\411).

Diana BRAHAMS (1987), "The Hasty British Ban on Commercial Surrogacy", *The Hastings Center Report*, Vol. 17, No. 1, pp. 16-19.

Vanessa S. BROWNE- BARBOUR (2004), "Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?", 26 *Whittier Law Review* 429.

Malina COLEMAN (1996), "Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction", 17 *Cardozo Law Review* 497.

Janet L. DOLGIN (1997), *Defining the Family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York University Press, New York and London.

Katherine DRABIAK, Carole WEGNER, Valita FREDLAND, and Paul R. HELFT (2007), "Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity", 35 *Journal of Law, Medicine & Ethics* 300.

Margarita GARRIGA GORINA (2007), "El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", *Derecho Privado y Constitución*, N° 21, pp. 167-228.

Joanna L. GROSSMAN (2010), "Time to Revisit Baby M.? A New jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part Two", *FindLaw*, 20.1.2010:

<http://writ.lp.findlaw.com/grossman/20100120.html> (consultado el 28.1.2010)

--- (2010) "Time to Revisit Baby M.? A New jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part One", *FindLaw*, 19.1.2010:

<http://writ.news.findlaw.com/grossman/20100119.html> (consultado el 28.1.2010)

Aida Rosa KEMELMAJER DE CARLUCCI (1997), "Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I)", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 6/1997, pp. 143-165.

Ruth LANDAU (2004), "7. Israel: Every Person has the Right to Have Children", en Eric BLYTH and Ruth LANDAU (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Jessica Kingley Publishers, London and New York.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2009), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret*, 3-2009: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf

Margaret RADIN (1987), "Market-Inalienability", 100 *Harvard Law Review* 1849.

--- (1991), "Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)", 65 *Southern California Law Review* 341.

Rhona SCHUZ (1998), "The right to parenthood: surrogacy and frozen embryos", en Andrew BAINHAM (Ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London.

Richard F. STORROW (2006), "Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory", 57 *Hastings Law Journal* 295.

Carmel SHALEV and Sigal GOOLDIN (2006), "The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations", *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues*, pp. 151-176:
<http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>

Marjorie Maguire SHULTZ (1990), "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: an Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review* 297.

--- (2005), "Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California", 19 *Washington University Journal of Law & Policy* 77.

D. Kelly WEISBERG (2005), *The Birth of Surrogacy in Israel*, University Press of Florida, Gainesville.

D. Kelly WEISBERG, Susan Frelich APPLETON (2006), *Modern Family Law. Cases and Materials*, Third Ed., Aspen Publishers, New York.