

Inscripció a Espanya de la filiació derivada de l'accés a la maternitat subrogada a Califòrnia

Qüestions que planteja la Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009

Esther Farnós Amorós

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

La Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN) de 18 de febrer de 2009 (RJ 2009\1735) estima el recurs interposat per dos homes espanyols contra la interlocutòria de l'Encarregat del Registre Consular espanyol a Los Angeles, que denegà la transcripció al Registre Civil espanyol dels certificats de naixement que declaraven fills seus els bessons gestats per una mare subrogada a San Diego. Els possibles efectes de la Resolució, en especial pel que fa al "turisme reproductiu", plantegen si és oportú legalitzar la maternitat subrogada a Espanya i, si és així, en quines condicions. Les solucions que ofereixen alguns dels ordenaments que han optat per atorgar-li efectes jurídics poden servir de pauta al legislador espanyol.

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.

Paraules clau: maternitat subrogada, tècniques de reproducció assistida, filiació, inscripció dels certificats de naixement, interès superior del menor, turisme reproductiu

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

* El treball s'emmarca en el Projecte DER2008-01809, "El derecho de filiación ante los conflictos entre identidad biológica y parentalidad social", dirigit pel Dr. Joan EGEA FERNÁNDEZ, i té origen en el seminari celebrat el 21 de maig de 2009 a l'Àrea de dret civil de la Universitat Pompeu Fabra. En ell, la Dra. Anna QUIÑONES ESCÁMEZ va presentar els aspectes de dret internacional que planteja la Resolució analitzada, que van ser àmpliament tractats al número 3/2009 d'aquesta revista: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

L'autora agraeix als participants al seminari els seus comentaris, i a les doctores Margarida GARRIGA GORINA i Anna QUIÑONES ESCÁMEZ les observacions formulades després de la lectura d'un primer esborrany d'aquest treball.

Sumari

1. Antecedents de fet de la Resolució
2. La maternitat subrogada
 - 2.1. Concepte
 - 2.2. Modalitats
 - 2.3. Posicions
3. El "somni californià"
 - 3.1. Admissió jurisprudencial de la maternitat subrogada
 - 3.2. Accés
 - 3.3. Procediment per a l'establiment de la filiació
4. Fonaments de la Resolució de la DGRN
 - 4.1. L'allunyament del contingut de l'art. 10 LTRHA
 - 4.2. Maternitat subrogada i establiment de la doble filiació paterna
 - 4.3. L'interès superior dels menors
5. Qüestions que planteja la Resolució
 - 5.1. El salt injustificat de la DGRN i l'abast de la Resolució
 - 5.2. Cal legalitzar la maternitat subrogada a Espanya?
 - 5.3. Opcions de regulació de la maternitat subrogada
6. Bibliografia

1. Antecedents de fet de la Resolució

La Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009 (RJ 2009\1735) estima el recurs interposat per dos homes espanyols casats a València l'any 2005, contra la negativa de l'Encarregat del Registre Civil consular espanyol a Los Angeles a inscriure els certificats de naixement que declaraven fills seus els bessons nascuts l'octubre de 2008 a San Diego, on van ser gestats per una mare subrogada.

L'Encarregat del Registre Civil consular havia basat la negativa a la inscripció en l'art. 10.1 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas reproducción humana asistida* (BOE núm. 126, 27.5.2006), que prohibeix la maternitat subrogada a Espanya¹:

“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.”.*

Els certificats de naixement dels bessons no feien cap referència a la manera com van ser gestats, a la seva filiació materna, ni a quin dels homes havia aportat l'esperma amb què van ser concebuts, i únicament en declaraven la doble paternitat.

2. La maternitat subrogada

2.1. Concepte

El recurs a la maternitat subrogada acostuma a tenir lloc a partir d'un acord pel qual una dona, la mare subrogada, “mare de lloguer” o “mare portadora”, accepta sotmetre's a les tècniques de reproducció assistida (TRA) per tal de portar a terme la gestació a favor d'un individu o parella comitent, també anomenats “pares intencionals”, als quals es compromet a lliurar el nen o nens que puguin néixer.

¹ Després de diversos intents fallits d'adopció internacional i sota la creença que per la seva condició homosexual no se'ls atorgaria el certificat d'idoneïtat per adoptar a Espanya, la parella es va decidir traslladar temporalment a Califòrnia per tal de trobar una dona disposada a actuar com a mare subrogada. Després del naixement dels bessons i davant dels obstacles burocràtics, la parella romangué amb els menors als EE.UU., pendent d'adquirir un permís de residència i a l'espera de la decisió de la DGRN. Durant aquest període, els nens gaudien de la nacionalitat nord-americana. Informació extreta de l'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/>.

Vegeu també l'entrada de la mateixa autora, un cop dictada la Resolució de la DGRN: “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)”, 14.3.2009: <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii/> (consultades el 17.12.2009).

Allí on està permesa, la maternitat subrogada s'ha utilitzat tradicionalment per parelles heterosexuales en què la dona no té úter per causes congènites o, com succeeix més sovint, perquè aquest li va haver de ser extirpat en tot o en part com a conseqüència d'un càncer, mitjançant una intervenció quirúrgica anomenada histerectomia. El recurs a la maternitat subrogada també té lloc quan els òrgans reproductius femenins no són funcionals perquè concorre alguna causa d'esterilitat o infertilitat que impedeix concebre o portar un embaràs a terme; o bé perquè l'embaràs està contraindicat per raons mèdiques. En l'actualitat, cada cop és més habitual que hi recorrin parelles gais i, fins i tot, homes sols².

En els ordenaments on el recurs a la maternitat subrogada està més generalitzat (típicament, en alguns estats nord-americans), a la pràctica es formalitza a partir d'acords comercials, pels quals l'individu o parella comitent paga a la mare subrogada una quantitat en principi dirigida a compensar les despeses raonables i bàsiques derivades de la gestació, i una quantitat addicional a l'agència que actua d'intermediària, que és l'encarregada de cercar la candidata idònia a mare subrogada i de formalitzar l'acord entre les parts.

2.2. Modalitats

La maternitat subrogada presenta dues modalitats, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), i la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*)³. En la primera modalitat, la mare subrogada també és la mare genètica, ja que els seus propis òvuls són fecundats amb esperma del pare comitent o d'un donant. En tant que és la pròpia gestant qui aporta les gàmetes femenines, és suficient el recurs a la inseminació artificial (en endavant, IA).

Els avenços experimentats en les TRA, especialment a partir dels anys noranta, van motivar que la maternitat subrogada gestacional o parcial anés substituïnt la tradicional. En la maternitat subrogada gestacional, la concepció té lloc a partir de l'òvul o òvuls d'una dona diferent de la mare subrogada, que normalment és la mare comitent. Si aquesta darrera no pot produir òvuls o no ho pot fer en condicions de viabilitat, els aporta una altra dona relacionada amb la mare comitent per raó d'amistat o parentiu o bé, com succeeix a la pràctica, una donant anònima. En tant que la maternitat subrogada gestacional o parcial dissocia la maternitat genètica i gestacional, requereix que la fecundació de l'òvul o òvuls amb esperma del pare comitent o de donant es porti a terme al laboratori, a partir del recurs a una tècnica més sofisticada que la IA, com és la fecundació "in vitro" (en endavant, FIV), seguida de la transferència a l'úter de la mare subrogada de l'embrió o embrions resultants.

² Entre les agències i centres de reproducció assistida que ofereixen els "serveis" d'una mare subrogada, n'hi ha que s'adrecen a parelles homosexuals i, en particular, a les gais. Aquest és el cas de *Growing Generations*, amb seu Los Angeles.

Pel que fa al recurs a la maternitat subrogada per homes sols, el desembre de 2008 un conegut cantant resident als EE.UU. anuncià públicament que els seus fills bessons havien estat gestats per una mare subrogada: "Ricky Martin y familia", *El País*, 11.12.2008:

http://www.elpais.com/articulo/agenda/RICKY/MARTIN/FAMILIA/elpepigen/20081211elpepiage_1/Tes/.

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

Malgrat les majors càrregues físiques, emocionals i econòmiques que comporta la FIV enfront de la IA, la major incidència pràctica de la maternitat subrogada gestacional o parcial obeeix a què permet establir un vincle genètic entre el nascut i la mare comitent. D'altra banda, la inexistència de vincle genètic entre el nascut i la mare subrogada implica que alguns ordenaments la mirin amb més bons ulls.

2.3. Posicions

Una de les tesis més invocades en contra de la validesa dels acords de maternitat subrogada és la que considera que els vincles que es creen durant la gestació i el part impedeixen que la candidata a mare subrogada pugui prendre una decisió del tot lliure en el moment de signar l'acord. Segons aquesta tesi, la dona que "ex ante" renuncia al nen que ha de gestar a favor d'una altra dona, mai pot portar a terme una decisió plenament voluntària i informada. Aquests arguments es vinculen estretament als que denuncien el caràcter objectificador i no neutre des d'un punt de vista de gènere dels acords de maternitat subrogada, com també el seu potencial per explotar les dones de races i classes socials més desfavorides⁴.

Des de posicions contràries, s'argumenta que considerar ineficaços aquests acords no només trivialitza el rol de la voluntat en la presa de decisions reproductives, sinó que contribueix a reforçar els estereotips relatius a la imprevisibilitat de les decisions de les dones i a la inevitabilitat del seu destí biològic. En últim terme, la invalidació dels acords de maternitat subrogada exalta les experiències de la gestació i el part per sobre de la formació de decisions i expectatives emocionals, intel·lectuals i interpersonalment per part de les dones⁵.

Enmig d'aquestes posicions, trobem postures eclèctiques que parteixen de la base que cal atorgar eficàcia a aquests acords, sempre que garanteixin el dret de la mare subrogada a canviar d'opinió després del part. Segons aquestes tesis, la possibilitat que algunes candidates a mare subrogada no comprenguin "ex ante" l'abast real de la renúncia que estan portant a terme no justifica la prohibició de la pràctica, sinó que tan sols és una crida a crear les condicions òptimes per prendre en consideració les possibles asimetries informatives⁶.

⁴ Vegeu, en especial, Margaret RADIN (1987; i 1991, pp. 352 i ss.) qui, a més, suggereix que en el sistema actual els acords de maternitat subrogada són difícilment distingibles de la "venta de nadons". Més recentment, vegeu Vanessa BROWNE-BARBOUR (2004).

⁵ La màxima representant d'aquesta posició és Marjorie Maguire SHULTZ (1990, pp. 370-371 i 378-379; i 2005, pp. 94 i ss.). En el mateix sentit, vegeu Malina COLEMAN (1996); Janet L. DOLGIN (1997, pp. 181 i ss.); i Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

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

3. El “somni californià”

Cada cop és més habitual que parelles espanyoles que no poden gestar un fill, i molt en particular les parelles gais, es desplacin a indrets on el recurs a la maternitat subrogada és legal. El destí preferit d'aquestes parelles són els EE.UU. i, en particular, Califòrnia. En proporció al seu territori, Califòrnia és l'estat nord-americà que concentra més centres que anuncien aquests “serveis” i agències que actuen d'intermediàries⁷.

3.1. Admissió jurisprudencial de la maternitat subrogada

Des dels anys noranta els tribunals californians han atorgat caràcter vinculant als acords de maternitat subrogada gestacional o parcial i, en cas de conflicte d'interessos entre la parella comitent i la mare subrogada, han declarat la filiació del nascut a favor dels membres de la parella comitent⁸.

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/elpepisoc/20081109elpepisoc_1/Tes.

A França s'observa la mateixa tendència. Dos casos recents protagonitzats per parelles heterosexuales que van recórrer a una mare subrogada als estats nord-americans de Califòrnia i Minnesota i després van pretendre, sense èxit, inscriure'n la filiació a França, han contribuït a avivar el debat que ja existeix en aquell país. En el primer cas, el 17.12.2008 la *Cour de Cassation*, basada en raons processals, revocà la sentència prèvia de la *Cour of Appeal* de París i denegà el reconeixement dels certificats de naixement, reenviant el cas al tribunal inferior. En el segon cas, el 26.2.2009 la *Cour of Appeal* de París denegà el reconeixement de les dues sentències del tribunal de Minnesota que decretaven, respectivament, l'abandonament del nascut per la mare subrogada nord-americana i la seva adopció per part la parella francesa, el que conduí a l'expedició del certificat de naixement per les autoritats de Minnesota. La *Cour* s'oposà al reconeixement de les sentències nord-americanes en base al caràcter de norma d'ordre públic internacional de la prohibició de la maternitat subrogada que conté l'art. 16-7 del *Code civil*. Vegeu les entrades 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/>); i “French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement”, 30.6.2009 (<http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/>) (consultat el 17.12.2009). Per una anàlisi dels casos resolts pels tribunals francesos des de l'òptica del dret internacional privat, em remeto a Anna QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 9-12).

⁸ La permissió no és, però, la regla general als EE.UU. La “quasi-desregulació” de les TRA, unida al seu sistema federal, explica la controvèrsia que ha suscitat la maternitat subrogada en aquell país, així com la diversitat de solucions que hi ofereixen els estatuts i el *case law*. Gairebé la meitat d'estats nord-americans compten amb legislació permissiva, prohibitiva o que atorga certs efectes als acords de maternitat subrogada. Uns deu estats permeten l'accés a la maternitat subrogada, sempre subjecta a regulació. L'accés a la maternitat subrogada per parelles homosexuals està admesa en nou estats, entre els quals es troba Califòrnia. Com a mínim deu estats prohibeixen completament l'accés a la maternitat subrogada, o ho fan en determinades circumstàncies a través dels estatuts o del *case law*. Entre els estatuts restrictius destaquen els casos de Kentucky [*Ky. Rev. Stat. Ann.* § 199.590(4)] i Nova York (*N.Y. Dom. Rel. Law* §§ 121-123), que consideren els acords de maternitat subrogada contraris a l'interès públic (*public policy*) de l'estat i, per tant, nuls. En aquesta línia, a *McDonald v. McDonald* [608 N.Y.S.2d 447 (App. Div. 1994)] el TS de Nova York declarà la filiació materna respecte de la mare subrogada, que ni tan sols era la mare genètica. En alguns dels estats restrictius, les agències ofereixen “legalitzar” els acords de

Si bé els acords de maternitat subrogada no troben reconeixement legal explícit en aquell estat, la seva eficàcia vinculant s'admet expressament a partir del precedent *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)].

En el cas, el matrimoni format per Mark i Crispina Calvert celebrà un acord de maternitat subrogada gestacional amb Anna Johnson, ja que Crispina s'havia hagut de sotmetre a una histerectomia que li impedia portar a terme la gestació. A canvi de \$10,000 que s'havien de pagar a terminis (el darrer, sis setmanes després del part) i la contractació d'una assegurança de vida valorada en \$200,000, Anna acceptà que li fossin implantats els embrions creats a partir del material genètic de Mark i Crispina, als quals es comprometé a lliurar el nen després del part. Anna també renuncià a tots els seus drets parentals a favor de Mark i Crispina, que havien de ser considerats els pares del nen que nasqués. Les relacions entre la parella i la mare subrogada es van començar a deteriorar just després de confirmar-se l'embaràs, quan la mare subrogada reclamà a la parella el pagament de les quantitats pendents, sota l'amenaça de no lliurar-los el nen. Aleshores, la parella inicià un procediment judicial dirigit a determinar a favor seu la filiació del nen que pogués néixer. En resposta, la mare subrogada inicià un altre procediment sol·licitant que la filiació materna s'establís a favor seu i, com era de preveure, es negà a lliurar el nascut a la parella comitent després del part.

D'acord amb les seccions 7003 i 7015 del Codi civil californià aleshores aplicable, la maternitat es podia determinar pel fet del part i, a partir de la remissió a les normes per a la determinació de la paternitat, també per les proves genètiques⁹. Malgrat que en el cas la filiació materna es podia establir tant a favor de la mare subrogada (qui havia donat a llum), com de la mare comitent (qui havia aportat els òvuls), el TS de Califòrnia establí la maternitat respecte d'aquesta darrera, ja que va ser ella i no la subrogada qui decidí tenir el nen, assumint-ne totes les conseqüències: “[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 acabà establint la filiació a favor dels dos membres de la parella comitent a partir del recurs a la teoria de la causalitat, ja que sense la voluntat (*intention*) d'ambdós el naixement no s'hauria produït: “(...) 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). Com afirma el propi TS a la nota 10 de la sentència, la solució legal hagués estat la mateixa en cas que el nen hagués estat concebut a partir d'òvuls donats.

A *In Re Marriage of Buzzanca* [72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 4th 1998)] el tribunal d'apel·lacions de Califòrnia també establí la filiació del nascut a favor de la parella comitent, a partir de la línia que considera prevalent la voluntat dels “pares intencionals”. A diferència de *Johnson*, a *In Re Marriage of Buzzanca* cap dels membres de la parella comitent havia aportat les gàmetes per a la creació de l'embrió que va ser implantat a la mare subrogada.

El cas té el seu origen en la demanda de divorci interposada pel marit just abans del naixement d'un nen gestat per una mare subrogada. L'esposa reconvingué sol·licitant una pensió a favor del “fill del matrimoni”. El tribunal d'apel·lacions de Califòrnia revocà la decisió del tribunal inferior, que havia

maternitat subrogada a través de l'adopció. Aquest és, per exemple, el cas de Kentucky: <http://www.babies-by-levin.com> (consultat el 27.11.2009). En la resta d'estats la validesa dels acords de maternitat subrogada és incerta.

⁹ En l'actualitat, les regles són les mateixes, per aplicació de la secció 7610 (a) del *California Family Code* (en endavant, *Cal. Fam. Code*), que al seu torn remet a les normes per a la determinació de la paternitat (sec. 7550 *Cal. Fam. Code*).

considerat indeterminada la filiació del menor, i n'establí la filiació a favor dels esposos en base al seu paper (*initiating role*) en la seva concepció i posterior naixement, en tant que ambdós havien acceptat voluntàriament les responsabilitats que en deriven. El tribunal atorgà la guarda del nascut a la mare comitent i obligà el pare comitent al pagament d'una pensió alimentària al menor (p. 293).

A partir del precedent *In Re Baby M*, resolt pel TS de Nova Jersey el 1988, la maternitat subrogada tradicional o plena no ha rebut la mateixa resposta favorable¹⁰. Fins i tot els tribunals més liberals s'han mostrat reticents a executar aquests acords quan la mare subrogada, que és també mare genètica, canvia d'opinió i s'oposa a lliurar el nadó a la parella comitent després del part. El tribunal d'apel·lacions de Califòrnia ha mantingut aquesta mateixa posició quan el conflicte s'ha plantejat entre els membres de la parella comitent, en ocasió de la ruptura.

In re Marriage of Moschetta [25 Cal.App.4th 1218 (1994)] resol una demanda de divorci interposada per Cynthia Moschetta, en la qual sol·licitava que s'establís a favor seu la filiació materna de la nena nascuda durant el matrimoni, i concebuda a partir dels òvuls de la mare subrogada i esperma de l'aleshores marit de la demandant. El tribunal d'apel·lacions de Califòrnia declarà pares de la menor el marit de Cynthia Moschetta i la mare subrogada, qui també s'havia personat al procediment reclamant l'establiment de la maternitat a favor seu. Cynthia Moschetta només va obtenir drets de visita.

3.2. Accés a la maternitat subrogada

El desenvolupament experimentat per les TRA a partir dels anys noranta, així com la consegüent generalització de l'accés a les mateixes, ha estat especialment rellevant als EE.UU.¹¹. La quasi-

¹⁰ A *In Re Baby M* [537 a.2d 1227 (N.J. 1988)] la mare subrogada, qui havia estat inseminada amb esperma del marit de la parella comitent, es negà a lliurar la nena després del part. El TS de Nova Jersey considerà que l'acord previ era contrari a l'interès públic (*public policy*) de l'estat, i declarà pares de la menor la mare subrogada i el marit de la mare comitent (p. 1264). Ara bé, en base a l'interès de la menor, el Tribunal atorgà la guarda de la nena a la parella comitent, i atribuï a la mare subrogada un règim de visites susceptible d'ampliació. El passat 23.12.2009 un Tribunal superior de Nova Jersey (Hudson County) confirmà *Baby M*. i donà un pas més enllà en resoldre *A.G.R. v. D.R.H. & S.H.* (FD-09-1838-07). En el cas, la parella gai formada per D.R. i S.H. va recórrer a la germana del primer per tal que gestés els embrions creats amb esperma del darrer i òvuls de donant anònima. Prèviament a la transferència dels embrions, les parts van signar diversos acords pels quals la dona que havia aportat els òvuls renunciava a la maternitat que en pogués resultar, i la mare subrogada renunciava a obtenir assessorament legal i consentia a la maternitat subrogada i a l'adopció per part de D.R. dels nens que poguessin néixer. Uns mesos després del naixement de bessones l'octubre de 2006, la mare subrogada deixà de visitar les menors i inicià una acció judicial reclamant l'establiment de la filiació al seu favor. Tot i les diferències substancials amb *Baby M.*, donades perquè en el nou cas els òvuls no procedien de la mare subrogada i perquè no quedà acreditat si va rebre compensació, el tribunal confirmà el precedent tot declarant contraris a l'interès públic de l'estat els acords de maternitat subrogada, entre d'altres raons pel seu potencial devastador vers les dones (p. 5). En conseqüència, el tribunal declarà la paternitat de les menors respecte de l'home que aportà l'esperma, i la maternitat respecte de la gestant. Sentència disponible a: http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf (consultat el 28.1.2010). Per una crítica a l'aplicació de *Baby M.*, en especial pels perjudicis de gènere que comporta l'assumpció de la primàcia del vincle gestacional entre mare i fill, vegeu Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

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, a p. 2314: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/24/9/2310> (consultat el 30.11.2009).

desregulació de les TRA imperant en aquell país, unida a les respostes heterogènies que ofereixen els diferents estats a la maternitat subrogada, explica el creixement que hi han experimentat els acords comercials de maternitat subrogada gestacional i el paper de les agències mediadores, moltes de les quals anuncien aquests acords per Internet per tal d'atreure potencials "clients".

En els ordenaments que atorguen eficàcia jurídica als acords de maternitat subrogada a partir dels seus estatuts o, com succeeix a Califòrnia, del *case law*, l'individu o la parella comitent paga a la mare subrogada i a l'agència un preu que normalment sobrepasa amb escreix el que es considera "compensació raonable" per les despeses derivades de la gestació, que en teoria només haurien de ser les bàsiques, ja siguin mèdiques, legals o psicològiques¹². Així, cada cop són més les agències nord-americanes que cobren entre \$35,000 i \$100,000, dels quals la mare subrogada acostuma a percebre una quarta part¹³. A més d'aquestes quantitats fixes, molts acords de maternitat subrogada contenen clàusules addicionals per les quals la mare subrogada ha de rebre una quantitat addicional de \$500 si no queda embarassada durant un cicle de TRA, o en cas que se li hagi de practicar una cesària¹⁴.

En els estats que atorguen efectes jurídics als acords de maternitat subrogada, tant la parella comitent com les candidates a mare subrogada ja poden cursar la seva sol·licitud *on-line* a les pàgines web de les agències o dels centres de reproducció assistida que actuen d'intermediaris. Posteriorment, les parelles comitents assisteixen a una primera reunió informativa d'uns noranta minuts amb els responsables del centre o agència, que conclou amb la signatura d'un acord pel qual aquests darrers es comprometen a trobar una candidata idònia. Durant les vuit setmanes posteriors a la signatura de l'acord entre la parella comitent i el centre o agència, el darrer inicia la cerca de la mare subrogada i remet a la parella comitent els perfils de les possibles candidates. Tot seguit, té lloc una reunió entre la candidata o candidates a mare subrogada seleccionades i la parella comitent, que ha de conduir a la selecció definitiva de la mare subrogada, a la signatura d'un nou acord entre aquesta i la parella comitent i, a ser possible, a una nova reunió per escollir conjuntament la TRA més indicada¹⁵.

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

¹³ Vegeu Vanessa S. BROWNE- BARBOUR (2004). En uns \$20,000 xifra Joanna L. GROSSMAN la compensació a la mare subrogada (2010, *Part Two*). A l'Índia, on la pràctica no està regulada, sinó que és merament tolerada, els costos d'accedir-hi són substancialment inferiors i les parelles interessades s'estalvien els tràmits burocràtics que haurien de seguir en els països desenvolupats que la permeten: "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 Font: *Surrogate Mothers Online, LLC* (<http://www.surromomsonline.com/articles/gcontract.html>) (consultat el 28.12.2009).

¹⁵ En aquest procés, que es coneix com a "matching", les agències assignen a les parelles interessades la candidata més idònia, a través de tests de personalitat que intenten garantir la màxima compatibilitat entre ambdues parts. Per aquest motiu, totes les parts s'han de sotmetre a una exploració prèvia en què, de forma similar al que succeeix mitjançant els *home studies* en el cas de l'adopció, les agències intenten indagar tot el possible sobre la

A continuació, la candidata a mare subrogada es sotmet a una revisió mèdica amb proves físiques i psicològiques. En alguns casos, la parella comitent i la de la mare subrogada també s'han de sotmetre a aquesta revisió, per tal d'evitar la transmissió de malalties al nen i per mirar de garantir-ne al màxim la idoneïtat com a pares.

Conclou aquesta fase prèvia, s'inicia el procés dirigit a aconseguir un embaràs, que durarà més o menys en funció de la TRA seleccionada i dels cicles de tractament requerits fins a obtenir-lo. Un cop embarassada, la mare subrogada s'acostuma a reunir de nou amb la parella comitent. Si bé aquestes trobades o preses de contacte no són obligatòries, la majoria de les agències recomanen que les parts que es reuneixin com a mínim quatre cops durant l'embaràs per tal de consensuar al màxim la relació que volen mantenir després del naixement. La majoria d'agències aconsellen que la parella comitent assisteixi a les revisions mèdiques de la mare subrogada durant l'embaràs i, a partir del primer trimestre, impulsen el contacte setmanal amb la subrogada. Segons les pròpies agències, el foment de les relacions personals entre les parts, que es coneix com a "open surrogacy", respon a les finalitats altruistes que, *teòricament*, persegueixen els acords de maternitat subrogada¹⁶.

3.3. Procediment per a l'establiment de la filiació

El reconeixement de la filiació que pot resultar d'un acord de maternitat subrogada realitzat a Califòrnia no és automàtic, sinó que requereix que un cop celebrat, la part interessada insti el procediment judicial regulat en la secció 7630 (f) del *California Family Code* (en endavant, *Cal. Fam. Code*), dirigit a determinar la filiació que en pugui derivar, conforme amb la voluntat de les parts (*intention*) expressada en l'acord. Aquest procediment, dirigit a confirmar els drets parentals, pretén establir la filiació del nascut respecte dels dos membres de la parella comitent a partir d'una sentència (*pre-birth judgement*) que declara la filiació a favor seu (sec. 7633 *Cal. Fam. Code*). El procediment també té per finalitat extingir la filiació que es pugui establir respecte de la mare subrogada i del seu marit si està casada¹⁷.

vida privada d'ambdues parts i, en particular, sobre el seu estil de vida i estat de salut. La majoria de les agències exigeixen que la mare subrogada tingui entre 18 i 35 anys (encara que la franja idònia d'edat se situa entre els 21 i 28 anys); que no tingui antecedents penals; que, com a mínim, ja hagi estat embarassada un cop; que estigui casada o visqui en parella; que tingui el suport de la seva parella; i, *teòricament*, que accedeixi a la maternitat subrogada motivada per fins altruistes.

¹⁶ Algunes de les pàgines d'internet que fan públic aquest procés són: <http://www.circlesurrogacy.com/process.html>; http://www.growinggenerations.com/pages/gg_sp_overview; <http://www.conceptualoptions.com/surrogacy.htm>; <http://ssa-agency.com/index.cfm?menuitemid=107> (consultades el 4.12.2009).

¹⁷ Del contrari, entraria en joc la presumpció de paternitat matrimonial que opera en la majoria d'ordenaments. Segons la secció 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:

El procediment, que s'acostuma a iniciar durant el segon trimestre de gestació, es diferencia expressament de l'adopció, ja que l'òrgan judicial decideix en unitat d'acte, sense necessitat de valorar prèviament la idoneïtat de la parella comitent. La sentència recaiguda ordena a l'hospital que just després del part inclogui els noms de la parella comitent al certificat original de naixement. D'aquesta manera, s'evita haver de recórrer a l'adopció i el nascut veu reconeguda legalment la seva filiació des d'aquest mateix moment. Aquest certificat s'ha d'inscriure a l'Oficina estatal dels registres vitals (*The California Office of Vital Records*) durant els deu dies següents al naixement, junt amb la sentència que declara la filiació del nascut respecte de la parella comitent. Del contrari, la filiació del nascut s'establirà a favor de la mare subrogada i, si està casada, també a favor del seu marit.

Quan qui recorre a la maternitat subrogada és una parella gai, la sentència pot ordenar que consti el nom dels dos homes al certificat, un a la casella "father" i l'altre a la de "mother", o bé que consti el terme més neutre "parent" davant de cada nom. Si, com cada cop és més habitual, les parelles recorren a la maternitat subrogada a Califòrnia perquè en el seu ordenament originari l'accés a la maternitat subrogada és il·legal, és aconsellable que després del naixement el pare no biològic completi un procediment d'adopció. Del contrari, com succeí als fets que donen lloc a la Resolució de la DGRN de 18.2.2009, el Consolat es pot negar a inscriure la filiació del nascut a favor dels dos homes¹⁸.

4. Fonaments de la Resolució de la DGRN

4.1. L'allunyament del contingut de l'art. 10 LTRHA

La DGRN estima el recurs de la parella promotora contra la Interlocutòria de l'Encarregat del Registre Consular i acorda la inscripció del naixement i la doble filiació paterna en el Registre Civil consular. En haver-se determinat la filiació dels menors en un altre país, la DGRN considera inaplicable al cas l'art. 10 LTRHA i es centra en determinar si la filiació establerta en virtut de certificació registral estrangera pot accedir al Registre Civil (FJ 3r.).

Deixant de banda els aspectes de dret internacional privat que planteja la Resolució, en particular els relatius a la metodologia idònia per resoldre aquests conflictes¹⁹, la DGRN recorre a diversos arguments de justícia material que, des del seu punt de vista, en el cas justifiquen l'allunyament del contingut de l'art. 10 LTRHA i impedeixen que operi la prohibició de la maternitat subrogada que conté l'apartat primer de l'article.

(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 Font: <http://www.nationalfertilitylaw.com/surrogacy-agreement-faqs.htm> (consultat el 28.12.2009).

¹⁹ Qüestions àmpliament tractades per Anna QUIÑONES ESCÁMEZ (2009).

4.2. Maternitat subrogada i establiment de la doble filiació paterna

La Resolució de la DGRN fonamenta el reconeixement de la doble filiació paterna en les normes que en seu de filiació adoptiva o derivada de fecundació assistida ja admeten la doble paternitat o maternitat en el dret espanyol.

Així, la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (BOE núm. 157, de 2.7.2005), en legalitzar el matrimoni homosexual estengué la possibilitat d'adopció a les parelles homosexuals casades i, amb ella, la possibilitat d'establir la filiació d'un menor a favor de dos homes o de dues dones.

A nivell autonòmic, encara que la Resolució no hi fa esment perquè els fets deixen entreveure que el dret aplicable al cas no era el d'una Comunitat Autònoma amb dret civil propi, algunes Lleis ja venien atorgant aquesta possibilitat a les parelles homosexuals no casades. La primera llei autonòmica en autoritzar l'adopció conjunta per parelles homosexuals va ser la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra* (BON núm. 82, 7.7.2000); seguida de la *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco* (BOPV núm. 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 d'Aragó* (BOA núm. 54, 12.5.2004); la Llei catalana 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions estables i el Codi de Successions (DOGC núm. 4366, 19.4.2005); i, finalment, la *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria* (BOC núm. 98, 24.5.2005).

En el context de la filiació derivada de fecundació assistida, a partir del major reconeixement legal de les parelles del mateix sexe, legislacions com l'espanyola han començat a admetre la possibilitat d'establir la doble filiació materna a favor de la mare gestacional i d'una altra dona. A Espanya, aquesta possibilitat va ser introduïda per la Disposició Addicional 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 núm. 65, 16.3.2007), a partir de l'addició d'un tercer apartat a l'article 7 de la LTRHA. Des d'aleshores, el precepte permet que una dona consenti davant del Registre Civil a la filiació que pugui resultar de la pràctica de TRA a la seva 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”.

Incorporat aquest darrer extrem en el dret espanyol vigent, la DGRN considera que la inadmissió de la doble paternitat que deriva de la prohibició de la maternitat subrogada (art. 10.1 LTRHA) pot constituir una discriminació proscriu per l'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 5è., II).

4.3. L'interès superior dels menors

L'interès superior dels menors és l'argument principal a què recorre la DGRN per atorgar efectes a una institució, la maternitat subrogada, prohibida a Espanya per l'art. 10.1 LTRHA. En tant que en la certificació registral no constava que els bessons havien nascut a partir del recurs a la maternitat subrogada, ni tan sols la seva filiació materna, l'alternativa era deixar sense filiació inscrita al Registre Civil uns menors que ja es trobaven en territori espanyol (FJ 5è., VII).

Malgrat l'anterior, la pròpia Resolució adverteix que la qüestió de fons no és la relativa a la filiació dels menors, sinó al reconeixement de l'eficàcia probatòria de les certificacions registrals estrangeres. Les certificacions californianes que declaraven la doble filiació paterna dels menors no són sentències judicials que causen estat de cosa jutjada i, per tant, un cop inscrites al Registre Civil espanyol són impugnables davant dels tribunals d'aquest país per la via ordinària, en els terminis previstos per a les accions de filiació corresponents:

“(…) 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 5è., VII).

D'aquesta manera, la mare subrogada estaria en principi legitimada per a reclamar davant dels tribunals espanyols l'establiment de la filiació materna respecte dels menors (art. 133.1r. CC)²⁰. En cas que l'acció prosperés, la filiació dels menors quedaria establerta legalment respecte de tres persones. Aquest efecte, anòmal d'acord amb el dret vigent, no deixaria de ser una conseqüència més de la qüestionable admissió prèvia de la inscripció registral de la doble filiació paterna dels menors.

5. Qüestions que planteja la Resolució

5.1. El salt injustificat de la DGRN i l'abast de la Resolució

La conclusió per què la DGRN considera que la prohibició de la maternitat subrogada en l'ordenament espanyol (art. 10.1 LTRHA) pot discriminar les parelles de dos homes és certament discutible. Amb independència d'arguments basats en l'interès dels menors, el salt qualitatiu que dona la DGRN requereix major justificació. L'equiparació amb les parelles de dues dones per considerar discriminatori que una parella de dos homes que recorre a la maternitat subrogada no

²⁰ “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida. (...)”. La mare subrogada estaria legitimada per a exercir l'acció de reclamació, ja que encara que el primer incís de l'art. 133 CC només legitima el fill per exercir l'acció de reclamació de filiació no matrimonial durant tota la seva vida *quan manca la possessió d'estat*, el precepte va ser declarat inconstitucional pel Ple del TC en les sentències 273/2005, de 27 d'octubre (RTC 2005/273), i 52/2006, de 16 de febrer (RTC 2006/52). El primer incís de l'art. 133 CC no va ser anul·lat i encara està pendent d'una actuació legislativa que reguli la legitimació dels progenitors per a reclamar la filiació no matrimonial en els casos d'inexistència de possessió d'estat.

pugui veure declarada la seva doble filiació paterna respecte del nen o nens que puguin néixer és, com a mínim, controvertida, ja que per raons biològiques les parelles de dues dones no necessiten recórrer a una altra dona que porti a terme la gestació. En tenir la diferència una base biològica, en principi estaria justificat el tracte desigual que comporta la prohibició de l'art. 10.1 LTRHA per a les parelles de dos homes. Però és més, afirmar que la nul·litat dels acords de maternitat subrogada a Espanya discrimina les parelles de dos homes implica assumir que l'art. 10 LTRHA és inconstitucional, i no n'és²¹.

Atès que segons la pròpia DGRN el reconeixement de la doble filiació paterna dels bessons gestats per una mare subrogada pretén preservar l'interès d'uns menors que ja es trobaven en territori espanyol, es pot afirmar que la DGRN es limita a fer justícia del cas concret. A manca d'una reforma legislativa de l'art. 10 LTRHA, la Resolució només pot ser llegida en aquest sentit. Ara bé, un cop dictada la Resolució i mentre aquesta reforma no es produeixi, sí que es podrà plantejar si és discriminatori denegar a altres ciutadans espanyols la inscripció a Espanya de la filiació d'un nen o nens gestats per una mare subrogada a l'estranger.

5.2. Cal legalitzar la maternitat subrogada a Espanya?

Contràriament al que es desprèn de la DGRN, la vertadera qüestió que interessa per a la resolució del fons de l'assumpte no és si un nen pot tenir dos pares o dues mares, qüestió ja resolta a Espanya, sinó el contingut de l'art. 10 LTRHA.

En defugir la rigidesa de l'art. 10.1 LTRHA, la DGRN ha obert una via irregular per donar resposta a conductes prohibides en l'ordenament jurídic espanyol, que pot fomentar el desplaçament massiu de ciutadans espanyols cap a països que permeten la maternitat subrogada. En últim terme, la situació creada per la DGRN genera inseguretat jurídica vers els menors nascuts a l'estranger a partir del recurs a una mare subrogada, que poden veure com la seva filiació determinada en un ordenament resulta ineficaç en un altre ordenament. La situació d'incertesa generada per la Resolució de 18.2.2009 demana, com a mínim, una reflexió pública sobre el vigent art. 10 LTRHA²².

Malgrat l'abast limitat de la Resolució, la mateixa permet constatar les conseqüències de prohibir una pràctica a la qual els ciutadans espanyols ja tenen accés a partir de l'anomenat "turisme

²¹ En aquest mateix sentit, vegeu Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009, pp. 1-2).

²² La maternitat subrogada va ser debatuda a Espanya abans que s'aprovés la LTRHA, tot i que aleshores el Ministeri de Sanitat optà per deixar l'assumpte tal com estava en la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida* (LTRA). El resultat és un art. 10 LTRHA idèntic al derogat art. 10 LTRA, amb l'única excepció que l'ara vigent incorpora la rúbrica "Gestación por substitución". Probablement, el que més va influir en mantenir el mateix estat de coses no van ser els dilemes ètics que planteja la maternitat subrogada, sinó la manca de voluntat per regular els eventuals conflictes que podrien sorgir entre la mare subrogada i la parella comitent. Així es desprèn de les declaracions de Montse Boada, aleshores membre de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (CNRHA): "Busco madre de alquiler...", cit. L'article citat apuntava que a finals de 2008 aquesta qüestió no es trobava a l'agenda del Ministeri de Sanitat. Més d'un any després, sembla que tampoc s'hi troba...

reproductiu”²³. Des d’aquest punt de vista, la Resolució constitueix un bon pretext per posar sobre la taula la necessitat de modificar la regulació de la maternitat subrogada a Espanya.

En obrir la porta a l’admissió dels efectes de la maternitat subrogada a Espanya, la Resolució exigeix un debat sobre la conveniència de mantenir la prohibició de l’art. 10.1 LTRHA, en la línia del que ja es va plantejar a la veïna França en ocasió de la reforma de les Lleis sobre bioètica iniciada amb la *Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique* (JORF núm. 182 7.8.2004).

A França, l’art. 16-7 del *Code civil*, introduït per la *Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* (JORF 30.7.1994), prohibeix expressament la maternitat subrogada²⁴. D’acord amb l’art. 16-9 del *Code*, la regla és imperativa (*d’ordre public*), encara que el precepte res menciona sobre la seva imperativitat a nivell internacional²⁵. La prohibició es completa per l’art. 227-12 del *Code pénal*, relatiu al delictes de simulació de part i alteració de l’estat civil, que sanciona la maternitat subrogada amb un any de presó i una multa de 15.000 €. Quan el delictes obeeix a fins comercials, se’n preveu el doble de pena²⁶.

El 2008 un grup de treball del Senat constituït per a l’estudi de la maternitat subrogada es pronuncià a favor d’atorgar-li efectes jurídics, sempre que es limités a les parelles infèrtils. L’*Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques* hi oposà, entre d’altres qüestions, les dificultats per garantir-ne el caràcter altruista. Dins del mateix procés de reforma de les Lleis franceses sobre bioètica, el maig de 2009 el Consell d’estat informà que es mantindria la prohibició de la maternitat subrogada, sempre que el

²³ El turisme reproductiu (“fertility tourism”) té lloc quan individus o parelles infèrtils viatgen a l’estranger per tal d’obtenir tractament contra la infertilitat, tot i que també es pot donar en sentit invers, quan els individus infèrtils aconsegueixen importar els tercers necessaris per al tractament de la infertilitat. En qualsevol cas, la definició és difícil d’harmonitzar amb la idea de “turisme” com un viatge de plaer, tot i que guarda coherència amb la definició cada cop més utilitzada de turisme com a indústria, i esdevé una manifestació més del fenomen globalitzador. Sovint, el turisme reproductiu resulta de l’aprovació de lleis restrictives en matèria de fecundació assistida, el que pot conduir a l’explotació de dones dels ordenaments més permissius. En últim terme, s’afirma que el turisme reproductiu actua com una vàlvula de seguretat moral, en tant que permet que els parlaments nacionals expressin els sentiments locals, reconeixent al mateix temps l’autonomia moral dels individus que no hi estan d’acord: Richard STORROW (2006, pp. 300 i 305).

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”.

manteniment de *l'statu quo* no perjudiqués la situació jurídica dels nascuts a partir del recurs a la maternitat subrogada a l'estranger²⁷.

5.3. Opcions de regulació de la maternitat subrogada

Malgrat que es pugui percebre el contrari, la majoria d'acords de maternitat subrogada no plantegen problemes a la pràctica²⁸. Ara bé, la controvèrsia és evident quan sorgeix un conflicte d'interessos entre la parella comitent i la mare subrogada. En aquest moment esdevé necessari determinar a favor de qui s'ha d'establir la filiació del nascut, qüestió de fons en el debat sobre la conveniència de legalitzar la maternitat subrogada²⁹.

A l'hora de respondre la qüestió anterior es podria plantejar l'oportunitat (agosarada, d'acord amb les regles sobre filiació que regeixen en la majoria d'ordenaments) que la filiació del nascut s'establís a favor de més de dues persones; que s'establís a favor dels membres de la parella comitent, atorgant a la mare subrogada drets de relació personal amb el menor; com succeeix amb l'adopció, que la mare subrogada disposés d'un termini després del part per expressar la seva voluntat³⁰; o, simplement, invalidar aquests acords en cas que qualsevol de les parts canviés d'opinió després del part.

Als EE.UU., alguns estats i propostes de legislació uniforme mantenen un esquema similar al de l'adopció per tal d'atorgar eficàcia als acords de maternitat subrogada.

²⁷ És per això que s'afirma que, tot i seguir sent il·legal, la pràctica potser ja ha deixat de ser contrària a l'ordre públic francès. Vegeu l'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/>) (consultat el 17.12.2009).

²⁸ D'acord amb dades de l'*American Society for Reproductive Medicine* (ASRM), des de l'any 2003 es calcula que als EE.UU. neixen 600 nadons per any de mares subrogades. Així mateix, diversos estudis realitzats sobre dones que han actuat com a tals conclouen que normalment la seva valoració de l'experiència és positiva: Joanna L. GROSSMAN (2010, *Part Two*).

²⁹ D'acord amb un informe del Comitè Director de Bioètica del Consell d'Europa (CDBI), el més recent i ampli disponible fins ara en la matèria, en vint-i-set ordenaments la regla era que en cas de conflicte d'interessos entre la mare comitent i la mare subrogada, la filiació materna s'havia d'establir a favor de la segona, en base al principi del dret romà segons el qual la maternitat biològica és sempre certa, en tant que la pròpia naturalesa la fa pública tant per l'embaràs que l'anuncia, com pel part que la confirma. Només alguns estats dels EE.UU. permetien establir la filiació materna a favor de la mare comitent, si aquesta era també mare genètica. Vegeu 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) (consultat l'1.12.2009).

³⁰ En el cas de l'adopció, d'acord amb l'art. 5.5 de la [Convenció Europea sobre l'adopció d'infants \(CE\)](#), revisada a 27.11.2008, la mare no pot assentir fins que hagin passat sis setmanes del part d'acord amb la Llei aplicable. Si cap Llei ho disposa, el termini per a l'assentiment serà el que l'autoritat competent consideri oportú per tal que la mare es recuperi del part.

En una línia permissiva, encara que contrària als acords comercials de maternitat subrogada, els *Florida Statutes* regulen els anomenats “acords previs d’adopció” o *preplanned adoption agreement* (*Fla. Stat. § 63.213*)³¹. Els estatuts permeten legalitzar els acords gestacionals formalitzats per escrit que han estat aprovats judicialment. Si bé la mare subrogada pot canviar d’opinió durant les 48 h. posteriors al part, aquest dret és renunciabla “ex ante”³².

En la línia de Florida, les seccions 801 a 809 de la *Uniform Parentage Act* (2000), adoptada a data d’avui per nou estats, regulen els acords de maternitat subrogada gestacional (*gestational agreements*)³³. L’eficàcia vinculant de l’acord formalitzat per escrit entre la parella comitent i la mare subrogada, com també amb el seu marit si està casada, depèn de l’aprovació judicial. Si ho considera necessari, l’autoritat judicial ha de valorar la idoneïtat de la parella comitent, a partir d’un mecanisme similar als *home studies* que es porten a terme en els processos d’adopció. Un cop aprovat judicialment, l’acord només es pot revocar abans de l’embaràs. El reconeixement de la filiació que en deriva no és automàtic, sinó que la parella comitent ha de comunicar el naixement al tribunal, que ha de confirmar l’ordre judicial prèvia establint la filiació del nascut a favor seu.

A partir de la Llei 5746 – 1996 Israel compta amb un dels sistemes més sofisticats d’accés a la maternitat subrogada, basat en l’establiment de la filiació per mitjà de l’adopció, prèvia acreditació per un Comitè governamental que l’acord és vàlid i que les parts compleixen els requisits subjectius que fixa la Llei³⁴.

³¹ L’actitud reticent d’estats com Florida vers els acords *comercials* de maternitat subrogada gestacional contrasta amb l’actitud més oberta que mantenen altres estats nord-americans, entre els quals destaca el cas d’Illinois. La seva *Gestational Surrogacy Act* (2004) permet compensar la mare subrogada més enllà de les despeses raonables en què pugui incórrer, sempre que la quantitat es disposi davant d’un agent independent abans de l’inici de les TRA (750 ILCS 47/25). Per tal que l’acord desplegui efectes, els pares intencionals i la mare subrogada han de complir les condicions d’idoneïtat especificades a l’apartat 750 ILCS 47/20, entre les quals destaca l’exigència que els pares intencionals acreditin la seva infertilitat o una causa mèdica suficient.

³² Els acords previs d’adopció constitueixen una excepció a la regla general de l’estat de Florida, que considera nuls i contraris a l’interès públic de l’estat els acords que atribueixen drets parentals respecte de nens no nascuts [*Fla. Stat. § 63.212(1)(h)*].

³³ La UPA (2000), revisada el 2002, s’ha adoptat a Alabama, Delaware, Nou Mèxic, Dakota del Nord, Oklahoma, Texas, Utah, Washington i Wyoming. Properament se’n preveu l’adopció a Colorado. Vegeu la pàgina de la Conferència de dret uniforme dels EE.UU: www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upa.asp (consultada el 4.12.2009).

³⁴ Amb la Llei 5746 – 1996 Israel es convertí en un dels primers països en sancionar legalment els acords de maternitat subrogada i la filiació que en pot resultar. Malgrat l’atenció que despertà inicialment la Llei, entre 1996 i 2002 només es van cursar 100 sol·licituds de maternitat subrogada, de les quals el Comitè governamental n’autoritzà 80, a resultes del qual nasqueren 40 nadons: vegeu Ruth LANDAU (2004, p. 139). Si bé el recurs a la maternitat subrogada no va ser legal a Israel fins el 1996, els acords de maternitat subrogada no són del tot estranys en la tradició jueva. Així, Sara, esposa d’Abraham, va recórrer a Hagar, i Raquel, esposa de Jacob, a Bilhah: vegeu Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI (1997, p. 158). En l’actualitat, Israel és el país que registra unes taxes més elevades d’accés a les TRA i, molt en particular, a la FIV. Aquesta situació s’explica per les polítiques pronatalistes i potenciadores dels valors familiars jueus i pel discurs polític de les amenaces demogràfiques després de l’Holocaust, i es veu fomentada per un sistema de salut pública que garanteix als seus ciutadans l’accés gairebé il·limitat a les TRA. Vegeu Carmel SHALEV and Sigal GOOLDIN (2006); D. Kelly WEISBERG (2005, pp. 64-92); Ruth LANDAU (2004, pp. 129-147); i Rhona SCHUZ (1998, p. 239).

La Llei només permet accedir a la maternitat subrogada gestacional, per la qual cosa els embrions que s'han de transferir a la mare subrogada han d'haver estat fecundats "in vitro" amb òvuls de la mare comitent o d'una altra dona, i esperma del pare comitent, ja que del contrari el fill es consideraria "il·legítim". El Comitè que ha d'aprovar l'acord de maternitat subrogada es compon de dos ginecòlegs, un especialista en medicina interna, un psicòleg clínic, un representant de la religió de les parts, i un jurista. La mare comitent ha d'acreditar la seva infertilitat o incapacitat de portar un embaràs a terme, i la candidata a mare subrogada ha de tenir entre 22 i 40 anys i, com a màxim, haver experimentat dues cesàries i cinc parts. Pel que fa a les condicions econòmiques, la parella comitent només pot compensar a la mare subrogada les despeses habituals o les derivades de la seva inactivitat durant l'embaràs (lucre cessant), i ha de concertar una assegurança de vida a favor seu que compregui el període del tractament, l'embaràs i els tres mesos posteriors al part³⁵. Tant la parella comitent com la mare subrogada han d'haver rebut assessorament professional adequat abans de signar l'acord i ser majors d'edat. Altres de les condicions que han d'observar aquests acords obeeixen al caràcter confessional de l'estat d'Israel. Així, la maternitat subrogada es restringeix a les parelles casades, que a Israel només poden ser les heterosexuales; la mare subrogada ha de ser una dona soltera, encara que el Comitè pot aprovar l'acord si la parella comitent acredita que va fer tot el possible per celebrar-lo amb una dona soltera; la mare subrogada i la parella comitent no poden estar unides per cap vincle familiar; i totes les parts han de professar la religió jueva.

Atès que a Israel la filiació materna es determina pel part, després del naixement la parella comitent ha de sol·licitar una ordre judicial d'adopció, amb independència que ja tingui el menor en la seva companyia i n'exerceixi les responsabilitats parentals. Mentre no es completa el procediment, el menor es troba sota la tutela de l'estat, els organismes tutelars del qual en poden impedir l'adopció per la parella comitent si acrediten que això perjudica l'interès del menor. Aquesta circumstància pot ser rellevant si després del part la mare subrogada s'oposa a lliurar el nascut a la parella comitent.

Més enllà de solucions basades en la valoració de la idoneïtat de les parts amb caràcter previ a l'adopció, una altra alternativa per a establir la filiació a favor de la parella comitent és la simple homologació judicial de l'acord si compleix les condicions requerides legalment. Al Regne Unit, des de des de l'entrada en vigor de la *Surrogacy Arrangements Act (1985)*, els acords de maternitat subrogada són homologables judicialment si no persegueixen fins lucratius, no se'n fa publicitat i es realitzen sense la intervenció d'intermediaris o agències³⁶.

D'acord amb la regla tradicional del dret romà, l'establiment de la maternitat pel fet del part determina que al Regne Unit la filiació materna en principi només es pugui establir a favor de la gestant [sec. 33

³⁵ Entre 1996, any d'entrada en vigor de la Llei, i 2002, la "compensació" bàsica a la mare subrogada es situava al voltant dels \$25,000: Ruth LANDAU (2004, p. 139).

³⁶ La Llei va ser una resposta contundent al cas "Baby Cotton", el primer naixement derivat d'un acord comercial de maternitat subrogada al Regne Unit, que havia tingut lloc sis mesos abans de la seva entrada en vigor. Es tractava d'un cas de maternitat subrogada tradicional o plena, en què el marit de la parella comitent aportà l'esperma amb què va ser inseminada la mare subrogada. Els membres de la parella comitent, de nacionalitat britànica, havien contractat els serveis d'una agència de maternitat subrogada als EE.UU., a la qual pagaren £14,000, de les quals la mare subrogada rebé £6,500, i l'agència altres £6,500. Les £1,000 restants es van destinar a cobrir les despeses mèdiques i legals. Al seu moment, el cas va despertar molta atenció mediàtica atès que la mare subrogada, Kim Cotton, una dona britànica, de 28 anys, casada i mare de dos fills, va cobrar £20,000 per vendre l'exclusiva a la premsa. Davant del buit legal existent al Regne Unit en el moment dels fets, un tribunal britànic decretà l'adopció del nascut per part de la parella comitent. Vegeu Diana BRAHAMS (1987, pp. 16-19).

Human Fertilisation and Embriology Act (2008)]. Per tal que la filiació s'estableixi a favor dels membres de la parella comitent, aquests poden sol·licitar als tribunals una ordre parental (*parental order*) durant els sis mesos posteriors al naixement. L'ordre s'inscriu en un Registre especial (el *Parental Order Register*), on consta la identitat de la mare subrogada, i al qual el fill pot accedir a partir dels 18 anys per tal d'obtenir una còpia del seu certificat de naixement. Per autoritzar l'ordre parental el tribunal ha de comprovar que es compleix la llista de condicions ara continguda en la sec. 54 HFEA (2008). Així, el tribunal ha d'apreciar que com a mínim un dels membres de la parella comitent manté vincles genètics amb el nascut; que la sol·licitud s'ha cursat dintre dels sis mesos posteriors al naixement; que el nascut conviu amb els sol·licitants des d'aquest moment; que totes les parts han acceptat lliurement i amb ple coneixement les condicions de l'acord; que la gestant ha prestat el seu consentiment com a mínim sis setmanes després del part; i que la parella comitent només ha pagat les despeses raonables que poden derivar del recurs a la maternitat subrogada.

Estan legitimats per sol·licitar una ordre parental d'aquest tipus els matrimonis, que al Regne Unit només poden ser heterosexuales; les parelles homosexuals que formin una unió civil registrada (*civil partnership*), en els termes de la *Civil Partnership Act (2004)*; i les parelles estables que no tinguin cap impediment per casar-se [sec. 54 (2) HFEA (2008)]. Si la parella comitent no reuneix alguna de les condicions exigides per sol·licitar una ordre parental o si la seva sol·licitud és desestimada, en últim terme pot sol·licitar una ordre judicial de residència (*residence order*), que simplement autoritza la convivència del menor amb la parella comitent.

Per la seva banda, l'ordenament grec estableix una presumpció de maternitat a favor de la mare comitent que obtingué autorització judicial per accedir a la maternitat subrogada, prèvia acreditació dels requisits legals.

L'art. 1458 del Codi civil grec atorga efectes legals a la maternitat subrogada *gestacional*, sempre que es porti a terme amb les condicions de l'art. 1 de la [Llei 3089/2002 sobre reproducció humana mèdicament assistida](#) (Gaseta Oficial de la República Hel·lènica núm. 327, de 23.12.2002), per la qual es modificà el capítol vuitè del Codi civil, relatiu a les TRA. Les condicions de validesa de la maternitat subrogada són la sol·licitud d'autorització judicial per la mare comitent; l'existència d'un acord escrit que no comporti cap intercanvi econòmic entre la parella comitent, la mare subrogada i, si està casada, el seu marit; i, finalment, l'acreditació per la mare comitent de la seva incapacitat per portar a terme la gestació, i per la mare subrogada del seu bon estat de salut i la seva capacitat per gestar³⁷.

Des del punt de vista de la filiació resultant, el Codi civil grec conté una presumpció de maternitat a favor de la mare comitent que obtingué l'autorització judicial. D'acord amb la modificació introduïda en l'art. 1464 del Codi civil per la Llei 3089/2002, tant la mare subrogada com la comitent estan legitimades per impugnar aquesta maternitat en el termini de sis mesos des del naixement, si acrediten que el nascut

³⁷ D'acord amb la versió anglesa de l'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".

és fill biològic de la primera. En aquest cas, la filiació materna s'establirà a favor de la mare subrogada amb efectes retroactius des del moment del naixement³⁸.

Una solució encara més senzilla, en tant que prescindeix de la resolució judicial, és la prevista a Bèlgica, que des de l'any 2007 permet establir la filiació a favor de la mare comitent a partir d'un sistema mixt basat en el reconeixement corroborat per la possessió d'estat.

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 conté cap menció a la maternitat subrogada. Ara bé, a partir de la modificació d'una sèrie de disposicions del [Codi civil belga](#) relatives a l'establiment de la filiació i als seus efectes, la filiació materna resultant de l'accés a la maternitat subrogada també es pot determinar mitjançant el reconeixement³⁹. Així, la filiació materna s'estableix a favor de la mare comitent que ha reconegut el fill en els termes del primer incís de l'art. 330 del Codi civil. Corroborat per la possessió d'estat, aquest reconeixement exclou tota possibilitat d'impugnar la filiació materna⁴⁰.

Una qüestió bàsica a determinar si s'opta per atorgar eficàcia jurídica als acords de maternitat subrogada i a la filiació que en pot resultar és l'abast del dret a conèixer els orígens de qui va ser gestat per una mare subrogada. Atesos els majors conflictes que a la pràctica planteja el recurs a la maternitat tradicional o plena, si el legislador espanyol només opta per atorgar efectes a la modalitat gestacional, també en aquest cas ens podem preguntar quin és l'abast del dret del nascut a conèixer els seus orígens, consistents tant en la identitat de la dona que va aportar els seus òvuls, com en la de la dona que va portar a terme la gestació⁴¹.

³⁸ D'acord amb l'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."

³⁹ El supòsit constitueix una excepció a la regla general de l'art. 312.1r., segons el qual la maternitat es determina per la menció obligatòria del nom de la mare en l'acta de naixement: "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 destacat que ens trobem davant d'una altra norma que exclou totalment la base biològica en matèria de filiació: *Filiation et verite*, pp. 1-12, a p. 10 (document intern circulat al seminari de l'Àrea de Dret civil de la Universitat Pompeu Fabra de 24.4.2009).

⁴¹ La jurisprudència del TEDH i algunes legislacions nacionals en matèria de TRA, especialment a Europa, atorguen un pes cada cop major al dret a conèixer els orígens *genètics*. La jurisprudència del TEDH, a partir de casos com *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), i *Jäggi v. Switzerland*, sec. 3a., de 13.7.2006 (JUR 2006\210705) ha desenvolupat un paper rellevant en la configuració del dret a conèixer els orígens, que no

En coherència amb la gratuïtat que en principi inspira la donació de gàmetes i embrions a Espanya (art. 5 LTRHA, apartats 1 i 3)⁴², i amb la legislació contrària a la compravenda d'òrgans en la majoria d'ordenaments⁴³, el legislador espanyol hauria de fixar una sèrie de garanties dirigides a evitar el risc de comercialització dels acords de maternitat subrogada, com fan els ordenaments a què s'ha fet referència en aquest apartat⁴⁴.

necessàriament ha d'evolucionar cap a un vincle jurídic amb el progenitor o progenitors, i que forma part del dret a la vida privada reconegut en l'article 8 del [Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals](#) (Roma, 4.11.1950). Per la seva banda, diverses legislacions europees atorguen un pes cada cop major al dret a la informació, i fins i tot permeten revelar la *identitat* del donant de gàmetes sense que això comporti l'establiment de vincles legals de filiació entre aquest i la possible descendència. Per una anàlisi de la qüestió i de les diferents lleis europees que reconeixen aquest dret, vegeu 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. (...)"

⁴³ A nivell internacional, el [Conveni Europeu sobre els drets humans i la biomedicina](#) (Oviedo, 4.4.1997), vigent a Espanya des de l'1 de gener de 2002 (BOE núm. 251, 20.10.1999), conté una prohibició general de lucre en la utilització del cos humà i les seves parts (art. 21). A Espanya, l'article 2 de la vigent [Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos](#) (BOE núm. 266, 6.11.1979) estableix que "No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. (...)", i a la part final reitera: "En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado.". La prohibició de lucre és una constant en la majoria d'ordenaments del nostre entorn, fins i tot en el paradigma del lliure mercat, que són els EE.UU. En aquell país, la [National Organ Transplant Act](#) [42 U.S.C.A. (1993)] només permet realitzar els pagaments raonables (*reasonable payments*) relacionats amb l'extracció, transport, implantació, processament, preservació, control de qualitat i emmagatzematge d'òrgans humans, així com les despeses de viatge, habitatge i pèrdua de salaris en què ha incorregut el donant [§ 274e (c) (2)].

⁴⁴ Aquesta també és la línia adoptada al Canadà. Respecte d'aquest darrer, l'art. 6 de la [Loi sur la procréation médicalement assistée](#) (2004) impedeix que la mare subrogada percebi cap remuneració, com també que aquests acords s'anuncïn o es portin a terme mitjançant intermediaris: "(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.

Finalment, per tal d'evitar casos límit com el de la Resolució aquí comentada, caldria incorporar garanties dirigides a evitar els problemes derivats del "turisme reproductiu" que pot motivar l'admissió de la maternitat subrogada en un ordenament i la seva prohibició en un altre. Els controls de residència que ja preveuen alguns ordenaments resulten indispensables per accedir-hi amb seguretat jurídica.

En aquest sentit, la Llei grega 3089/2002 exigeix que la mare comitent i la mare subrogada resideixin al país (art. 8)⁴⁵. En termes similars s'expressa la Llei israeliana 5746 -1996, que exigeix que tant la parella comitent com la mare subrogada resideixin legalment a Israel.

La legislació britànica conté un altre tipus de control que, si bé no impedeix l'accés a la maternitat subrogada a l'estranger, evita el desplaçament massiu d'estrangers al Regne Unit per atorgar eficàcia jurídica a aquests acords. La sec. 54(4)(b) HFEA (2008) requereix que un o ambdós membres de la parella comitent i sol licitants de l'ordre parental resideixin al Regne Unit o en algun dels seus territoris. Si compleixen aquesta exigència, els acords de maternitat subrogada celebrats amb una mare subrogada a l'estranger poden desplegar efectes al Regne Unit.

(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."

L'anterior no és la regla general a tot el Canadà, ja que l'organització federal del país explica que, com succeeix als EE.UU., la resposta a la maternitat subrogada tampoc sigui uniforme. Així, l'article 541 del *Code Civil du Québec*, inspirat en l'art. 16-7 del Codi civil francès, declara nuls de ple dret els acords de maternitat 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".

6. Bibliografia

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). Accessible 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> (consultat 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> (consultat 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", a Eric BLYTH and Ruth LANDAU (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Jessica Kingley Publishers, London and New York.

Anna 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", a 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.