

# GESTACIÓN SUBROGADA

*Panorama legislativo internacional*

**Federico López Abalo**

## 1. Introducción

El Glosario de terminologías en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud (OMS) no define la gestación subrogada, sino que define al sujeto gestante como “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará al bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”.

En este informe abordaremos brevemente como funciona la gestación subrogada y sus principales hitos históricos, nos detendremos un poco más en los diferentes requisitos legales alrededor del mundo para acabar con un sucinto análisis de la legislación española, las propuestas de reforma y el futuro de la técnica en este país.

## 2. Algunos tipos e hitos históricos

La gestación por sustitución se da principalmente en dos situaciones: cuando una mujer como parte de una pareja no puede, por diversos problemas médicos, gestar un bebé; y cuando un hombre, ya sea individualmente o dentro de una pareja homosexual, decide tener un hijo aportando parte del material genético.

En el primer caso, el material genético puede ser de ambos miembros de la pareja o no. No poder gestar no significa que los óvulos no sean aptos, sin embargo, si no lo fueran lo normal es recurrir a los óvulos de un tercero o incluso de la propia gestante<sup>1</sup>. De hecho, el primer embarazo

por este método reproductivo se dio en Estados Unidos en 1980 utilizando los óvulos de la gestante a la que se le recompensó con diez mil dólares.

En la segunda de las situaciones mencionadas, lo normal es que el material genético sea del padre intencional, en el caso que se haga individualmente, o de uno de los padres intencionales, en el caso de parejas homosexuales, mientras que el material genético femenino lo aporta la gestante o un tercero.

Cuando la gestación se produce con los óvulos de una persona diferente a la gestante, el embrión se crea in vitro. Así la primera gestación de este tipo, considerada completa, tuvo lugar en 1985. En este caso los padres intencionales aportaron el material genético sin recurrir a terceros.

## 3. La gestación subrogada en el mundo

La gestación por sustitución en el mundo presenta infinidad de situaciones y marcos legales. Mientras que en unos pocos estados de los Estados Unidos<sup>2</sup> la gestación subrogada está regulada a favor de la autonomía de la voluntad<sup>3</sup>, en la mayoría de países donde está permitida la técnica se imponen requisitos de diversa índole.

A continuación, se han agrupado estos requisitos en cuatro grandes grupos dentro de los cuales se integra una amalgama de regulaciones y concreciones que trataremos sucintamente debido al espacio y el objetivo del informe. Así, los requisitos legales pueden ser: administrativos y judiciales; genéticos; subjetivos; y, económicos.

### 3.1. Requisitos administrativos y judiciales

Esta clase de requisitos tienen que ver con la burocracia en torno a la gestación subrogada. Aquí caben tanto la aprobación del procedimiento como el reconocimiento de la filiación una vez nacido el bebé, entre otros requisitos.

- **Aprobación legal previa.** Implica que un órgano administrativo o judicial debe autorizar la iniciación del proceso, por lo que si la respuesta del mismo es negativa no se podrá iniciar el procedimiento. Esto ocurre en el estado de Texas y en Grecia donde un tribunal autoriza el inicio del proceso y también la filiación.

- **Reconocimiento post-nacimiento.** En otros países la sentencia necesaria se da una vez acabado el procedimiento con tal de confirmar la filiación. En muchos Estados se da un tiempo para que la madre o el otro padre, en el caso de parejas homosexuales, reclame los derechos de paternidad pues el padre que dona el esperma ya está unido al recién nacido genéticamente. En el Reino Unido si los padres intencionales no solicitan la paternidad durante seis meses, el bebé pasa a ser de la gestante y de su pareja, en el caso que la tuviera. El caso contrario se da en Ucrania y Georgia donde la gestante carece de derecho sobre el recién nacido inscribiéndose directamente a los padres de intención. La legislación rusa se podría decir que se encuentra entre el caso británico y el ucrogeorgiano pues es necesario que la gestante renuncie para poder anotar a los padres de intención en el certificado de nacimiento<sup>4</sup>.

- **Consentimiento previo del marido.** En Rusia se exige el consentimiento del marido para poder ser gestante.

- **Prohibición de publicidad e intermediarios.** Algunas legislaciones, normalmente las mismas que han optado por prohibir la comercialización del servicio por motivos morales, prohíben también la publicidad o los intermediarios. Por ejemplo, la legislación canadiense restringe el servicio de las agencias a la búsqueda de gestantes. En el Reino Unido anunciar la búsqueda de una mujer gestante esta tipificado como delito. En Australia es ilegal.

### 3.2. Requisitos genéticos

El requisito más común de este tipo es la prohibición de que los óvulos sean de la gestante. Estos deben ser de un tercero o de la propia madre de intención. Es así en países como Rusia, Grecia o Reino Unido y en el estado americano de Utah. La legislación de Tennessee va más allá y obliga a que los gametos sean de ambos miembros de la pareja restringiéndose la aportación genética de terceros.

### 3.3. Requisitos subjetivos

Son requisitos relativos a circunstancias personales que exigen las legislaciones, tanto a los padres de intención como a la gestante para iniciar el proceso.

#### a) Requisitos de los padres de intención

- **La madre de intención debe demostrar la imposibilidad para quedarse embarazada.** Es uno de los requisitos subjetivos más extendidos y, de hecho, es el único que se corresponde con la realidad de la técnica, pues la mayoría, por no decir la totalidad, de casos en los que los

padres intencionales son una pareja heterosexual la necesidad de acudir al método viene determinada por la imposibilidad o el alto riesgo tanto para la madre como para el bebé durante la gestación. Este requisito es exigido por países como Rusia, Ucrania o Grecia. Georgia lo restringe a aquellas mujeres que carezcan de útero.

- **Modelos de familia determinados.** En cuanto al modelo de familia hay tres posibles restricciones: exigir que se trate de una pareja y no de una persona individualmente; que esta pareja esté casada; y, que sea heterosexual. Curioso es el caso de Australia, país avanzado en libertades civiles y asimilable a los Estados Unidos, donde las parejas homosexuales solo pueden realizar el proceso en tres estados y las solteras en dos.

- **Ser nacional o residente.** En algunos países se exige ser nacional o residente. Así en la India solo se permite a residentes siempre y cuando sean nacionales o extranjeros cuyas legislaciones nacionales permitan la gestación por sustitución. La ley del Reino Unido pide que al menos uno de los padres de intención resida en el país.

#### b) De la gestante

- **Edad mínima y máxima.** Algunos estados exigen una edad mínima de la gestante (Canadá veintiún años y Tailandia veinticinco), otros una máxima (Georgia; treinta y cinco años) y Rusia, por ejemplo, un intervalo: la gestante debe tener entre veinte y treinta y cinco años.

- **Buena salud física, mental y emocional.** Obligatorio en Rusia, aunque debería entenderse como una cláu-

sula de buena fe casi en cualquier contrato sobre todo cuando hablamos de salud mental y emocional.

- **Nivel socioeconómico.** En Georgia se exige que la gestante tenga un nivel socioeconómico medio-alto.

- **Al menos un hijo propio.** Tanto en Rusia como en Georgia la legislación dicta que la gestante deberá tener un hijo previamente al inicio de la técnica.

Por último, en países como Uruguay, Brasil o Tailandia se permite sólo entre familiares.

#### 3.4. Requisitos económicos

Tanto en Rusia, Georgia, Ucrania como en varios estados de los Estados Unidos la Gestación subrogada denominada como comercial esta permitida, es decir, que los padres intencionales pueden pagar a la gestante por los servicios realizados. Sin embargo, lo normal es que las regulaciones exijan altruismo, que no debe confundirse con falta de onerosidad, pues, sí que se suele permitir realizar una serie de pagos a la gestante por las molestias e inconvenientes que pueden surgir durante el embarazo.

Así, en Canadá los gastos no pueden superar los catorce mil ochocientos euros y tienen que estar debidamente justificados. Es también altruista en Grecia donde la compensación máxima ronda los doce mil euros; en Reino Unido; en Australia; y, en el estado americano de Washington. El estado de Nueva Jersey es particular, pues no permite ninguna compensación a la gestante. El altruismo como requisito suele conllevar de facto que la gestante sea familiar o amiga de los padres intencionales.

#### 3.5. Lagunas legales

Por otro lado, en algunos países la falta de regulación deja lagunas legales que acaban permitiendo la técnica sin demasiada seguridad jurídica ya que la gestación subrogada como hemos visto no tiene solo implicaciones sanitarias, sino que también de carácter administrativo y jurídico, por lo que una regulación clara puede hacer el proceso más fácil a las familias y a la gestante. Por último, hay Estados que directamente prohíben la gestación por sustitución presentando diversas consecuencias legales que van desde la nulidad del contrato hasta la pena de prisión, pasando por la multa. España es uno de los países que prohíben la técnica y que analizaremos en el próximo epígrafe.

#### 4. La gestación subrogada en España. Legislación y posibles reformas.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida recoge en el artículo 10.1 la nulidad de la gestación por sustitución de forma expresa ya sea con o sin precio. El apartado segundo de la misma ley establece que la filiación de los hijos nacidos por dicha técnica se determinará por el parto. Por último, apartado tercero reconoce la posibilidad del padre biológico de reclamar la paternidad conforme a las reglas generales.

El 16 de julio de 2019 Ciudadanos presentó la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Dicha Proposición prevé una gestación subroga-

da subsidiaria, es decir, una vez agotadas el resto de las técnicas de reproducción asistida. Además, se plantea un sistema altruista descartando el carácter comercial, sin perjuicio de una compensación resarcitoria que cubra “los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los desplazamientos y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el posparto”.

La Proposición reconoce una serie de derechos como que podrá interrumpir el embarazo sin consecuencia alguna para ella, pero también requisitos, pues no se permite aportar el material genético propio, se exige ser mayor de veinticinco años y menor de lo que se estipule reglamentariamente de acuerdo con las condiciones psicofísicas recomendadas, estar en buen estado de salud y haber gestado un hijo propio con anterioridad. No estaría permitido según esta Proposición ser gestante en más de una vez.

Este proceso lo podrían realizar tanto individuos como parejas siempre que estén casados o sean pareja de hecho. Uno de los progenitores subrogantes, como los denomina la Proposición a los padres de intención deberá ser mayor de veinticinco años y menor de cuarenta y cinco, tener nacionalidad y residencia española y acreditar un certificado donde se acredite su idoneidad para ejercer la paternidad.

Por último, la Proposición no concede derechos de filiación a la gestante, pero tampoco de desistimiento a

los padres de intención una vez formalizado el contrato.

Aparte de Ciudadanos, solo un partido más de los inscritos en el Registro de Partidos defiende la gestación subrogada. Se trata del Partido Libertario, que lleva en su programa político marco la legalización de la técnica sin requisitos especiales tal y como ocurre, por ejemplo, en California, destacando en contraposición a la Proposición de Ley mencionada por aceptar el carácter lucrativo.

### 5. Conclusiones

La gestación subrogada es un derecho por conquistar como lo fue la igualdad formal entre hombres y mujeres o el matrimonio homosexual. Es cuestión de tiempo que Occidente se adapte a esta era y acabe por introducir legislaciones similares a las desarrolladas ya en otros países.

Los Estados que, como el español, aún no han desarrollado una propuesta —ni parece que la aritmética parlamentaria lo vaya a hacer posible durante esta legislatura— deberían analizar las legislaciones y la amalgama de requisitos impuestos en otros países con sus resultados, consecuencias y distorsiones (pues siempre que se impone una regulación hay una distorsión de la realidad social).

En próximos informes será interesante analizar la inscripción de la filiación en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada con padres de intención españoles.

### NOTAS

1. *La donación de los óvulos por la gestante esta prohibida en muchos países al complicar la situación por la relación genética entre el recién nacido y ésta.*
2. *Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada e Illinois.*
3. *Lo que decidan las partes libremente.*
4. *Una vez inscrito el nombre de los padres en el certificado, la gestante pierde los derechos de maternidad.*

### BIBLIOGRAFÍA

- Jiménez, I. R. (28-06-2017). *Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada (...)* [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es)
- *Legislación canadiense.* (s.f.). [laws-lois.justice.gc.ca](http://laws-lois.justice.gc.ca)
- *Legislación del Reino Unido.* [www.legislation.gov](http://www.legislation.gov)
- (s.f.). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.* [www.boe.es](http://www.boe.es)
- *Nova Clinic.* (20-03-2021). *Regulación rusa:* <https://nova-clinic.es/regulacion-de-gestacion-subrogada/>
- (s.f.). *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución:* [www.congreso.es](http://www.congreso.es)
- *Southern California Reproductive Center.* (29-03-2021) en [scrcivf.es/blog/](http://scrcivf.es/blog/)
- *Voz Libre.* (s.f.). *¿EN QUÉ PAÍSES ES LEGAL LA GESTACIÓN SUBROGADA?* en <https://vozlibre.com/>
- *Zengers-Hochschild et al (2009).* *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).* [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/es/](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/)

### Sobre la Fundación para el Avance de la Libertad

La visión que inspira a la Fundación para el Avance de la Libertad (Fundalib) es la de unas sociedades humanas prósperas, organizadas mediante el orden espontáneo de la cultura y del mercado, y respetuosas de la libertad individual de todos sus integrantes. Esta visión se concreta en la siguiente declaración de misión, que es también un llamamiento a cuantos quieran unirse a nosotros en este esfuerzo: "Nuestra misión es promover el avance de la Libertad individual humana en todos sus aspectos y el éxito de las organizaciones y entidades que la impulsan y defienden".

En desarrollo de su misión, esta fundación libertaria organiza eventos y publica libros, informes y otros documentos así como material audiovisual. En particular, edita índices comparativos sobre la situación de la libertad en diversos ámbitos temáticos y geográficos. La revista mensual *AVANCE de la Libertad* llega a miles de lectores todos los meses. Los representantes de la Fundación participan en todo tipo de actos y en los medios de comunicación. Los proyectos de la Fundación han recibido diversos premios europeos y mundiales. La Fundación forma parte de la Red Atlas, que agrupa a los institutos de pensamiento liberales clásicos y libertarios en todo el mundo.

Corren tiempos difíciles para la Libertad de todos. Necesitamos tu apoyo. Hazte Amigo de la Fundación y suscríbete a nuestros proyectos y a la revista en [patreon.com/fundalib](https://patreon.com/fundalib) o haz una donación en [fundalib.org/don/](https://fundalib.org/don/)



**Propiedad intelectual.** Esta obra se publica bajo la licencia de Creative Commons "CC Attribution-NonDerivatives 4.0 International" (CC BY-ND 4.0). Se permite expresamente la reimpre-

sión y reedición del contenido para cualquier fin en tanto no se modifique ni rehaga y siempre que se acredite la autoría, así como la condición de la Fundación para el Avance de la Libertad como entidad editora. Toda cita del presente informe deberá ser fiel y estar correctamente contextualizada. Toda mención digital deberá llevar el correspondiente enlace de hipertexto a la versión digital presente en el sitio web de la Fundación.

*Fundación para el Avance de la Libertad, abril de 2021.*

c/ Marqués de la Ensenada, 14, 1º 15, 28004 Madrid (España).  
[www.fundalib.org](http://www.fundalib.org) | [contacto@fundalib.org](mailto:contacto@fundalib.org)  
Coordinador de la colección Informes de la Fundación: Juan Pina.  
Diseño gráfico: Álvaro Peral.  
*Impreso en España - Imprimé en Espagne*



**Ética financiera.** Para la investigación y para la publicación de este informe no se ha gastado dinero del contribuyente ni se ha aceptado subvenciones estatales. Si deseas realizar una donación para apoyar a la Fundación, por favor escanea el código QR o visite [www.fundalib.org/don](http://www.fundalib.org/don), o bien la página de la Fundación Patreon: [www.patreon.com/fundalib](https://www.patreon.com/fundalib).

**Atlas Network.** La Fundación se enorgullece en formar parte de la Red Atlas, una plataforma compuesta por unos quinientos *think tanks* de un centenar de países que trabajan por la libertad tanto económica como personal. Para más información, por favor visite el sitio web de la Red: [www.atlasnetwork.org](http://www.atlasnetwork.org)

## **INFORMES DE LA FUNDACIÓN**

La línea de publicaciones *Informes de la Fundación* persigue el objetivo de tratar de manera sucinta todo tipo de cuestiones específicas que resultan relevantes a la causa de la libertad, con una extensión limitada y un lenguaje divulgativo. Los autores son especialistas en las diversas áreas y cuestiones, que abordan desde una perspectiva favorable a las ideas de la libertad.

### **GESTACIÓN SUBROGADA**

El autor aborda la gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho comparado, trazando un panorama internacional de la regulación o prohibición de esta técnica y extrayendo conclusiones de cara a su futura implantación en España. Es una cuestión de la máxima actualidad ya que, pese a la resistencia de países como el nuestro, avanza de manera inexorable la permisividad legislativa respecto a esta opción reproductiva, lo que resulta crucial para infinidad de parejas en todo el mundo. Federico López Abalo nació en Buenos Aires (Argentina) en 1998 y estudia Derecho y Ciencias Políticas y Gestión Pública en la Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid.

