

# DESAFÍOS TRANSFRONTERIZOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ANÁLISIS DEL SISTEMA ESPAÑOL Y PORTUGUÉS

## *CROSS-BORDER CHALLENGES IN SURROGACY: AN ANALYSIS OF THE SPANISH AND PORTUGUESE SYSTEMS*

Belén ROMERO GARCÍA-ARANDA\*

**Resumen:** El artículo analiza el reconocimiento jurídico de filiaciones derivadas de gestación por sustitución en el extranjero, analizando de forma concreta los sistemas normativos de España y Portugal. Se examinan las diferencias legislativas, la actuación judicial y administrativa, y la ponderación del interés superior del menor frente al orden público y la protección de la dignidad de la gestante. Mientras España mantiene un enfoque restrictivo, reconociendo la filiación únicamente mediante vínculo biológico o adopción, Portugal permite, bajo estrictos requisitos, el reconocimiento a favor de los progenitores intencionales, incluso frente a contratos nulos. La investigación evidencia la disparidad normativa y los desafíos derivados de la movilidad transnacional de menores, subrayando la necesidad de mecanismos armonizados que aseguren la protección efectiva de la filiación y los derechos de la infancia.

**Palabras clave:** Gestación por sustitución; Filiación transnacional; Interés superior del menor; Disparidad legislativa.

**Abstract:** This article examines the legal recognition of parentage resulting from surrogacy abroad, specifically analyzing the regulatory systems of Spain and Portugal. It explores legislative divergences, judicial and administrative practices, and the balancing of the child's best interests against public order and the protection of the surrogate's dignity. Spain adopts a restrictive approach, recognizing parentage solely through biological ties or adoption, whereas Portugal allows, under strict conditions, recognition in favor of intended parents even when contracts are null. The study highlights normative disparities and challenges arising from transnational mobility, emphasizing the need for harmonized mechanisms to ensure effective protection of parentage and children's rights.

**Keywords:** Surrogacy; Transnational parentage; Best interests of the child; Legislative disparity.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y PORTUGAL. 2.1. Contexto. 2.2. Marco normativo en España. 2.2. Marco normativo en Portugal. 3. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR FRENTE A LAS RESTRICCIONES ESTATALES: LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH. 3.1. La protección del interés superior del menor: reconocimiento de la filiación y derecho a la identidad personal. 3.2. La relativización del margen de apreciación estatal. 2.3. Influencia de la doctrina del TEDH en los ordenamientos español y portugués en ma-

---

\* Profesora ayudante doctor de Derecho Procesal URJC. Visiting Researcher at the Faculty of Law of the University of Coimbra. (belen.romero@urjc.es). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 17 de noviembre de 2025.

teria de gestación subrogada. 4. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA TRANSNACIONAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL: PROBLEMÁTICA Y RETOS PROCESALES. 4.1. Reconocimiento de filiaciones en España: análisis jurisprudencial y administrativo. 4.2. Reconocimiento jurídico de la filiación en Portugal: entre la voluntad de los progenitores y la protección del menor. 4.2.1. Primera etapa: Régimen de prohibición y primacía de la verdad biológica en la filiación. 4.2.2. Segunda etapa (Reforma introducida por la Ley n.º 25/2016): Configuración de un modelo excepcional de gestación por sustitución y reforzamiento del control jurídico. 4.2.3. Tercera etapa (Reforma introducida por la Ley n.º 90/2021): Consolidación del reconocimiento jurídico de la filiación intencional y ampliación de garantías para la gestante. 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución constituye, en la actualidad, uno de los fenómenos más controvertidos del ámbito jurídico y social, debido a su carácter disruptivo respecto de los modelos tradicionales de reproducción humana y a las implicaciones que plantea en materia de filiación. Esta técnica implica una desvinculación entre el proceso de gestación y la atribución de la maternidad, lo que suscita relevantes interrogantes de naturaleza jurídica y bioética.

Se trata de una práctica relativamente reciente, cuyo impacto se proyecta no solo en el ámbito social, sino también en esferas éticas, culturales, médicas y psicológicas. En torno a ella se ha articulado, especialmente en los últimos años, un intenso debate acerca de su legitimidad y de la conveniencia de su reconocimiento jurídico.

La respuesta normativa y jurisprudencial de los distintos Estados es dispar, generando, en ocasiones, situaciones de vulneración potencial de los derechos fundamentales de los menores, especialmente en lo relativo a su derecho a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>1</sup>. Esta realidad plantea un conflicto jurídico y ético de especial intensidad como es el reconocimiento, en el Estado de origen, de filiaciones válidamente constituidas en otro país mediante un procedimiento contrario al orden público interno.

En el caso de España y Portugal, ambos ordenamientos comparten una matriz jurídica y axiológica común basada en la indisponibilidad del estado civil y en la protección del interés superior del menor, pero difieren en su grado de apertura hacia el reconocimiento de los efectos de las filiaciones extranjeras derivadas de la gestación por sustitución. Mientras que España mantiene una posición marcadamente restrictiva, fundada en la nulidad radical del contrato de gestación por sustitución<sup>2</sup>, Portugal ha experimentado

---

<sup>1</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, artículo 8.1.

<sup>2</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, art. 10.

una evolución normativa, admitiendo, a partir de 2016 y bajo ciertas condiciones, la validez de los acuerdos de gestación por sustitución de carácter no oneroso<sup>3</sup>.

El problema jurídico central radica en determinar hasta qué punto los principios de orden público internacional, interés superior del menor y seguridad jurídica deben modular la aplicación estricta de las normas internas en materia de filiación, especialmente cuando el menor ha adquirido una filiación plena en el extranjero y convive de hecho con sus progenitores intencionales nacionales.

La jurisprudencia española y portuguesa, así como la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han puesto de relieve la necesidad de compatibilizar la defensa del orden público con la protección de los derechos fundamentales del menor, especialmente su derecho a la identidad y a la vida familiar. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH, aunque resolutive en determinados aspectos, no ofrece una respuesta unívoca o plenamente satisfactoria, dejando abiertas zonas grises que los ordenamientos nacionales deben abordar en clave de equilibrio entre orden público e interés del menor<sup>4</sup>.

El interés académico del presente estudio reside, precisamente, en examinar cómo los sistemas español y portugués articulan sus respuestas jurídicas ante este fenómeno, identificando puntos de convergencia, divergencia y posibles vías de armonización europea. La cuestión no solo es relevante desde una perspectiva teórica, sino también práctica, en la medida en que afecta al reconocimiento registral, la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y la tutela efectiva de los derechos personales y familiares.

La investigación se ha desarrollado mediante un enfoque jurídico-analítico, basado en el estudio exhaustivo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina relevante sobre gestación por sustitución en España, Portugal y a nivel europeo. Se ha seguido un método cualitativo, que permite sistematizar y contrastar normas, criterios judiciales y posiciones doctrinales, identificando convergencias, divergencias y vacíos normativos. Asimismo, se ha incorporado el análisis de pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de iniciativas normativas recientes, con el fin de garantizar un examen riguroso, objetivo y fundamentado de los aspectos procesales y normativos implicados en el reconocimiento de filiaciones derivadas de gestación por sustitución.

---

<sup>3</sup> Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida); Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08-22.

<sup>4</sup> HERNANDEZ LLINÁS, Laura, "Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: Doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas"; *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 107, enero-abril 2020, p. 185.

## 2. CONTEXTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y PORTUGAL

### 2.1. Contexto

La gestación por sustitución es una práctica que se lleva a cabo a través de las técnicas de reproducción humana asistida y que separa la gestación de la maternidad biológica, generando vínculos jurídicos de filiación distintos a la aportación genética de la gestante.

Constituye un acuerdo, ya sea oneroso o gratuito, mediante el cual una mujer consiente en llevar a término un embarazo, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su propio óvulo, con la finalidad de entregar al recién nacido a los comitentes, quienes pueden ser una pareja, casada o no, o individuos que a su vez pueden aportar o no sus gametos. Tras el nacimiento, los comitentes adquieren la condición de progenitores legales del menor<sup>5</sup>.

La mujer que realiza la gestación, renunciando posteriormente a la filiación materna, recibe diversas denominaciones en la doctrina y en la legislación: gestante, mujer gestante, madre subrogada o madre biológica. Por su parte, los comitentes, responsables de la filiación y de los deberes parentales, son referidos como padres de intención, padres futuros, progenitores legales o progenitores subrogados, reflejando la doble dimensión de su rol, la intención de asumir la parentalidad y el reconocimiento jurídico de dicha filiación<sup>6</sup>.

En el panorama jurídico internacional se presenta como un fenómeno marcado por una profunda heterogeneidad normativa y la ausencia de un marco común que garantice coherencia en su tratamiento. Los Estados han adoptado respuestas dispares, desde la admisión condicionada hasta la prohibición absoluta, lo que genera tensiones jurídicas y conflictos de reconocimiento transnacional, especialmente en los denominados Estados receptores, que, pese a haber proscrito la práctica, se ven ante el hecho consumado del nacimiento de menores fruto de acuerdos celebrados en el extranjero. Tal diversidad legislativa obliga a estos Estados a conciliar la aplicación de su normativa interna con la necesidad de salvaguardar el interés superior del niño y otorgar seguridad jurídica a las partes implicadas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sent. A.P. de Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) núm. 826/2011 de 23 noviembre de 2011, ECLI: ES:APV:2011:5738 F.J.º 1.º: *“que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*.

<sup>6</sup> Véase para este tema ROMERO GARCÍA-ARANDA, Belén, *Determinación de la filiación en España cuando se emplea la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Aranzadi, 2023.

<sup>7</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), Preliminary Report on international surrogacy arrangements, 2012, punto III. Current perspectives and trends in policies, le-

España y Portugal constituyen un ejemplo paradigmático de esta disparidad normativa. Mientras que en el ordenamiento jurídico español el contrato de gestación por sustitución es declarado nulo y privado de los efectos propios de los contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, esta nulidad ha sido habitualmente interpretada como una prohibición general de la gestación por sustitución en nuestro país, si bien dicha lectura no resulta plenamente exacta<sup>8</sup>. En contraste, Portugal ha transitado en los últimos años desde una posición prohibitiva hacia una legalización restringida y sujeta a estrictos requisitos éticos y procedimentales. Esta evolución refleja dos modelos contrapuestos dentro del espacio jurídico ibérico, cuyas implicaciones merecen un análisis detenido.

El debate actual sobre la gestación por sustitución se orienta hacia la posible reforma del marco normativo vigente, a fin de garantizar los derechos de todos los intervinientes, en particular de las mujeres gestantes y de los menores. En el ámbito europeo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2023 ha reavivado la discusión al prever un Reglamento del Consejo sobre filiación y un certificado europeo de filiación<sup>9</sup>, orientado a proteger, de forma uniforme, los derechos del menor y reforzar la seguridad jurídica.

Aún se desconoce si la Propuesta de Reglamento culminará su tramitación y cuál será su redacción definitiva. En todo caso, aunque no se orienta específicamente a la filiación derivada de la gestación por sustitución, sino a la regulación general de la filiación, con exclusión expresa de la adopción, su eventual aprobación establecería un marco común para el reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos relativos a la filiación determinados en Estados miembros de la Unión Europea. Su ámbito territorial, no obstante, se circunscribe a la UE, de modo que las resoluciones y documentos procedentes de terceros Estados continuarían sometidos al Derecho nacional, lo que limita su incidencia práctica en materia de gestación por sustitución, dado que únicamente Grecia y Portugal han regulado esta modalidad de filiación. Con el objetivo de facilitar el reconocimiento de la filiación entre Estados miembros, la Propuesta articula de forma unitaria las normas sobre competencia, Derecho aplicable, reconocimiento de resoluciones y documentos públicos, aceptación de documentos con valor probatorio y la

gislation and judicial approaches in relation to surrogacy, p.9. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, última consulta enero de 2026.

<sup>8</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución", en FORNER I DELAYGUA, Joaquim Joan, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, VIÑAS FARRÉ, Ramón, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons 2013, p. 84.

<sup>9</sup> Parlamento Europeo, COM(2022)0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS), "Resolución legislativa sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo", de 14 de diciembre de 2023. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_ES.html), última consulta enero de 2026.

creación de un certificado europeo de filiación. En particular, se prevé el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales y documentos públicos, sin necesidad de procedimiento previo, mediante la simple presentación de una copia auténtica acompañada del correspondiente certificado (art. 21.1), así como la actualización directa de los registros civiles nacionales cuando la resolución sea firme en el Estado de origen (art. 21.2). El reconocimiento únicamente podrá denegarse por los motivos tasados en la Propuesta, entre los que destaca la contrariedad manifiesta con el orden público internacional del Estado requerido, cuya interpretación deberá realizarse de conformidad con los derechos fundamentales y los principios recogidos en la Carta, en particular el de no discriminación. Ello permitiría, en el caso español, mantener la negativa al reconocimiento de resoluciones de filiación derivadas de gestación por sustitución procedentes de otros Estados miembros, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo, fundada en la protección de los derechos de la mujer gestante y del menor<sup>10</sup>. Sin embargo, esta iniciativa podría implicar, según alguna posición doctrinal, una legalización encubierta de la gestación por sustitución, lo que resulta contradictorio con la postura restrictiva que, tradicionalmente, ha mantenido la propia Unión frente a esta práctica<sup>11</sup>.

En el ámbito internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) ha venido destacando la necesidad de abordar la falta de protección jurídica que afecta a las mujeres gestantes y a los menores nacidos mediante acuerdos internacionales de gestación por sustitución, consecuencia directa de la disparidad legislativa existente entre los Estados. Con el objetivo de armonizar criterios y fortalecer la seguridad jurídica en materia de filiación, la Conferencia constituyó en 2015 un Grupo de Expertos geográficamente representativo, encargado de elaborar un instrumento general sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras relativas a la filiación legal y un protocolo específico sobre decisiones derivadas de acuerdos de subrogación internacional<sup>12</sup>. En este marco, un subgrupo ha trabajado en el proyecto de informe y de disposiciones para un eventual convenio sobre filiación, centrado en los criterios indirectos de competencia judicial, causas de denegación del reconocimiento y aspectos sustantivos vinculados a la filiación internacional. Pese a los avances, no se ha alcanzado aún consenso entre los Estados miembros, debido principalmente a las reticencias frente a la posibilidad de conferir validez en el ámbito interno a contratos de gestación por sustitución carentes de respaldo legal nacional. Dicho Grupo de expertos,

---

<sup>10</sup> ZOUAK LARA, Paola, "La filiación de menores nacidos por gestación por sustitución: situación actual en España y perspectivas de futuro", *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, n.º 3 (julio-septiembre, 2024), Ensayos, pp. 274 y 275. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, última consulta enero de 2026.

<sup>11</sup> OCHOA RUIZ, Natalia M, "La propuesta de reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad: ¿Un intento de reconocer la gestación subrogada en la Unión Europea?", *Cuadernos de Bioética*, 2024, Vol. 35, n.º 114, p. 164.

<sup>12</sup> Informes del Grupo de expertos en filiación y gestación subrogada internacional de la Conferencia de la Haya: Disponibles en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, última consulta en enero de 2026.

celebró un total de doce reuniones hasta que el Consejo de Asuntos Generales, en su sesión de marzo de 2023, acordó su disolución y la constitución de un Grupo de trabajo<sup>13</sup>. El Grupo de trabajo celebró su quinta reunión en noviembre de 2025, con el propósito de finalizar el informe dirigido al Consejo de Asuntos Generales y Política y continuar evaluando la viabilidad de un instrumento internacional consensuado que garantice la protección jurídica y el reconocimiento uniforme de la filiación en contextos transfronterizos<sup>14</sup>.

## 2.2. Marco normativo en España

La gestación por sustitución, practicada desde la década de 1970 como respuesta a los problemas de fertilidad, fue objeto de las primeras reflexiones jurídicas en España a raíz del “Informe Palacios” (1984), elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, presidida por Don Marcelo Palacios Alonso<sup>15</sup>. Este documento, aunque sin fuerza vinculante, introdujo por primera vez una referencia expresa a la gestación subrogada, estableciendo su prohibición absoluta y sancionando a todos los intervinientes en su práctica<sup>16</sup>. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, consolidó ese enfoque restrictivo, situando a España entre los primeros países europeos en regular la reproducción humana asistida, aunque manteniendo la nulidad de todo contrato de sustitución gestacional<sup>17</sup>.

El desarrollo científico y social de las décadas posteriores impulsó la actualización normativa mediante la Ley 45/2003<sup>18</sup> y, finalmente, la Ley 14/2006,

<sup>13</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, DIAGO DIAGO, María del Pilar, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, 2023, pp. 229-252, p. 240.

<sup>14</sup> HCCH: Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo (del 7 al 11 de abril de 2024); Anexo I Memorando de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo sobre Filiación y Gestación por Sustitución Subrogada preparado por el presidente, p. 5 e Informe final del Grupo de Trabajo sobre Paternidad/Maternidad Subrogada sobre la viabilidad de un posible Convenio sobre el Reconocimiento de Sentencias de Paternidad Legal (noviembre de 2025): El Informe ha sido elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Filiación y Gestación por Sustitución de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), en cumplimiento de los mandatos del Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP), y se presenta para su consideración en la reunión de marzo de 2026, incluyendo posibles trabajos futuros en esta área. Contiene proyectos de disposiciones para un potencial Convenio sobre el reconocimiento de sentencias relativas a la filiación legal, acompañados de explicaciones, consideraciones de viabilidad y una evaluación general de su factibilidad. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/09215fe7-6f22-4777-9fd4-ad292efd00b9.pdf>, última consulta en enero de 2026.

<sup>15</sup> El informe palacios, presentado al Congreso de los Diputados el 2 de noviembre de 1984, constituye el primer documento oficial presentado en España en materia de reproducción asistida.

<sup>16</sup> VILAR GONZÁLEZ, Silvia, *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1.ª ed., Madrid, 2018, pp. 59-61.

<sup>17</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, art. 10.

<sup>18</sup> Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

de 26 de mayo, actualmente vigente. Esta última estableció un marco jurídico integral para las técnicas de reproducción humana asistida, garantizando la seguridad jurídica de quienes intervienen en ellas, pero mantuvo la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución en su artículo 10<sup>19</sup>. A pesar de ello, la globalización del fenómeno y la existencia de marcos normativos permisivos en otros países han propiciado que numerosos ciudadanos españoles recurran a la subrogación transfronteriza, generando complejos conflictos en materia de filiación y reconocimiento de la paternidad o maternidad en España.

En la actualidad, la gestación por sustitución continúa siendo una materia controvertida y objeto de debate político y social. Diversas proposiciones de ley, como las presentadas por Unión Progreso y Democracia en 2015<sup>20</sup> y por Ciudadanos en 2017<sup>21</sup>, propusieron la regulación de la gestación por sustitución bajo criterios de altruismo, excepcionalidad y control público; sin embargo, ninguna de ellas prosperó en el trámite parlamentario.

Por su parte, el Comité de Bioética de España, en su informe sobre esta materia, se ha manifestado de forma expresa en favor del mantenimiento de la prohibición de esta práctica<sup>22</sup>, posición que también se ve reflejada en la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reafirma la ilicitud de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, calificándola incluso como una forma de violencia contra la salud reproductiva de las mujeres<sup>23</sup>. La norma refuerza el régimen jurídico restrictivo de la gestación por sustitución al establecer, por primera vez y de forma expresa, la prohibición de toda actividad de publicidad o promoción relacionada con dicha práctica<sup>24</sup>. Esta previsión se

<sup>19</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, BOE, núm. 126, de 27/05/2006, art. 10: “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”.

<sup>20</sup> El Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, con Rosa María Díez González como portavoz, presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados, con fecha 10 de febrero de 2015, el proyecto no de ley n.º 162/001162 para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-67 de 05/05/2016 Pág.: 125.

<sup>21</sup> El 5 de septiembre de 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos, con Miguel Ángel Gutiérrez Vivas como portavoz, presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados, la proposición de ley 122/000117, para la regulación de la gestación subrogada en España. BOCG 12-B-145-1, de 8 de septiembre de 2017.

<sup>22</sup> Comité Bioético de España, “Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Gestación por Sustitución”, 16 de mayo de 2017. Disponible en: <https://comitedebioetica.isciii.es/documentacion-y-publicaciones/>, última consulta enero de 2026.

<sup>23</sup> Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 2023, Preámbulo. II, último párrafo y artículo 1 que modifica el artículo 10 quinquies de la LO 2/2010.

<sup>24</sup> *Ibid.* Preámbulo. III, último párrafo: “Se refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, me-

enmarca en una política legislativa orientada a la tutela de la dignidad de la mujer y a la protección del interés superior del menor, reafirmando la incompatibilidad de la gestación por sustitución con los principios estructurales y axiológicos del Derecho español.

En el ordenamiento jurídico español, la gestación por sustitución no puede calificarse propiamente como una práctica ilícita, en la medida en que no existe un régimen sancionador específico para quienes participan en este tipo de contratos. Las consecuencias derivadas de su celebración son fundamentalmente de carácter civil, especialmente en lo relativo a las dificultades para el reconocimiento de la filiación del menor nacido mediante esta técnica. En este sentido, no se trata de una conducta prohibida ni penalmente tipificada, sino de un supuesto de nulidad contractual, lo que comporta la aplicación de las reglas legales de determinación de la filiación y la atribución de la maternidad a la mujer gestante, como si el contrato no hubiera existido. No obstante, el Tribunal Supremo ha advertido, en su sentencia de 31 de marzo de 2022<sup>25</sup> que determinadas conductas vinculadas a la gestación por sustitución, cuando impliquen la entrega de un menor a cambio de una compensación económica y se eludan los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, podrían, eventualmente, subsumirse en el tipo penal previsto en el artículo 221.1 del Código Penal. Pese a ello, en la práctica, el interés superior del menor ha prevalecido de forma constante, especialmente en aquellos supuestos en los que el menor ya se encuentra integrado en un entorno familiar estable en España. En contraste con la ausencia de sanción para la celebración del contrato, sí resulta ilícita la promoción comercial de la gestación por sustitución, cuya prohibición se establece expresamente en el artículo 33, en conexión con el artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>26</sup>.

Así, el ordenamiento jurídico español mantiene una posición de rechazo normativo, aunque enfrenta el reto de conciliar los valores de dignidad y protección frente a la mercantilización con las exigencias derivadas de la realidad social y del reconocimiento internacional de los derechos de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.

### 2.3. Marco normativo en Portugal

La regulación de la gestación por sustitución en Portugal se enmarca en el desarrollo de las técnicas de procreación médicamente asistida (PMA), cuyo

---

diante la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación” y artículo 1 que modifica el artículo 33 LO 2/2010.

<sup>25</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022, ECLI: ES:TS: 2022:1153, F.º J. 4.punto 4.

<sup>26</sup> CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 44, 2024, pp. 131 y 132.

reconocimiento legislativo fue el resultado de un proceso largo y gradual iniciado en los años ochenta<sup>27</sup>. La Ley n.º 32/2006 constituyó el primer marco normativo completo en esta materia, estableciendo un modelo restrictivo basado en la protección de la dignidad humana y en el carácter subsidiario de la reproducción asistida<sup>28</sup>. En su redacción original, la ley no permitía la gestación subrogada, declarando la nulidad de cualquier contrato de este tipo y sancionando penalmente su realización, en coherencia con la orientación dominante en Europa<sup>29</sup>.

Las reformas introducidas por las Leyes n.º 17/2016 y 25/2016 supusieron un cambio sustancial al ampliar los beneficiarios de PMA a todas las mujeres, independientemente de su estado civil<sup>30</sup> y permitir, de manera excepcional, la gestación por sustitución en casos de imposibilidad médica para gestar, siempre bajo la supervisión del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA) y con prohibición absoluta de lucro<sup>31</sup>. Sin embargo, la aplicación del régimen fue limitada por sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional<sup>32</sup>, que exigieron garanti-

<sup>27</sup> La regulación de la procreación médicamente asistida (PMA) en Portugal se inició con el Decreto-Ley n.º 319/86, una norma provisional y restrictiva que sentó las bases legales iniciales. En 1997, la propuesta de Ley n.º 135/VII y la modificación constitucional (Ley n.º 1/97) introdujeron por primera vez la obligación del Estado de regular la PMA para proteger la dignidad humana. Durante la década de 2000 se presentaron diversos proyectos sin consenso, manteniéndose vigente el Decreto-Ley de 1986 hasta que, en 2006, se aprobó la Ley n.º 32/2006, de 26 de julho, Procriação medicamente assistida, Diário da República n.º 143/2006, Série I de 2006-07-26.

<sup>28</sup> DO CÉU PATRÃO NEVES, María, "Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview of the legal, regulatory, and ethical issues", *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 56-58.

<sup>29</sup> Lei n.º 32/2006, inicialmente, en el artículo 8, 1 disponía que: "Todo acto jurídico, gratuito o oneroso, que implique maternidad subrogada será nulo".

<sup>30</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tras la segunda reforma llevada a cabo por la Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, Diário da República n.º 116/2016, Série I de 2016-06-20, art. 6: "1. Las técnicas de TRA podrán ser utilizadas por parejas heterosexuales o parejas de mujeres, respectivamente casadas o que vivan en condiciones análogas a las de las parejas casadas, así como por todas las mujeres, independientemente de su estado civil y orientación sexual".

<sup>31</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tras la tercera reforma llevada a cabo por la Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08-22, art. 8, punto 2, 3, 4 y 5: "2. La celebración de negocios legales de gestación subrogada solo es posible de manera excepcional y gratuita, en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano que impida absoluta y definitivamente que la mujer quede embarazada, o en situaciones clínicas que lo justifiquen. 3. La gestación subrogada solo podrá autorizarse mediante una técnica de procreación médicamente asistida que utilice los gametos de al menos uno de los respectivos beneficiarios, y la madre subrogada no podrá, en ningún caso, ser donante de ningún ovocito utilizado en el procedimiento específico en el que participe. 4. La celebración de negocios jurídicos de gestación subrogada requiere autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, entidad que supervisa todo el proceso, que siempre va precedida de audiencia del Colegio Médico Portugués y sólo puede concederse en las situaciones previstas en el apartado 2. 5. Se prohíbe cualquier tipo de pago o donación de cualquier bien o cantidad de los beneficiarios a la gestante por el embarazo del niño, excepto el importe correspondiente a los gastos derivados de la asistencia sanitaria efectivamente prestada, incluido el transporte, siempre que estén debidamente documentados".

<sup>32</sup> Portugal, STC n.º 225/2018, de 7 de mayo, Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, declaró la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de diversas disposiciones contenidas en los números 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11 y 12 del artículo 8.º, lo que tuvo como consecuencia la imposibilidad, en

zar el derecho a la identidad del menor<sup>33</sup> y la posibilidad de revocación del consentimiento de la gestante<sup>34</sup>. Ello llevó a una profunda revisión legislativa culminada en 2021<sup>35</sup>, que reforzó las garantías éticas, jurídicas y médicas de las partes implicadas, consolidando un modelo de gestación subrogada no comercial, excepcional y fuertemente controlado<sup>36</sup>.

A pesar de la existencia de un marco normativo que reconoce la gestación subrogada sin carácter oneroso, su operatividad se encuentra limitada por restricciones estrictas y por la ausencia de una reglamentación secundaria plenamente desarrollada<sup>37</sup>. Tal escenario evidencia la disonancia entre la normativa formal y su implementación efectiva, destacando la necesidad de mecanismos regulatorios precisos y adaptativos que salvaguarden los derechos fundamentales y aseguren las garantías procesales correspondientes. La carencia de un desarrollo reglamentario integral genera incertidumbre jurídica en relación con la formalización de los contratos de gestación subrogada, la revocación del consentimiento otorgado y la determinación de la filiación, obstaculizando la protección efectiva del interés superior del menor

---

todo el territorio portugués, de recurrir a la gestación por sustitución en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida y la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 465/2019, de 18 de octubre.

<sup>33</sup> *Ibid*, (declaración de voto): Entendió el TC, a mí parecer de manera justificada, que, aplicar a la mujer gestante el mismo régimen de anonimato previsto para los donantes de gametos en las PMA equivaldría a suprimir completamente el derecho del menor a conocer sus propios orígenes, y en consecuencia, declaró que “establecer un sistema de abolición total del derecho a conocer la identidad de las mujeres embarazadas no es compatible con el artículo 26, 1, de la Constitución, en la medida en que consagra el derecho a la identidad y a la historicidad personal”. Esta interpretación refuerza la primacía del interés superior del menor, reconociendo su derecho a acceder a información esencial sobre su filiación biológica, lo que protege no solo su identidad personal, sino también su desarrollo integral y su historicidad, en línea con los estándares internacionales sobre derechos del niño.

<sup>34</sup> *Ibid*, declaró la inconstitucionalidad de los apartados 7 y 8 del artículo 8 de la LPMA “por vulnerar el derecho de la gestante al desarrollo personal, se deriva de la consideración de que el derecho de la gestante a retractarse debe garantizarse en su máxima extensión temporal cesando únicamente en el momento de la entrega del hijo a los beneficiarios a cuyo plan parental se ha adherido...”, (en el artículo 14 de la ley se establecía el plazo genérico de libre revocabilidad del consentimiento para las PMA hasta el inicio de los procesos terapéuticos de TRA).

<sup>35</sup> Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida, Diário da República n.º 242/2021, Série I de 2021-12-16.

<sup>36</sup> Las reformas más significativas de la Ley afectaron a los artículos 8, 14 y 39, estableciendo un marco riguroso para la autorización y control de los contratos de gestación subrogada, limitando su admisibilidad a supuestos excepcionales y gratuitos, con supervisión del CNPMA. Se reconoció el derecho de la gestante a revocar su consentimiento hasta la inscripción del nacimiento, garantizando su autodeterminación y protección. Se reforzó el contenido contractual mínimo, incluyendo derechos, deberes, apoyo psicológico y asistencia médica para la gestante. Se añadieron los artículos 13-A y 13-B que regulan expresamente sus derechos y obligaciones durante el proceso. Finalmente, se mantiene la prohibición de la gestación subrogada comercial, estableciendo sanciones penales y consolidando un modelo excepcional, no oneroso y supervisado, accesible también a extranjeros que cumplan los requisitos legales.

<sup>37</sup> Lei n.º 90/2021, art.5, establece que corresponderá al Gobierno dictar la reglamentación específica en un plazo de 30 días contados a partir de su publicación, no obstante, transcurridos cuatro años desde su promulgación, la reglamentación prevista no ha sido aún elaborada, lo que pone de manifiesto que, pese a la existencia de un marco legal formal, su implementación efectiva continúa pendiente.

y la adecuada ponderación de los derechos de la gestante frente a los de los progenitores solicitantes.

### **3. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR FRENTE A LAS RESTRICCIONES ESTATALES: LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH**

El TEDH ha desarrollado una sólida jurisprudencia en materia de gestación por sustitución, reflejada en casos emblemáticos como *Menesson* contra Francia, *Labassee* contra Francia o *Paradiso y Campanelli* contra Italia. De dichos pronunciamientos se derivan tres ejes esenciales en su argumentación, los cuales configuran los criterios fundamentales que orientan la actuación de los Estados miembros: el margen de apreciación reconocido a los Estados, la prevalencia del interés superior del menor y, como elemento decisivo en la ponderación de los derechos en conflicto, la existencia de un vínculo genético entre el menor y alguno de los progenitores comitentes<sup>38</sup>.

El análisis de la doctrina jurisprudencial europea nos permite contextualizar las respuestas de los ordenamientos español y portugués ante los conflictos transfronterizos derivados de esta práctica, especialmente en lo relativo a la filiación y al interés superior del menor, y sirve como parámetro para examinar hasta qué punto las soluciones internas resultan compatibles con las exigencias derivadas del CEDH.

#### **3.1. La protección del interés superior del menor: reconocimiento de la filiación y derecho a la identidad personal**

La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución, especialmente a partir de los casos *Menesson* y *Labassee* (2014) y *Bouvet y Foulon* (2016)<sup>39</sup> contra Francia, ha consolidado una doctrina que reconoce la vulneración del artículo 8 del CEDH cuando los Estados se niegan a establecer la filiación paterna de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, siempre que exista un vínculo genético con al menos uno de los progenitores de intención. El Tribunal considera que dicha negativa priva al menor de su derecho a una identidad y filiación determinada, constituyendo una injerencia desproporcionada en su vida privada, instando a los Estados parte del Convenio a garantizar mecanismos eficaces para el establecimiento interno de los vínculos filiales establecidos legalmente en el extranjero, respetando siempre el interés superior del menor<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ QUEVEDO, Luis Fernando, "Las debilidades de la jurisprudencia del TEDH en materia de gestación subrogada: El margen de apreciación, el interés superior del menor y el vínculo genético", *Revista de Derecho Político*, n.º 121, diciembre 2024, pp. 309-332, p. 315.

<sup>39</sup> *Foulon* c. Francia, núm. 9063/14, núm. 1041/14, *Bouvet* c. Francia, STEDH, de 21 de julio de 2016.

<sup>40</sup> FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, "Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo", *Rev. Derecho Privado* [online], 2014, Núm.27, pp.71-89, p. 80. Disponible en: <http://>

En estos casos, matrimonios franceses celebraron contratos de gestación por sustitución en Estados Unidos, donde autoridades judiciales establecieron su filiación respecto de los menores nacidos mediante esta práctica. Sin embargo, las autoridades francesas se negaron a inscribir dichas filiaciones en el Registro Civil, invocando el orden público internacional y la prohibición de la gestación subrogada en su ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. Las decisiones de la *Cour de Cassation* confirmaron esta negativa, al considerar que el reconocimiento de tales actos vulneraba principios fundamentales del derecho francés, como la indisponibilidad del estado civil y del cuerpo humano<sup>42</sup>.

El TEDH, en sus sentencias de 26 de junio de 2014, analizó la compatibilidad de estas decisiones con el artículo 8 del CEDH, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Si bien el Tribunal entendió que Francia no había vulnerado los derechos de los padres intencionales al negarse a reconocer la validez de los contratos de gestación por sustitución<sup>43</sup>, concluyó que sí se había producido una injerencia ilegítima en los derechos de los menores, en concreto, al derecho a su vida privada, recordando que “el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación”<sup>44</sup>.

En su razonamiento, el Tribunal subrayó que la negativa estatal a reconocer la filiación impedía a los niños acceder a un estatuto jurídico claro, incidiendo en aspectos esenciales de su identidad como la nacionalidad, los derechos sucesorios o la responsabilidad parental y quebrantando el principio del interés superior del menor, pilar interpretativo central en la materia, lo que supone una injerencia directa en la configuración de la identidad personal del individuo y evidencia que el Estado que se niega a reconocer o inscribir la filiación en tales supuestos excede los límites del margen de apreciación que le corresponde<sup>45</sup>.

El caso *Paradiso y Campanelli contra Italia* representa un precedente de especial relevancia en la jurisprudencia europea sobre gestación por susti-

---

[www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0123-43662014000200004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0123-43662014000200004), última consulta enero de 2026.

<sup>41</sup> Código Civil Francés, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas, art. 16, apart. 7.º, de contenido prácticamente idéntico al art. 10.1 de nuestra LTRHA, que declara la nulidad de pleno derecho de contratos de gestación por sustitución y el apart. 9.º, que declara que las disposiciones del capítulo al que pertenece este artículo son de orden público.

<sup>42</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, n.º 2, p. 172..

<sup>43</sup> *Mennesson c. France*, puntos 87-94 y *Labassee c. France*, puntos 71-73, STEDH, de 26 de junio de 2014.

<sup>44</sup> *Mennesson c. France*, puntos 96-100 y *Labassee c. France*, puntos 75-79, STEDH, de 26 de junio de 2014.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Determinación de la filiación”, *op. cit.*, p.173.

tución, al abordar con especial profundidad la interpretación del artículo 8 del CEDH en ausencia de vínculo genético entre el menor y los padres de intención. El Tribunal limitó su análisis al derecho del matrimonio a la vida privada, descartando la existencia de vida familiar por la falta de lazo biológico y la breve convivencia. Consideró legítima y proporcionada la actuación de las autoridades italianas de separar al menor de los padres de intención, al tratarse de una consecuencia derivada de una práctica contraria a la legislación nacional, dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados. Además, la Gran Sala subrayó que la regulación de la gestación por sustitución corresponde exclusivamente al ámbito soberano interno, y que el principio del interés superior del menor tiene un alcance general orientado a la protección de todos los niños, no solo del caso concreto<sup>46</sup>. En síntesis, el fallo reafirma que el CEDH no reconoce un derecho autónomo a la paternidad o maternidad y prioriza el interés público y la seguridad jurídica sobre el deseo individual de procrear mediante prácticas prohibidas por el ordenamiento interno<sup>47</sup>.

Esta resolución generó controversia al considerar compatible con el CEDH la actuación de las autoridades italianas, pese a su carácter particularmente severo. A diferencia de los precedentes frente a Francia, el interés superior del menor no prevaleció frente al orden público, ya que el análisis se centró únicamente en los derechos de los padres intencionales, excluyéndose la valoración de posibles vulneraciones a los derechos del niño. Esta delimitación procesal, motivada por la ausencia de legitimación activa del matrimonio para representarlo en el proceso, condicionó el sentido del fallo. Es plausible pensar que, de haberse examinado la injerencia desde la óptica del menor, el Tribunal habría apreciado una desproporción contraria al artículo 8 del Convenio. Por tanto, la sentencia no debe entenderse como una negativa definitiva del TEDH a avanzar hacia una jurisprudencia más garantista respecto de los derechos de los menores, nacidos mediante gestación subrogada, sin vínculo genético con sus progenitores intencionales<sup>48</sup>.

En el Dictamen de 10 de abril de 2019, primera opinión consultiva emitida tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 al CEDH<sup>49</sup>, que permite a los Estados solicitar al TEDH pronunciamientos no vinculantes pero dotados de una fuerte autoridad interpretativa y un efecto cuasi obligatorio al poder

---

<sup>46</sup> RUIZ MARTÍN, Ana María, “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 2, 2019, p. 790.

<sup>47</sup> Paradiso y Campanelli c. Italia, núm. 25358/12, punto 153, STEDH, de 24 de enero de 2017.

<sup>48</sup> HERNANDEZ LLINÁS, Laura, “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: Doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas”, UNED. Revista de Derecho Político, n.º 107, enero-abril 2020, p. 194.

<sup>49</sup> De acuerdo con su artículo 8, el Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2018, tras la ratificación de 10 Estados, desde que se abrió a la firma 5 años antes, el 2 de octubre de 2013, España lo ratificó el 29 de octubre de 2024.

dar lugar a futuras demandas individuales<sup>50</sup>, respondió a la *Cour de cassation* francesa acerca de si el artículo 8 del Convenio exige reconocer la filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada y la madre comitente sin vínculo genético. En aquel momento, Francia había admitido la inscripción de la filiación paterna basada en el vínculo biológico, pero condicionaba la filiación materna a la adopción, lo que generaba una discrepancia con el certificado de nacimiento extranjero que reconocía a la madre comitente como madre legal y motivó la solicitud de opinión al Tribunal<sup>51</sup>.

El Tribunal sostuvo que los Estados gozan de un margen de apreciación en la regulación de la gestación subrogada, el cual, sin embargo, se restringe cuando la cuestión incide en aspectos esenciales de la identidad del menor, como la filiación. A tal efecto, consideró que el respeto al artículo 8 del CEDH exige que el ordenamiento interno contemple mecanismos que permitan reconocer una relación jurídica entre el menor y la madre comitente, sin imponer un procedimiento concreto. En consecuencia, métodos como la adopción pueden reputarse compatibles con el Convenio siempre que sean ágiles, efectivos y salvaguarden el interés superior del niño, asegurando su estabilidad y seguridad jurídica en un tiempo razonable<sup>52</sup>.

El Tribunal subraya la importancia de que los ordenamientos nacionales contemplen la posibilidad de establecer la filiación entre el menor y la madre comitente cuando éste haya sido concebido con su material genético, a pesar de que, el procedimiento que dio origen a la solicitud de la opinión consultiva no versaba específicamente sobre tal supuesto. En tales circunstancias, la exigencia de establecer una relación jurídica materno-filial adquiere mayor fundamento, pues la existencia de un vínculo biológico refuerza el deber estatal de garantizar el reconocimiento de dicha relación conforme al artículo 8 del CEDH y al principio del interés superior del menor<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> SEVILLA DURO, M. Ángel, “El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”, *Anales de Derecho*, pp. 8-9.

<sup>51</sup> HERNANDEZ LLINÁS, Laura, “Gestación por sustitución internacional”, *op. cit.*, p. 189.

<sup>52</sup> Demanda n.º P16-2018-001), puntos 46 y 52, Dictamen TEDH, 10 de abril de 2019: “(46) el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la ‘madre legítima’; (52) el Tribunal considera que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica”.

<sup>53</sup> *Ibid.* Punto 47.

### 3.2. La relativización del margen de apreciación estatal

El margen de apreciación nacional para decidir lo que “es necesario en una sociedad democrática”<sup>54</sup> es una construcción jurisprudencial del TEDH que reconoce a los Estados firmantes un grado limitado de discrecionalidad en la aplicación de las obligaciones derivadas del Convenio, bajo la supervisión final de la propia Corte<sup>55</sup>. Su extensión varía según la existencia de consenso entre los Estados sobre la materia, siendo más amplio en cuestiones de naturaleza ética, moral o social, y viéndose restringido cuando se ven afectados derechos fundamentales relacionados con la identidad, la existencia o la filiación de los individuos. En el ámbito de la gestación por sustitución concurren ambos factores, por un lado, la ausencia de armonización normativa europea y, por otro, la afectación directa de la identidad de los menores mediante la determinación de su filiación. En estos casos, el Tribunal exige una ponderación proporcional entre los intereses del Estado y los derechos de los individuos, otorgando preeminencia al interés superior del menor, principio que debe orientar la configuración jurídica de la filiación y garantizar la protección integral de sus derechos fundamentales desde su nacimiento<sup>56</sup>.

En los casos *Menesson* y *Labassee* el TEDH precisó que, aunque los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en la regulación de la gestación por sustitución, este margen se ve restringido cuando están en juego derechos que inciden directamente en la identidad y existencia de los individuos<sup>57</sup>. Si bien la injerencia estatal se encontraba prevista por la ley y perseguía fines legítimos como la protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás, el Tribunal estimó que no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática. En el juicio de proporcionalidad, destacó que el interés superior del menor constituye un principio rector que debe prevalecer sobre cualquier otro. Aunque Francia puede, legítimamente, buscar desalentar la gestación subrogada, el margen de apreciación nacional en esta materia, amplio por su complejidad ética y la falta de consenso internacional, se reduce cuando la medida afecta a la filiación y, por ende, a la identidad jurídica y personal de los menores involucrados<sup>58</sup>. No obstante, conviene precisar que las sentencias *Menesson* y *Labassee* no suponen una legitimación de la gestación por sustitución en el ámbito europeo, sino la afirmación de que, la negativa estatal a reconocer los efectos de filiaciones válidamente consti-

<sup>54</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, arts. 1 y 8.2.

<sup>55</sup> *Menesson c. France*, puntos 77-80 y *Labassee c. France*, puntos 56-58, STEDH, de 26 de junio de 2014.

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n.º 2, p. 172. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264>, última consulta enero de 2026.

<sup>57</sup> FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 88.

<sup>58</sup> HERNANDEZ LLINÁS, Laura, “Gestación por sustitución internacional”, *op. cit.*, pp. 187-188.

tuidas en el extranjero no puede traducirse en la desprotección jurídica de los menores, ni en la vulneración de su derecho a la identidad y al desarrollo familiar.

Los casos *Mennesson* y *Labassee* constituyen hitos en la jurisprudencia del TEDH al abordar, por primera vez, el alcance del reconocimiento de filiaciones derivadas de gestación por sustitución realizadas en el extranjero. En su resolución, el Tribunal de Estrasburgo reconoce la potestad soberana de los Estados para definir su propio régimen jurídico en materia de gestación por sustitución, pudiendo optar por su autorización, prohibición o por la ausencia de regulación específica<sup>59</sup>. No obstante, el Tribunal fundamenta buena parte de su razonamiento en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, sustentada en la presunta inexistencia de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, tanto en relación con la práctica de la gestación subrogada como respecto al reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de los contratos de esta naturaleza<sup>60</sup>.

En pronunciamientos posteriores, como el asunto *Paradisso y Campanelli* contra Italia (2017)<sup>61</sup>, el Dictamen Consultivo de 10 de abril de 2019 y el caso *D* contra Francia (2020)<sup>62</sup>, el TEDH ha precisado los límites del margen de apreciación estatal, reforzando la protección del menor frente a situaciones de desprotección jurídica. En estos asuntos, el Tribunal ha distinguido entre la gestación subrogada con o sin vínculo genético, reconociendo el derecho al respeto de la vida privada únicamente cuando existe una relación biológica con alguno de los comitentes o una convivencia familiar consolidada. Asimismo, ha considerado legítimo que los Estados determinen la vía de reconocimiento, transcripción, adopción u otros medios, siempre que sea rápida y efectiva. En conjunto, esta doctrina no cuestiona la soberanía estatal para regular la gestación por sustitución, pero impone la obligación de asegurar la protección jurídica del menor y la preservación de su identidad, elementos esenciales del derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8 del CEDH.

Esta argumentación, utilizada inicialmente en los casos *Mennesson* y *Labassee* y reiterada, posteriormente, en el Dictamen Consultivo de 10 de abril de 2019<sup>63</sup>, suscita ciertas dudas desde una perspectiva crítica. En efecto, el recurso al margen de apreciación se apoya en una falta de consenso que no parece verificarse a la luz del Informe del Comité de Bioética del Consejo de Europa (2022)<sup>64</sup>, el cual demuestra que dos tercios de los Estados prohíben la

<sup>59</sup> DURÁN AYAGO, Antonia, "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson* c. France (n.º 65192/11) y caso *Labassee* c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014 interés Superior Del menor y gestación por sustitución", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, diciembre 2014, p. 281.

<sup>60</sup> *Mennesson* c. France, puntos 78-79, STEDH, de 26 de junio de 2014.

<sup>61</sup> *Paradiso y Campanelli* c. Italia, núm. 25358/12, STEDH, de 24 de enero de 2017.

<sup>62</sup> Caso *D* c. Francia, JUR 2020 \ 214195, STEDH, de 16 de julio de 2020.

<sup>63</sup> Demanda n.º P16-2018-001), Punto 43 y 51, Dictamen TEDH, 10 de abril de 2019.

<sup>64</sup> Comité de Bioética del Consejo de Europa, Anexo a las respuestas al cuestionario sobre el acceso a la reproducción asistida médicamente (RAM), sobre el derecho a conocer el origen de los niños naci-

gestación subrogada y que, entre los que la permiten, la mayoría solo admite su modalidad no comercial. De ello se infiere la existencia de un consenso generalizado contrario a la gestación subrogada comercial, lo que pone en entredicho la justificación del margen de apreciación en estos supuestos. En consecuencia, la aplicación de dicha doctrina, tal y como señala LF, Martínez Quevedo, debería circunscribirse, exclusivamente, al reconocimiento de los vínculos de filiación, en la medida en que dicho reconocimiento resulta esencial para garantizar el derecho del menor a su identidad y a su vida privada<sup>65</sup>.

El Dictamen de 10 de abril de 2019 ha orientado de forma decisiva la jurisprudencia posterior del TEDH en materia de gestación por sustitución. Así, en coherencia con la línea marcada por dicho pronunciamiento, el Tribunal confirmó en *D. c. Francia* (2020) la legitimidad de que los Estados nieguen la transcripción del vínculo materno establecido en un acta extranjera, incluso cuando ambos comitentes han aportado su material genético, siempre que el ordenamiento interno prevea un mecanismo alternativo eficaz, como la adopción, capaz de garantizar de manera ágil y efectiva la seguridad jurídica del menor y el respeto a su interés superior, sin exigirse un procedimiento específico. Esta doctrina se refleja también en la desestimación de la alegación de discriminación del artículo 14, al considerar el Tribunal razonable un control reforzado dada la complejidad y los riesgos inherentes a la gestación por sustitución<sup>66</sup>.

En la misma línea, en *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (2021) el Tribunal avaló la negativa estatal a reconocer la filiación derivada de un certificado extranjero al existir alternativas como la adopción que garantizaban la vida familiar sin vulnerar la prohibición nacional de la gestación subrogada. Por el contrario, en *C. c. Italia* (2023) apreció la vulneración del artículo 8 al no haberse reconocido durante años la filiación biológica del padre de intención, aunque admitió que el establecimiento de la filiación de la madre no biológica pudiera articularse mediante adopción. Finalmente, en *D.B. y otros c. Suiza* (2022) declaró la violación del derecho a la vida familiar por mantener al menor más de siete años sin vínculo jurídico con el padre de intención. En conjunto, estas resoluciones consolidan la exigencia de asegurar una filiación efectiva y estable para el niño, sin imponer a los Estados el reconocimiento automático de los efectos de la gestación por sustitución realizada en el extranjero<sup>67</sup>.

---

dos después de la RAM y sobre maternidad subrogada, presentado en Estrasburgo el 23 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2022-13-addendum-november-2022-e/1680ae852c>, última consulta enero de 2026.

<sup>65</sup> MARTÍNEZ QUEVEDO, Luis Fernando, “Las debilidades de la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 316 y ss.

<sup>66</sup> Demanda n.º P16-2018-001), puntos 81-89, Dictamen TEDH, 10 de abril de 2019.

<sup>67</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGFPJSJ. La Instrucción de 28 de abril de 2025”, *INDIBE, Instituto de Derecho Iberoamericano*, 14 mayo 2025, pp. 6 y 7. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/maternidad-subrogada-radical-cambio-posicion-la-dgfpsj-la-instruccion-28-abril-2025/>, última consulta enero de 2026.

### 3.3. Influencia de la doctrina del TEDH en los ordenamientos español y portugués en materia de gestación subrogada

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ejercido una influencia significativa en diversos sistemas jurídicos europeos, su impacto en el ordenamiento español ha sido limitado, toda vez que este ya contemplaba mecanismos específicos para la determinación de la filiación, mediante la acción de reclamación de filiación paterna y, en relación con el cónyuge del progenitor biológico, mediante la vía de la adopción. En la STS de 6 de febrero de 2014<sup>68</sup>, el Tribunal Supremo precisó que el derecho a formar una familia no es absoluto y no comprende la facultad de generar vínculos de filiación por medios no reconocidos por el ordenamiento jurídico. En el Auto de 2 de febrero de 2015, dictado en el marco del recurso extraordinario de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, interpuesto contra dicha sentencia, reafirmó la compatibilidad del ordenamiento nacional con la jurisprudencia del TEDH, concluyendo que no se producía vulneración del artículo 8 del CEDH y que los precedentes franceses (Mennesson y Labasse) no resultaban equiparables al sistema español. De acuerdo con los artículos 10.2 y 10.3 de la LTRHA, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo, la filiación de menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada puede constituirse mediante la denominada “reconstrucción” de la filiación, asegurando la filiación biológica del padre comitente sin que exista obligación de reconocimiento automático de la filiación determinada en el extranjero<sup>69</sup>.

La jurisprudencia del TEDH ha sido recibida de manera claramente divergente por los ordenamientos español y portugués, lo que pone de manifiesto dos modelos distintos de articulación entre el orden público interno y la protección del interés superior del menor en contextos transfronterizos de gestación por sustitución. En el caso español, el Tribunal Supremo ha optado por una lectura particularmente restrictiva de la doctrina de Estrasburgo, insistiendo en que el TEDH no impone el reconocimiento de la filiación constituida en el extranjero cuando esta trae causa de un contrato nulo por vulnerar el orden público, como afirmó de forma paradigmática en la Sentencia de 6 de febrero de 2014. No obstante, el propio Tribunal Supremo ha asumido, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH, que dicha negativa no puede traducirse en una desprotección del menor, lo que explica la admisión de vías alternativas para el establecimiento de la filiación, en particular la determinación de la filiación paterna biológica y, posteriormente, la constitución del vínculo materno o paterno respecto del cónyuge o pareja de hecho del padre biológico por medio de la adopción. Esta solución revela una recepción minimalista de las exigencias convencionales, orientada a preservar la coherencia

<sup>68</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 835/2013 de 6 febrero, ECLI:ES:TS:2014:247, F. J. 5.º.

<sup>69</sup> ZOUAK LARA, Paola, “La filiación de menores”, *op. cit.*, pp. 271 y 272. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, última consulta enero de 2026.

del sistema interno más que a facilitar la continuidad del estatus personal del menor.

Por el contrario, el ordenamiento portugués ha mostrado una mayor disposición a integrar de forma sustantiva la centralidad del interés del menor proclamada por el TEDH, incluso cuando ello exige modular restricciones legales internas. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, en particular de los Acórdãos n.º 225/2018 y n.º 465/2019, en los que, aun declarando la inconstitucionalidad de determinados aspectos del régimen de la gestación por sustitución, el Tribunal subrayó la necesidad de salvaguardar la posición jurídica de los menores nacidos mediante esta práctica, evitando soluciones que pudieran comprometer su identidad personal y su integración familiar. Esta orientación permite afirmar que, aunque ni España ni Portugal aceptan el reconocimiento automático de la filiación establecida en el extranjero, el sistema portugués se muestra más permeable a las exigencias derivadas del CEDH, habiendo legalizado la gestación por sustitución en su territorio y estableciendo una regla de atribución de paternidad a los padres de intención, mientras que el modelo español mantiene una primacía más rígida del orden público a la vista de las últimas resoluciones sobre la cuestión, emitidas por el Tribunal Supremo, sobre las que profundizaremos a continuación.

#### **4. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA TRANSNACIONAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL: PROBLEMÁTICA Y RETOS PROCESALES**

Tradicionalmente, conforme a la máxima latina *mater semper certa est*, la maternidad se vinculaba de manera indiscutible con el parto, considerándose madre a quien daba a luz. Esta regla, heredada del Derecho romano, todavía se mantiene en muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos. Sin embargo, la introducción de las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, de la gestación por sustitución, ha transformado esta concepción, al involucrar a diferentes mujeres en el proceso de gestación. Esta situación ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia adopten diversas posturas respecto a cuál de estas mujeres debe ser reconocida como madre legal<sup>70</sup>.

Surge así la filiación derivada de la reproducción humana asistida que, constituye una categoría adicional de filiación, distinta de la consanguínea y la adoptiva, fundamentada principalmente en la voluntad de procrear de quienes recurren a estas técnicas<sup>71</sup>. Esto es así porque las técnicas de reproducción asistida permiten la procreación sin necesidad de relaciones sexuales, generando una distinción entre maternidad y paternidad voluntaria,

<sup>70</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2013, p. 33.

<sup>71</sup> ISLA GALLEGO, AMPARO, "Filiación mediante técnicas de reproducción humana heteróloga", *El Derecho.com*, Lefebvre, 2018.

biológica y genética<sup>72</sup>. Antes de la aparición de estas técnicas, la concepción ocurría únicamente por medios naturales, de modo que la aportación genética, la gestación y, en general, la voluntad coincidía en la misma persona. Aunque el progenitor pudiera no desear la paternidad, esta se atribuía automáticamente por haber contribuido con el material biológico<sup>73</sup>.

En la actualidad, la voluntad o aspiración de ciertos individuos de formar una familia mediante gestación por sustitución ha generado una gran incertidumbre jurídica, especialmente, cuando se realiza en países que la permiten por nacionales de países que no la permiten<sup>74</sup>.

El presente epígrafe se propone analizar esta compleja problemática que surge en torno a la determinación de la filiación en España y Portugal de los menores nacidos mediante procesos de gestación por sustitución transnacional. En este contexto, la Conferencia Internacional de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) ha destacado que la problemática puede surgir en distintos momentos: en primer lugar, cuando los progenitores intencionales buscan trasladar al menor al Estado de su residencia habitual; en segundo lugar, una vez que el menor se encuentra en dicho Estado, al solicitar la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o el reconocimiento judicial o administrativo de una resolución extranjera que declare la filiación; y, finalmente, en etapas posteriores, cuando la determinación de la filiación se plantea, de manera incidental, en procedimientos relativos a la custodia o a la pensión alimenticia<sup>75</sup>.

#### 4.1. Reconocimiento de filiaciones en España: análisis jurisprudencial y administrativo

La creciente movilidad internacional y la disparidad legislativa existente entre los Estados, en materia de gestación por sustitución, han propiciado un fenómeno de “turismo reproductivo”, mediante el cual ciudadanos españoles recurren a esta práctica en países donde está permitida. Este contexto plantea en España el conflicto jurídico complejo de determinar cómo otorgar eficacia a filiaciones constituidas en el extranjero derivadas de contratos de gestación por sustitución, que son declarados nulos de pleno derecho por el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asisti-

<sup>72</sup> LAMM, Eleonora, “Gestación por Sustitución”, *op. cit.*, p. 50 citando a RIVAS RIVAS, A. M: “Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico”. *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, p. 14.

<sup>73</sup> *Ibid*

<sup>74</sup> VELARDE D'AMIL, Yvette, “Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, Vol. 3, septiembre de 2012, p. 62.

<sup>75</sup> HCCH: Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children, 2011, p.7, disponible en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, última consulta en enero de 2026.

da (LTRHA), por considerarse contrarios al orden público y a la dignidad de la mujer gestante y del menor.

El punto de inflexión en el debate jurídico nacional se produjo con el caso del matrimonio español conformado por dos varones que, tras formalizar un contrato de gestación por sustitución en California, solicitó la inscripción del nacimiento de sus hijos ante el registro civil consular. La negativa del encargado consular dio lugar a un extenso proceso administrativo y judicial que culminó en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 6 de febrero de 2014<sup>76</sup>. En ella, el Alto Tribunal negó validez jurídica a la certificación registral extranjera por considerarla incompatible con el orden público español, si bien reconoció que el interés superior del menor debía satisfacerse a través de los cauces previstos en la legislación nacional (la reclamación judicial de la paternidad biológica del progenitor comitente y la adopción por su pareja), sin que dicho principio legitimara actuaciones contrarias al marco normativo interno<sup>77</sup>.

El TS, en su Sentencia núm. 1153/2022, de 31 de marzo<sup>78</sup>, reitera su posición consolidada desde el pronunciamiento de 6 de febrero de 2014, en relación con los supuestos de gestación por sustitución de carácter transnacional. En este caso, la controversia se originó a raíz de la demanda interpuesta por una mujer que había celebrado un contrato de gestación por sustitución en México, solicitando el reconocimiento en España de la filiación constituida en el extranjero mediante la vía de la posesión de estado. El Alto Tribunal, manteniendo la coherencia de su doctrina, rechazó tal pretensión y reforzó su postura restrictiva frente a esta práctica, argumentando que la gestación por sustitución supone una lesión grave de los derechos fundamentales de la mujer gestante, al situarla en una posición de vulnerabilidad y posible explotación, y que, además, conlleva una afectación directa a los derechos e intereses del menor, al ser concebido como objeto de un acuerdo contractual<sup>79</sup>. Asimismo, advierte que los contratos de gestación por sustitución de carácter oneroso y en ausencia de vínculo genético con los comitentes pueden asimilarse a supuestos de “venta de niños”, vulnerando los principios esenciales del

---

<sup>76</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 835/2013 de 6 febrero, ECLI:ES:TS:2014:247, F. J. 3.º Punto 10: “por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”.

<sup>77</sup> *Ibid.* F. J. 5.º, puntos 11 y 12.

<sup>78</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022, ECLI: ES:TS: 2022:1153, Antecedentes de Hecho. En el asunto analizado no se solicitaba el reconocimiento en España de una resolución extranjera, sino que el padre de una mujer, reconocida en México como madre legal de un menor nacido por gestación subrogada, interpuso demanda para que se declarara su maternidad por posesión de estado, conforme al artículo 131.I del Código Civil, alegando la convivencia y trato materno-filial mantenidos durante dos años, así como la imposibilidad de acudir a la adopción por exceder la diferencia de edad legalmente permitida de 45 años.

<sup>79</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho. Tercero. Punto 12.

orden público internacional español<sup>80</sup>. No obstante, y en aras de la protección del interés superior del menor, el Tribunal remite a la solicitante a la vía de la adopción como mecanismo jurídico idóneo para posibilitar, de forma legítima y conforme a nuestro ordenamiento, el reconocimiento en España de la filiación establecida en el extranjero<sup>81</sup>.

En esta misma línea jurisprudencial, la Sentencia del TS núm. 1626/2024, de 4 de diciembre<sup>82</sup>, reafirma la negativa al reconocimiento de efectos, en España, a una resolución judicial extranjera, que declaraba la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución. El supuesto de hecho considerado corresponde a un matrimonio español compuesto por dos varones que celebraron, en el estado de Texas (EE. UU.), un contrato de gestación por sustitución con una mujer gestante y su esposo, siendo posteriormente declarados, por los tribunales texanos, progenitores legales de los niños nacidos en virtud de dicho acuerdo. Solicitado en España el exequátur de la resolución extranjera que reconocía su paternidad, los tribunales españoles, en todas las instancias, denegaron su reconocimiento al considerar que contravenía el orden público español, de conformidad con el artículo 46.1.a) de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, y el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que declara nulos este tipo de contratos. La Sala Primera confirmó la denegación del exequátur y, en coherencia con su doctrina consolidada, sostuvo que la determinación del interés superior del menor no puede realizarse en función de los intereses particulares de los comitentes, sino conforme a los valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico español, así como a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de estado civil e infancia<sup>83</sup>. En este sentido, enfatiza que la protección del menor no puede basarse en la validez del contrato de gestación subrogada ni en la filiación reconocida por la legislación extranjera, sino en la existencia de vínculos jurídicos legítimos, tales como la filiación biológica paterna, la adopción o el acogimiento familiar, que garanticen la integración del menor en un entorno familiar estable y conforme al Dere-

---

<sup>80</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho. Tercero. Puntos 5 y 7.

<sup>81</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho. Cuarto. Puntos 13 y 14. “La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años”.

<sup>82</sup> STS (Sala de lo Civil, Pleno), núm. 1626/2024, de 4 de diciembre, ECLI: ES:TS:2024:5879, Fundamentos de Derecho; Primero (antecedentes del caso), puntos 6 y 7.

<sup>83</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho; Quinto (motivo cuarto). “Como hemos declarado en anteriores sentencias sobre esta materia, la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia”.

cho español<sup>84</sup>. La sentencia concluye que esta vía constituye la única forma de satisfacer el interés superior del menor sin legitimar prácticas contrarias a derechos fundamentales, como la gestación subrogada comercial, la cual, reiterando lo ya declarado en las Sentencias núm. 835/2013 y 1153/2022, es considerada contraria al orden público internacional, al cosificar tanto a la mujer gestante como al niño<sup>85</sup>.

En consecuencia, el Tribunal recuerda que la Ley Orgánica 1/2023, modificativa de la Ley Orgánica 2/2010, califica expresamente la gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres<sup>86</sup>, criterio que también ha sido respaldado por la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015<sup>87</sup>.

En el ámbito administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha desempeñado un papel decisivo al fijar criterios interpretativos sobre la inscripción de estas filiaciones. La Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>88</sup>, inicialmente favorable a la inscripción directa de certificaciones extranjeras, fue posteriormente matizada mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>89</sup>, que exigió como condición indispensable la existencia

<sup>84</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho; Tercero (motivo segundo), punto 3. “El ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor”.

<sup>85</sup> *Ibid.* Fundamentos de Derecho; Tercero (motivo segundo), punto 2. “El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se ‘cosifica’ pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y, en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes”, asimismo, un poco más adelante se señala que: “este orden público es incompatible con que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño”.

<sup>86</sup> Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 2023 Preámbulo. II, último párrafo y artículo 10 quinquies.

<sup>87</sup> Parlamento Europeo, (2015/2229(INI)), “Resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto”, de 17 de diciembre de 2015, punto 115. “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html), última consulta enero de 2026.

<sup>88</sup> Dirección General sobre los Registros y el Notariado (DGRN), (RJ/2009/1735), “Resolución de 18 febrero 2009”, F. D. 5.º, párrafo 4.º: “Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño ‘la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar’”.

<sup>89</sup> DGRN, (RCL 2010/2624), “Instrucción de 5 de octubre 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010 segunda directriz: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

de una resolución judicial extranjera firme que acreditara el vínculo filial, junto con el correspondiente procedimiento de exequátur o reconocimiento incidental en España<sup>90</sup>. Este requisito perseguía garantizar que el contrato no vulnerara derechos fundamentales ni implicara supuestos de tráfico internacional de menores<sup>91</sup>.

Aunque la DGRN trató de flexibilizar estos criterios en su Instrucción de 14 de febrero de 2019<sup>92</sup>, permitiendo la inscripción, en ausencia de resolución judicial extranjera, bajo determinados requisitos de prueba genética y consentimiento de la gestante, dicha instrucción fue revocada apenas cuatro días después mediante la Resolución de 18 de febrero de 2019<sup>93</sup>, que restableció las exigencias del sistema de 2010.

A la luz del reciente pronunciamiento del TS en su Sentencia 1626/2024, de 4 de diciembre, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha procedido a adaptar su actuación administrativa a la doctrina consolidada del Alto Tribunal<sup>94</sup>. En este contexto, y con el fin de garantizar la coherencia del régimen registral con los principios del ordenamiento jurídico español y con los estándares internacionales de protección de los derechos de los menores y de las mujeres gestantes, se dictan nuevas directrices que dejan sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019<sup>95</sup>. Entre las medidas adoptadas, se dispone la inadmisión, por parte de los Registros Civiles y Consulares, de cualquier certificación registral extranjera o resolución judicial como título válido para inscribir el nacimiento y filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada, así como la suspensión de las solicitudes pendientes de inscripción<sup>96</sup>. No obstante, se prevé que los menores puedan trasladarse a España mediante la obtención de la documentación correspondiente y que la determinación de la filiación se realice conforme a las vías legalmente reconocidas, esto es, la reclamación judicial de la filiación biológica o, en su defecto, la adopción, siempre que se

---

<sup>90</sup> *Ibid.* Primera directriz, apartado 2 y 3.

<sup>91</sup> *Ibid.* Exposición de motivos.

<sup>92</sup> DGRN, “Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, directriz segunda y tercera. Con esta Instrucción la DGRN buscaba orientar a los responsables de los registros consulares en la tramitación de las inscripciones de nacimientos producidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Para ello, retoma los criterios fijados en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en los casos en que exista una resolución judicial emitida por las autoridades del país de origen. Sin embargo, introduce como elemento novedoso una regulación específica para los supuestos en los que no se disponga de dicha resolución, diferenciando el tratamiento aplicable a la determinación de la filiación paterna y materna.

<sup>93</sup> DGRN, “Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, punto 1 y 2, primer párrafo.

<sup>94</sup> Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), “Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución”, BOE» núm. 105, de 01/05/2025. Exposición de motivos.

<sup>95</sup> *Ibid.* Directriz primera.

<sup>96</sup> *Ibid.* Directriz segunda y tercera.

acredite la existencia de un entorno familiar adecuado y conforme al interés superior del menor<sup>97</sup>.

La nueva Instrucción de abril de 2025 viene a alinear la postura administrativa con la jurisprudencia del TS, reforzando el marco de protección frente a la instrumentalización de la maternidad y garantizando una mayor coherencia entre la actuación registral y los principios que inspiran el ordenamiento jurídico español. Parte de la doctrina considera que la práctica registral que permitió la inscripción de filiaciones derivadas de la gestación por sustitución resultaba jurídicamente improcedente, al fundarse en la presunción de un inexistente derecho a tener hijos y en una interpretación desviada del principio del interés superior del menor. La libertad de procreación, enraizada en el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE, no comporta un derecho a exigir del Estado la satisfacción de la pretensión de ser progenitor mediante el acceso irrestricto a las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, la legislación española, en consonancia con los valores constitucionales y el orden público, declara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución para proteger la dignidad de la mujer gestante y del menor frente a su mercantilización. El interés superior del menor, por su parte, no puede ser invocado para contradecir lo expresamente dispuesto por la ley, pues su aplicación debe realizarse dentro del marco del principio de legalidad y de los valores asumidos por la sociedad. En consecuencia, la Instrucción de 2010, al promover en la práctica la recepción sustantiva de una institución prohibida y ofrecer cobertura administrativa al denominado “turismo reproductivo”, se apartaba de la jurisprudencia consolidada del TS, que ha reiterado la incompatibilidad de tales prácticas con el orden público español y con los principios de dignidad y no cosificación de la persona<sup>98</sup>.

Sin embargo, esta doctrina, aunque coherente con la línea jurisprudencial de protección frente a la mercantilización de la maternidad, plantea interrogantes sobre su proporcionalidad y sobre la efectividad real de la tutela del interés superior del menor. La segunda directriz de la Instrucción excluye de forma categórica la posibilidad de considerar como título válido para la inscripción del nacimiento y la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución cualquier certificación registral extranjera, declaración acompañada de certificación médica o incluso resolución judicial firme dictada por las autoridades del Estado de origen. Esta prohibición absoluta impide, en la práctica, la continuidad transfronteriza de documentos y decisiones que acreditan legalmente el nacimiento y la filiación de estos menores. Sin embargo, dicha exclusión plantea serias dudas desde la perspectiva del marco normativo vigente, en la medida en que la Ley del Registro Civil solo

---

<sup>97</sup> *Ibid.* Directriz cuarta.

<sup>98</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Maternidad subrogada”, *op. cit.*, p. 2 y 3.

permite denegar el reconocimiento de documentos o resoluciones extranjeras cuando resulten manifiestamente contrarios al orden público internacional. Este concepto, que debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística, no puede operar de forma automática, pues ello podría comprometer el interés superior del menor, al privarle de una filiación jurídicamente cierta desde el nacimiento. En este sentido, únicamente cabría justificar la aplicación de la excepción de orden público en supuestos excepcionales, como aquellos en los que se constate la ausencia de un consentimiento libre e informado de la gestante o la existencia de tráfico internacional de menores, circunstancias que no han sido apreciadas en los casos examinados por el Tribunal Supremo<sup>99</sup>.

En definitiva, la exclusión absoluta de efectos registrales a resoluciones extranjeras puede generar situaciones de desprotección temporal e inseguridad jurídica para los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, especialmente cuando existe un vínculo biológico cierto con uno de los progenitores. Se advierte, por ello, que la respuesta adoptada, aun inspirada en la defensa de la dignidad humana y en la prevención de la explotación reproductiva, puede tensionar el equilibrio entre la salvaguarda de los valores del orden público español y las exigencias derivadas de la protección internacional de la infancia reconocidas por el TEDH. En este sentido, el TEDH, en su dictamen de 2019, consolidó el criterio de que los Estados deben garantizar mecanismos rápidos y eficaces de reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, especialmente cuando existe un vínculo biológico entre el menor y al menos uno de los progenitores, a fin de preservar su identidad y estabilidad jurídica. Desde esta perspectiva, una negativa absoluta al reconocimiento podría resultar desproporcionada si conlleva situaciones prolongadas de inseguridad o desprotección, siendo necesario articular soluciones que compatibilicen la protección del orden público con el interés superior del menor y con las obligaciones internacionales de tutela efectiva de los derechos de la infancia.

Desde esta perspectiva, la compatibilización entre la protección del orden público, el interés superior del menor y las obligaciones internacionales de tutela efectiva de los derechos de la infancia exige abandonar soluciones de todo o nada y avanzar hacia mecanismos jurídicos que permitan modular los efectos de la nulidad contractual sin legitimar la institución prohibida. Ello pasa, en primer lugar, por distinguir claramente entre la sanción del contrato de gestación por sustitución, que debe mantenerse como expresión de los valores de dignidad y no mercantilización de la persona, y la protección del menor ya nacido, cuya situación jurídica no puede quedar condicionada a la

---

<sup>99</sup> DURÁN AYAGO, Antonia, "Nota a La Instrucción De 28 De Abril De 2025, De La Dirección General De Seguridad Jurídica Y Fe Pública, Sobre actualización Del régimen Registral De La filiación De Los Nacimientos Mediante gestación Por sustitución: Entre Lo Anodino Y Lo Lesivo", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 17, n.º 2, 2025, pp. 1158-1159.

ilicitud del negocio subyacente. En este sentido, el reconocimiento limitado o funcional de determinados efectos de las resoluciones extranjeras, no como validación del contrato, sino como instrumento de tutela del menor, permitiría preservar su identidad, su estabilidad jurídica y su integración familiar. Asimismo, la articulación de vías ágiles y efectivas para el establecimiento de la filiación biológica paterna y, en su caso, de la filiación materna por mecanismos jurídicos alternativos, como la adopción, se presenta como una solución conforme tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo como con las exigencias derivadas del CEDH. De este modo, el control de orden público dejaría de operar como un obstáculo absoluto y pasaría a desempeñar una función de ajuste proporcional, capaz de salvaguardar los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español sin sacrificar la protección efectiva del interés superior del menor ni incumplir los compromisos internacionales asumidos en materia de derechos de la infancia.

#### **4.2. Reconocimiento jurídico de la filiación en Portugal: entre la voluntad de los progenitores y la protección del menor**

La determinación de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero plantea, en el ordenamiento jurídico portugués, cuestiones que se ubican en la intersección del derecho internacional privado, el derecho registral y la regulación de la procreación médicamente asistida.

La filiación y la parentalidad exigen un análisis que integre la evolución normativa y las transformaciones sociológicas de la familia, reflejadas en la apertura del matrimonio y de la adopción a parejas del mismo sexo, así como en la regulación de la gestación subrogada. El *Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado* se ha pronunciado reiteradamente sobre estas cuestiones<sup>100</sup>, estableciendo premisas fundamentales que sirven como marco interpretativo para abordar la determinación de la filiación de menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. En este contexto, el artículo 56 del Código Civil (CC) determina que la filiación se establece conforme a la ley personal del progenitor en la fecha del nacimiento<sup>101</sup>, en coherencia con el principio de biologismo consagrado en el n.º 3 del artículo

<sup>100</sup> Por ejemplo, en los procesos CC 96/2010 SJC-CT y CC 73/2016 STJ-CC, este último previo a la Ley n.º 25/2016 y a la Ley n.º 58/2017, así como a los Decretos Reglamentarios n.º 6/2016 y n.º 6/2017 o en el proceso CC 66/2022 SJ-CC, sobre gestación por sustitución transfronteriza-régimen de gestación por sustitución introducido por la Ley n.º 90/2021. Pareceres do Conselho Consultivo disponibles en: <https://irn.justica.gov.pt/Sobre-o-IRN/Doutrina-registal/Pareceres-do-Conselho-Consultivo>,

<sup>101</sup> Portugal. Decreto-Ley N.º 47344, Código Civil (CC), Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, art. 56.1: "La determinación de la filiación se rige por el derecho personal del progenitor en el momento en que se establece la relación. 2. En el caso de un hijo de una mujer casada, la determinación de la filiación con respecto al padre se rige por el derecho nacional común de la madre y el marido; en su defecto, se aplica el derecho del domicilio habitual común de los cónyuges, y si este tampoco fuera posible, se aplica el derecho personal del hijo. 3. A efectos del párrafo anterior, se considerará el momento del nacimiento del hijo o el momento de la disolución del matrimonio, si esta fuera anterior al nacimiento.

26 de la Constitución, sólo la filiación legalmente constituida confiere parentesco, derechos y deberes<sup>102</sup>, admitiéndose actualmente la filiación biológica<sup>103</sup>, la adoptiva<sup>104</sup> y la parentalidad derivada de técnicas de PMA<sup>105</sup>, todo nacimiento en territorio portugués, independientemente de la nacionalidad de los progenitores, está sujeto a registro obligatorio<sup>106</sup>, adquiriendo valor probatorio pleno, impugnabile únicamente mediante acciones de estado o de registro<sup>107</sup> y, los hijos de progenitores portugueses, nacidos en el extranjero, pueden adquirir la nacionalidad portuguesa conforme a lo dispuesto en la Ley de nacionalidad<sup>108</sup>.

La regulación de la gestación por sustitución en Portugal ha experimentado un proceso evolutivo que, desde su prohibición inicial, ha derivado en un régimen excepcional y altamente restrictivo. Así, antes de la promulgación de la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, la gestación subrogada estaba expresamente prohibida y, en algunos supuestos, incluso penalizada, fundamentándose dicha prohibición en los principios de orden público y moral consagrados en el CC<sup>109</sup>. Esta prohibición respondía a la consideración de que la cesión de la capacidad reproductiva de la mujer conllevaría una instrumentalización de su cuerpo y un riesgo de vulneración de la dignidad del menor, así como de la gestante, especialmente en los casos en que existiera una contraprestación económica<sup>110</sup>.

#### 4.2.1. Primera etapa: Régimen de prohibición y primacía de la verdad biológica en la filiación

La versión originaria de la Ley n.º 32/2006 estableció, de manera clara, la inadmisibilidad de los acuerdos de gestación por sustitución, declarando su

<sup>102</sup> *Ibid.* art. 1797. “1. Las facultades y obligaciones derivadas de la filiación o del parentesco basado en ella solo son exigibles si la filiación está legalmente establecida. 2. No obstante, el establecimiento de la filiación tiene efecto retroactivo”.

<sup>103</sup> *Ibid.*, artículos 1803 y ss.

<sup>104</sup> *Ibid.*, artículos 1973 y ss.

<sup>105</sup> Ley n.º 32/2006, tras su tercera reforma llevada a cabo por la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, artículo 8.7 y 20.

<sup>106</sup> DL n.º 131/95, de 06 de Junho, Código do Registo Civil (CRC), Diário da República n.º 131/1995, Série I-A de 1995-06-06, art. 1, (letra a) del n.º 1 y n.º 2.

<sup>107</sup> *Ibid.*, artículo 3.

<sup>108</sup> Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, Lei da Nacionalidade, Diário da República n.º 228/1981, Série I de 1981-10-03, versión actualizada dada por la Lei Orgânica n.º 1/2024, de 05 de Março, Diário da República n.º 46/2024, Série I de 2024-03-05, art. 1, (letra c), del n.º 1: “Los hijos de madre o padre portugués nacidos en el extranjero si su nacimiento está inscrito en el registro civil portugués o si manifiestan su deseo de ser portugueses”.

<sup>109</sup> CC, Decreto-Lei n.º 47344, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, art. 280. 1. “Una transacción legal es nula de pleno derecho si su objeto es física o jurídicamente imposible, contrario a la ley o indeterminable. 2. Una transacción es nula de pleno derecho si es contraria al orden público o atenta contra la moral pública”.

<sup>110</sup> ARAÚJO, FERNANDO, “A procriação assistida eo problema da santidade da vida”, Editora Almedina, 1999 y OLIVEIRA GUILHERME, “¡Madre há só uma (duas)! O contrato de gestación”, Coimbra Editora, 1992.

nulidad absoluta con independencia de que fueran celebrados a título gratuito u oneroso, estableciendo el criterio *mater semper certa est* para determinar la filiación materna, de manera que la mujer que llevase a cabo el embarazo y el parto se consideraba madre legal del niño, con independencia de la voluntad de las partes o de la contribución genética<sup>111</sup>. Esta solución respondía a la intención de garantizar la seguridad jurídica y preservar determinados valores fundamentales asociados a la dignidad de la mujer gestante y a la protección del interés del menor<sup>112</sup>.

En coherencia con dicho planteamiento, el legislador no contempló un régimen específico de determinación de la filiación paterna en los supuestos de gestación por sustitución, quedando sujeta esta materia a la aplicación supletoria de las normas generales del Código Civil, cuya operatividad variaba en función de la situación matrimonial de la gestante.

Cuando la gestante no se encontraba casada, la reclamación de la paternidad sustentada exclusivamente en la voluntad procreacional del comitente, carecía de fundamento jurídico. En efecto, el artículo 20.º, n.º 1, de la versión originaria de la LPMA, en consonancia con el artículo 1839.º, n.º 3, del CC, estaba concebido para los supuestos de procreación medicamente asistida heteróloga sin recurso a gestación por sustitución, atribuyendo la paternidad a quien hubiera prestado consentimiento para la inseminación de su cónyuge o pareja de hecho.

La gestación por sustitución se caracteriza por la no coincidencia entre la mujer sometida a la técnica y la mujer receptora del menor; por tanto, aun cuando el comitente masculino otorgue su consentimiento, no se satisface el presupuesto normativo, al ser la mujer inseminada un tercero respecto de la pareja, quedando así excluida la aplicación automática del régimen general de filiación previsto en la ley.

No obstante, el miembro masculino de la pareja beneficiaria podía recurrir a los mecanismos generales de determinación de la filiación, en particular al reconocimiento voluntario de la paternidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1796, apartado 2, que establece que la filiación paterna, fuera del matrimonio, se determina mediante dicho reconocimiento.

En los supuestos en que no existía vínculo biológico entre el reconociente y el menor, la filiación constituida presentaba un carácter jurídicamente precario, al ser susceptible de impugnación conforme al principio de correspondencia entre filiación legal y verdad biológica. Así, el artículo 1859.º del CC

---

<sup>111</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, versión original, artículo 8, 3: “La mujer que gesta un embarazo por subrogación para otra persona se considera, a todos los efectos legales, la madre del niño nacido”.

<sup>112</sup> DINIS DA FONSECA, Sofia, “A determinação da filiação nos contratos de gestação de substituição: o concurso positivo de pretensões de parentalidade em caso de arrependimento da gestante”, Dissertação de Mestrado em Direito; Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Sob a orientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro Porto, 15 de setembro de 2021, p. 18.

autoriza que toda filiación que no se ajuste a la realidad pueda ser objeto de acción de impugnación judicial, incluso post mortem, pudiendo ejercitarla las partes directamente interesadas, terceros con interés legítimo o el Ministerio Público<sup>113</sup>.

De este modo, el sistema portugués mantenía, en su versión originaria, una orientación claramente biologista en materia de filiación, condicionando la estabilidad del vínculo jurídico a la existencia de una correspondencia genética entre el progenitor y el hijo<sup>114</sup>.

Cuando la gestante se encontraba casada, operaba la presunción legal de paternidad a favor del cónyuge de la madre, conforme al artículo 1832.º del CC. Sin embargo, dicha presunción no ostentaba carácter absoluto, pudiendo ser desvirtuada en las circunstancias expresamente previstas por la normativa<sup>115</sup>.

Por su parte, el comitente masculino que buscara el reconocimiento de su paternidad respecto del menor nacido mediante gestación subrogada, aun contando con prueba biológica favorable, carecía de legitimación activa para impugnar directamente la paternidad atribuida al cónyuge de la gestante, conforme al artículo 1839.º, n.º 1, del CC, que reserva expresamente la acción de impugnación al marido de la madre, a la propia madre, al hijo y, en determinados supuestos, al Ministerio Público.

No obstante, el ordenamiento contemplaba una vía indirecta, ya que el artículo 1841.º establece que cualquier persona que alegue ser el verdadero padre del menor puede solicitar al tribunal la admisión de su pretensión y, si el tribunal estima fundada la solicitud, remite el asunto al Ministerio Público, que asume la legitimación para interponer la correspondiente acción de impugnación de paternidad. Este mecanismo de naturaleza procesal y subsidiaria garantiza el control judicial previo y la intervención del Ministerio Público como garante del interés superior del menor y de la legalidad del procedimiento.

En definitiva, el régimen jurídico de la paternidad en casos de gestación por sustitución en el contexto del matrimonio de la gestante se fundamenta-

---

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>115</sup> En particular, el artículo 1828 CC establece que la presunción de paternidad se extingue respecto de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio, siempre que la madre o el marido declaren, en el momento de la inscripción del nacimiento, que este último no era el padre. De igual modo, el artículo 1829 CC prevé el cese de la presunción cuando el nacimiento se produce transcurridos más de trescientos días desde la finalización de la convivencia conyugal, considerándose esta finalizada en los casos y fechas específicamente indicados por la norma. Asimismo, el artículo 1832 CC permite que la mujer casada declare expresamente, en el acto de inscripción del nacimiento, que el hijo no es de su esposo, extinguiendo así la presunción de paternidad. Una vez cesada dicha presunción, el ordenamiento admitía el reconocimiento voluntario de la paternidad por parte del progenitor biológico, garantizando de ese modo la coherencia entre la filiación jurídica y la realidad genética o volitiva.

ba en la presunción legal de paternidad del cónyuge, modulada por excepciones expresamente previstas en el CC. Solo mediante los supuestos de cesión de dicha presunción podía modificarse la filiación inicialmente determinada, garantizando un equilibrio entre estabilidad familiar, verdad biológica y tutela judicial efectiva. La Ley n.º 32/2006 adoptó así una postura cautelosa frente a las implicaciones éticas y jurídicas de la subrogación, priorizando la certeza en la filiación y la protección del orden público familiar<sup>116</sup>.

#### **4.2.2. Segunda etapa (Reforma introducida por la Ley n.º 25/2016): Configuración de un modelo excepcional de gestación por sustitución y reforzamiento del control jurídico**

La reforma introducida por la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, modificó el artículo 8.º de la Ley n.º 32/2006, habilitando de forma excepcional y estrictamente regulada la gestación por sustitución en casos de ausencia de útero, enfermedad que imposibilite, de manera absoluta, la gestación o situaciones clínicas debidamente justificadas. La normativa dispuso que la gestación subrogada debe realizarse gratuitamente, prohibiéndose cualquier compensación económica a la gestante, salvo el reembolso de gastos médicos y de transporte debidamente justificados. Se prohíbe además que la gestante aporte sus propios ovocitos o mantenga cualquier relación de subordinación o dependencia económica respecto de los beneficiarios. Todo el procedimiento debe desarrollarse bajo la supervisión del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA), garantizando el cumplimiento de los requisitos legales y éticos aplicables<sup>117</sup>.

El aspecto central de la reforma de 2016, y el que genera mayor relevancia para la determinación de la filiación, se encuentra en el punto 7 del artículo 8, que establece que el niño nacido mediante gestación subrogada será hijo de los beneficiarios, incluso cuando el contrato resulte nulo o no se ajusten a los requisitos legales.

La disposición constituye una excepción al criterio tradicional del artículo 1796.º del CC, basado en la maternidad gestacional, y tiene por finalidad garantizar la seguridad jurídica de los progenitores intencionales y la estabilidad del estatus del menor. La doctrina ha señalado que esta solución genera un debate sobre la protección de la gestante y el interés superior del menor, al desvincular la filiación de la realidad biológica de la gestante y privilegiar el vínculo volitivo y genético de los beneficiarios<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> DINIS DA FONSECA, Sofia, "A determinação da filiação", *op. cit.*, p. 20.

<sup>117</sup> Lei n.º 32/2006, tras su tercera reforma llevada a cabo por la Lei n.º 25/2016, art. 8.º, n.º 5, 3, 6 y 4.

<sup>118</sup> COSTA, Marta y LIMA, Catarina Saraiva, "Maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade", *Lustada*, 2012, 2, pp. 237-289 y ASCENSIÓN, JOSÉ DE OLIVEIRA, "A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida", *Revista da Ordem dos Advogados*, 2017, Vol. 67, Núm. III. Disponible en: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>

El derecho de desistimiento o arrepentimiento de la gestante no se encontraba expresamente reconocido por la normativa, que únicamente contemplaba la revocabilidad del consentimiento de los beneficiarios conforme al régimen general aplicable a las técnicas de reproducción médicamente asistida, de modo que la gestante solo podía revocar su consentimiento antes del inicio de los procedimientos médicos<sup>119</sup>. En consecuencia, una vez prestado el consentimiento informado y sin aportar material genético al embrión, la ley impedía a la gestante retener la custodia del menor tras el parto, consolidándose la atribución de la filiación a los progenitores intencionales. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que, ante la ausencia de previsión legal específica, la gestante carecía de legitimación para exigir la ejecución forzosa de un supuesto derecho de desistimiento, de manera que cualquier eventual incumplimiento contractual únicamente generaba responsabilidad indemnizatoria, patrimonial o extrapatrimonial, sin afectar la filiación legalmente constituida<sup>120</sup>.

La aplicación del régimen contractual a los contratos de gestación por sustitución se circunscribe exclusivamente a los efectos de responsabilidad civil derivados de su incumplimiento, sin que pueda alterar la filiación determinada por la ley. De este modo, aunque las partes puedan ser obligadas a reparar daños o gastos, la maternidad legal y la paternidad de los beneficiarios permanecen inalterables, incluso en supuestos de incumplimiento contractual o de nulidad del contrato.

Este criterio asegura la primacía del interés superior del menor, garantizando que la filiación se mantenga estable y que los derechos de los progenitores intencionales no puedan verse comprometidos por cambios de voluntad posteriores, ya sean de la gestante o de los beneficiarios<sup>121</sup>, pero es atentatoria contra la dignidad humana de la gestante “en la medida en que no permite la revocación del consentimiento de la madre subrogada hasta que el niño sea entregado a los beneficiarios”, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 225/2018.

Por lo que respecta a la determinación de la filiación paterna, el artículo 20 de la LPMA, establece que la parentalidad mediante técnicas de PMA se determina respecto de quienes hayan consentido el procedimiento con la beneficiaria de las PMA, en particular su cónyuge o pareja de hecho,

<sup>119</sup> Lei n.º 32/2006, tras su tercera reforma llevada a cabo por la Lei n.º 25/2016, art 14,4.

<sup>120</sup> Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNPMA), [4/7/2017], “Declaração interpretativa (n. 1 do artigo 30 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto) julho de 2016”, pareceres del CNPMA disponibles en: <https://www.cnecev.pt/pt/deliberacoes/pareceres>, y PERDUE, ABIGAIL LAUREN, “Por amor o por dinero: un análisis de la regulación contractual de la gestación subrogada reproductiva”; *J Contemp Health Law Policy*, 2011; 27, pp. 279–313.

<sup>121</sup> RAPOSO, Véra Lucia, “The new Portuguese law on surrogacy – The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements”. *JBRA Assist Reprod.* 2017 Sep 1, Vol. 21(3), pp. 230-239.

permitiéndose acreditar el consentimiento mediante documento conforme al artículo 14. Si únicamente consintió la gestante, la filiación se inscribe exclusivamente a su favor sin necesidad de procedimiento oficial de verificación. La filiación así establecida puede impugnarse por el cónyuge o pareja de hecho si se demuestra ausencia de consentimiento o que el hijo no es fruto de la inseminación consentida, mientras que el donante de semen no adquiere derechos ni deberes de paternidad<sup>122</sup>. La Ley n.º 25/2016 no modificó el artículo 20, pero introdujo en el n.º 7 del artículo 8 una presunción de parentalidad a favor de los comitentes, a los que la ley denomina beneficiarios<sup>123</sup>.

La gestación subrogada está permitida únicamente para parejas de distinto sexo, parejas de mujeres o mujeres sin pareja, puesto que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se reconoce con carácter general a toda mujer, con independencia de su capacidad reproductiva o de su orientación sexual<sup>124</sup>, estando excluidos los hombres o parejas de hombres<sup>125</sup>. Los contratos nulos de gestación subrogada, gratuitos u onerosos, que vulneren los derechos, la libertad o la dignidad de la gestante, carezcan de justificación médica, no utilicen gametos de uno de los beneficiarios, empleen óvulos de la gestante, se celebren sin forma legal o sin reglas sobre malformaciones, interrupción del embarazo o subordinación económica, no producen efectos registrales, considerándose el contrato nulo de pleno derecho<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Lei n.º 32/2006, tras su tercera reforma llevada a cabo por la Lei n.º 25/2016, n.º 3 y 4 del art. 20 y art. 21.

<sup>123</sup> RAPOSO, VÉRA Lucia, "The new Portuguese law on surrogacy", *op. cit.*, se establece que el niño nacido mediante un contrato de gestación subrogada se considera hijo de los padres contratantes, una solución que, según el autor, parece aplicarse incluso si el contrato es inválido y, más aún, incluso si los padres contratantes han cometido un delito al celebrar un contrato remunerado. Esta es la única conclusión posible para él, ya que el artículo 8/7 no incluye ninguna excepción a esta disposición; la ley tampoco limita esta solución a los contratos de gestación subrogada válidos o lícitos, ni contempla normas especiales para los casos penales.

<sup>124</sup> DIAS PEREIRA, André Gonçalo, "Gestação de Substituição e acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8, 2018, pp. 44 y 45.

<sup>125</sup> Esta exclusión plantea cuestionamientos desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. A mi parecer la prohibición del acceso a la gestación subrogada para parejas homosexuales masculinas en Portugal evidencia un trato desigual frente a otros colectivos, como las parejas de mujeres, que sí pueden acceder a esta técnica. Desde una perspectiva biológica y jurídica, la imposibilidad de gestación en parejas masculinas no es una elección sino una limitación estructural que requiere gestación subrogada con donación de óvulos y esperma, mientras que en parejas femeninas la necesidad de semen externo se resuelve mediante inseminación artificial o fecundación in vitro, lo que sí justifica la disparidad legislativa cuando hablamos de acceso a estas PMA. Ambas situaciones implican una imposibilidad de concepción natural y requieren asistencia médica o subrogación. No obstante, cuando hablamos de gestación subrogada, la exclusión de parejas homosexuales masculinas constituye una restricción desproporcionada frente a los estándares internacionales de derechos humanos y de la Unión Europea (artículos 9, 20, 21, 23 CEDH o 16 DUDH).

<sup>126</sup> Lei n.º 32/2006, tras su tercera reforma llevada a cabo por la Lei n.º 25/2016, n.º 12 del art. 8 (actualmente derogado) y art. 280 CC.

En supuestos de gestación por sustitución transnacional, los arts. 56.º y 57.º CC<sup>127</sup> permiten que la ley portuguesa se aplique a los menores nacidos en el extranjero de madres subrogadas cuando los comitentes sean nacionales portugueses, asegurando así que la filiación se registre conforme al régimen legal portugués, aunque la gestación se haya realizado en un Estado extranjero con normativa diferente. Esta solución evita que la filiación pueda quedar indeterminada o depender exclusivamente de la legislación extranjera, garantizando la coherencia jurídica y la protección del menor<sup>128</sup>.

El registrador debe actuar conforme a la ley y dentro de su función calificador, respetando los límites de su competencia y la autonomía funcional, y evaluando la validez de los actos que se le presentan de acuerdo con el principio de legalidad sustancial. En el registro de nacimientos, el registrador difícilmente conoce de antemano la existencia de técnicas de PMA o gestación subrogada; basta la presentación del documento que acredite el nacimiento<sup>129</sup>, incluyendo certificados emitidos en el extranjero. El registrador deberá evaluar la registrabilidad conforme a la Ley n.º 32/2006 y, cuando proceda, aplicar los criterios de conexión del artículo 56 del Código Civil<sup>130</sup>.

La legislación permite que extranjeros se sometan a PMA en Portugal, registrándose al hijo conforme a la ley de nacionalidad de los padres o residencia habitual, o a la ley personal del hijo en su defecto. Los contratos nulos celebrados en territorio portugués no permiten la inscripción de la parentela, y los hombres o parejas de hombres tampoco pueden beneficiarse de ella, si bien la filiación biológica del progenitor genético sigue siendo reconocida. El interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño justificaría establecer la filiación respecto de los padres intencionales en contratos nulos en el extranjero<sup>131</sup>.

#### **4.2.3. Tercera etapa (Reforma introducida por la Ley n.º 90/2021): Consolidación del reconocimiento jurídico de la filiación intencional y ampliación de garantías para la gestante**

A partir de la entrada en vigor de la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que reformuló el artículo 8.º de la LPMA, el sistema portugués consolidó una

<sup>127</sup> CC, Artículo 57. 1. Las relaciones entre padres e hijos se rigen por el derecho nacional común de los padres y, en su defecto, por el derecho de su residencia habitual común; si los padres residen habitualmente en Estados diferentes, se aplica el derecho personal del hijo. 2. Si la filiación se establece solo con respecto a uno de los padres, se aplica el derecho personal de ese padre; si uno de los padres ha fallecido, se aplica el derecho personal del padre superviviente.

<sup>128</sup> RAPOSO, Véra Lucia, "The new Portuguese law on surrogacy", *op. cit.*

<sup>129</sup> CRC, Decreto-Lei n.º 131/95, Diário da República n.º 131/1995, Série I-A de 1995-06-06 arts. 49 y 52.

<sup>130</sup> Instituto Dos Registos e Do Notariado, Parecer do Conselho Consultivo: P.º CC.8/2017-ST-JSR-CC. Disponible en: <https://irn.justica.gov.pt/Sobre-o-IRN/Doutrina-registal/Pareceres-do-Conselho-Consultivo>

<sup>131</sup> Jurisprudencia TEDH sobre la materia ya analizada.

concepción normativa que reconoce la filiación derivada de gestación por sustitución a favor de los progenitores intencionales, garantizando, sin embargo, la revocabilidad del consentimiento de la gestante hasta el momento del registro de nacimiento<sup>132</sup>.

En los supuestos de gestación por sustitución transfronteriza, la cuestión jurídica esencial radica, tal y como ya hemos mencionado, en la determinación de la ley aplicable a la constitución de la filiación. De acuerdo con el artículo 56.º, n.º 1, del CC, esta se rige por la ley personal del progenitor a la fecha de su establecimiento. Interpretada a la luz del artículo 8.º, n.º 9, de la LPMA, tal norma conduce a considerar que, en los casos en que los progenitores intencionales sean nacionales portugueses, corresponde aplicar el derecho portugués al establecimiento de la filiación, aun cuando la gestación y el nacimiento se hayan producido en el extranjero, lo que dificulta, a mi entender, el establecimiento de la filiación con respecto al varón que no aportó su material genético a la procreación, en el caso de parejas homosexuales masculinas o varones solteros, pues la legislación portuguesa les excluye del acceso a las PMA, incluyendo la gestación subrogada, pudiendo colisionar dicho establecimiento de la filiación con su orden público<sup>133</sup>.

El reconocimiento registral en Portugal de una filiación constituida bajo legislación extranjera no se configura como una mera transcripción del asiento foráneo, sino como un acto constitutivo *ex novo*, sujeto al control de legalidad propio del ordenamiento nacional. En este sentido, los servicios de registro deben exigir prueba documental suficiente del nacimiento y de la identidad de la gestante, asegurando la conformidad del procedimiento con el régimen de la gestación por sustitución en el país donde tuvo lugar, así como su compatibilidad con los principios fundamentales del derecho portugués<sup>134</sup>.

La eliminación en el nuevo texto legal de la previsión expresa de nulidad de los contratos de gestación por sustitución no implica su indisponibilidad para los efectos del derecho civil general; sin embargo, conforme al artículo 8.º, n.º 9, de la LPMA, la eventual nulidad contractual no afecta a la filiación

<sup>132</sup> Lei N.º 32/2006, de 26 de julho, versão dada por a Lei n.º 90/2021, art. 14.5. “Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicará a la madre subrogada en las situaciones previstas en el artículo 8, y en estos casos, su consentimiento será libremente revocable hasta el momento de la inscripción del niño nacido, según lo establecido en el apartado 10 del artículo 8.

<sup>133</sup> CRC, Decreto-Lei n.º 131/95, Diário da República n.º 131/1995, Série I-A de 1995-06-06 art. 6. 1: “Los actos registrales elaborados en el extranjero por entidades extranjeras competentes podrán inscribirse en el registro civil nacional, con base en los documentos justificativos, de conformidad con la ley respectiva y previa prueba de que no contravienen los principios fundamentales del orden público internacional del Estado portugués”.

<sup>134</sup> Instituto Dos Registos e Do Notariado, Parecer do Conselho Consultivo: P. C.C. 66/2022 SJ-CC; Assunto: gestación por sustitución transfronteriza – régimen de gestación por sustitución introducido por la Ley n.º 90/2021, de 16-12, Disponible en: <https://irn.justica.gov.pt/Sobre-o-IRN/Doutrina-registal/Pareceres-do-Conselho-Consultivo>, última consulta enero de 2026.

establecida a favor de los beneficiarios, garantizando así la protección de la identidad y estabilidad jurídica de la persona nacida<sup>135</sup>.

En consecuencia, resulta jurídicamente admisible, a la luz del régimen vigente, que la filiación establecida parcialmente, por ejemplo, respecto del padre biológico, pueda completarse con posterioridad mediante la declaración de maternidad a favor de la madre intencional, siempre que se acredite la conformidad sustancial del proceso de gestación con el ordenamiento aplicable. Tal interpretación refuerza la coherencia del sistema portugués en materia de filiación, conciliando la tutela del interés superior del menor con los principios de seguridad jurídica y respeto por la autonomía reproductiva<sup>136</sup>.

Por todo ello podemos afirmar que el sistema portugués configura un régimen excepcional de gestación por sustitución, orientado a proteger la filiación de los menores y la estabilidad jurídica de los progenitores intencionales, al tiempo que impone estrictos límites a la autonomía contractual de las partes para salvaguardar la dignidad de la gestante y el interés superior del niño. La filiación se determina por la voluntad y contribución genética de los comitentes, separando la maternidad del criterio gestacional tradicional y asegurando que los menores nacidos mediante esta técnica tengan un estatus jurídico claro y protegido, en consonancia con los principios constitucionales de protección de la infancia y dignidad humana y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués.

Por último, aunque el modelo portugués se presenta como formalmente permisivo, su operatividad práctica se encuentra limitada por la ausencia de un marco procedimental eficaz que permita compatibilizar la gestación por sustitución con los valores constitucionales de dignidad, tutela de la persona y protección del interés público. Esta falta de concreción normativa se manifiesta de forma especialmente problemática en los supuestos transfronterizos, como aquel en el que dos nacionales españoles recurren a la gestación por sustitución en Portugal y el menor nace en dicho Estado. En estos casos, la aplicación del artículo 56 del CC, que remite a la ley de la nacionalidad de los padres para la determinación de la filiación, resulta disfuncional, pues presupone una identificación pacífica de los progenitores que no concurre cuando el ordenamiento designado, el español, no reconoce a los comitentes como padres, sino que atribuye la maternidad a la gestante. Esta divergencia provoca un conflicto de calificación que puede traducirse en incertidumbre registral y en una fragmentación del estatuto personal del menor, al remitirse el Derecho portugués a un sistema que niega precisamente la filiación que se pretende establecer. Si bien el ordenamiento portugués admite el reconocimiento registral de filiaciones constituidas en el extranjero conforme a un Derecho extranjero, dicho reconocimiento se encuentra

---

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

condicionado al control de orden público internacional, lo que introduce un margen adicional de discrecionalidad que puede afectar a la tutela efectiva del menor.

## 5. CONCLUSIONES

1. La divergencia normativa en torno a la gestación por sustitución en la comunidad internacional genera incertidumbre jurídica para los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, especialmente en contextos de movilidad internacional y “turismo reproductivo”. Mientras España prioriza la prohibición y la protección de la gestante, Portugal busca equilibrar la estabilidad del menor con los derechos de los progenitores intencionales, generando un contraste relevante en el derecho comparado que evidencia la necesidad de mecanismos armonizados de cooperación internacional para garantizar la protección de la filiación y de los derechos de los menores en situaciones transfronterizas.

2. La jurisprudencia del TEDH ha consolidado la primacía del interés superior del menor como principio rector en los casos de gestación por sustitución, imponiendo a los Estados miembros la obligación de garantizar mecanismos efectivos de reconocimiento jurídico de la filiación cuando exista un vínculo biológico entre el menor y al menos uno de los progenitores intencionales. El margen de apreciación estatal se restringe cuando los derechos en juego afectan directamente a la identidad y existencia de los menores, limitando la discrecionalidad de los Estados para impedir la protección jurídica de los hijos nacidos mediante gestación subrogada. Esta doctrina se materializa en la exigencia de que el Estado asegure la estabilidad jurídica del menor y su derecho a la identidad, sin que la prohibición interna de la gestación subrogada pueda devenir en una situación de desprotección o incertidumbre legal prolongada.

3. España y Portugal presentan marcos jurídicos divergentes respecto al reconocimiento de filiaciones derivadas de gestación por sustitución transnacional. Mientras España mantiene una posición restrictiva, considerando nulos los contratos de gestación subrogada por vulnerar el orden público, la dignidad de la mujer gestante y el interés superior del menor, Portugal ha adoptado un modelo excepcionalmente regulado, que permite reconocer la filiación a favor de los progenitores intencionales bajo condiciones estrictas y supervisión estatal. Esta disparidad normativa refleja diferencias históricas, culturales y constitucionales en la ponderación entre la autonomía reproductiva, la protección de la gestante y la tutela de los menores.

4. En España, en la actualidad, la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero solo puede establecerse mediante la filiación biológica del progenitor o la adopción, excluyéndose la transcrip-

ción directa de certificados extranjeros que legitimen contratos prohibidos. En cambio, en Portugal, la legislación permite, bajo estrictos requisitos, el reconocimiento de la filiación a favor de los progenitores intencionales, incluso cuando el contrato carece de validez formal, siempre que se garantice la estabilidad jurídica del menor y la revocabilidad del consentimiento de la gestante hasta el registro de nacimiento.

5. Tanto en España como en Portugal, la protección del menor constituye un criterio central, pero se pondera de manera diferente frente al orden público y a la dignidad de la gestante. En España, el interés superior del menor se tutela exclusivamente dentro de los cauces legales reconocidos, sin legitimar la gestación subrogada, mientras que, en Portugal, se busca compatibilizar la tutela del menor con la seguridad jurídica de los progenitores intencionales, permitiendo el reconocimiento de la filiación cuando se cumplen los estrictos requisitos legales, mostrando un enfoque más flexible frente a la práctica regulada.

6. Desde una perspectiva comparada, el modelo portugués se muestra más abierto a integrar el interés superior del menor como criterio modulador de las restricciones legales, en contraste con la mayor rigidez del sistema español, centrado en la defensa del orden público frente a la gestación por sustitución. No obstante, esta mayor flexibilidad no elimina las disfunciones derivadas de la aplicación de criterios de conexión concebidos para supuestos no conflictivos como el artículo 56 CC portugués, lo que pone de relieve la necesidad de articular soluciones más coherentes que permitan garantizar la continuidad del estatuto personal del menor sin legitimar prácticas contrarias a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

