



# **El asunto Ana García Obregón a examen jurídico: maternidad subrogada y filiación póstuma**

Ángel Espiniella Menéndez  
Catedrático de DIPr

20 junio 2023  
ICA Oviedo

# 1. Introducción

- Agradecimiento, interés y oportunidad
- Ciencia Ciudadana lejos del morbo
- Litigación mediática sobre aspectos políticos, éticos, religiosos y jurídicos
- Protección de la menor



# TEDH: Margen de actuación de los Estados

- Restringido: padre biológico e intencional (Menesson)
  - ✓ **Filiación por naturaleza. Adopción/naturaleza por pa**
- Amplio: donante, padres intencionales y menor sin vínculo biológico (Paradiso Campanelli)
  - ✓ **Edad menor y convivencia**
- Intermedio: padres intencionales y donante son familiares
  - ✓ **No resuelto. ¿Filiación? ¿Medidas de relación con intencionales familiares?**



## 2. La relación biológica póstuma en la gestación por subrogación

Ángel Espiniella Menéndez  
Catedrático de DIPr

20 junio 2023  
ICA Oviedo

## Planteamiento: 3 momentos

**Disposición  
del material  
reproductor**

**Celebración  
del contrato  
de gestación**

**Nacimiento  
y filiación**

## 2.1. Disposición *mortis causa*

- ❖ LTRHA: ley de policía (art. 8 CC)
  - ❑ No Reglamento 650/2012 de sucesiones
  - ❑ No art. 9.1 CC sobre estatuto personal
  - ❑ No art. 9.4 CC sobre filiación
  - ❑ No art. 10.1 CC sobre bienes

# Disposición *mortis causa* material en ESP

- ❖ **Capacidad y consentimiento: LTRHA**
- ❖ **Fondo: del hombre a su pareja mujer (art. 9 LTRHA)**
  - ❑ No de hombre a hombre: sería gestación por sustitución
  - ❑ Sí de mujer a mujer pero gestante figurará como madre
- ❖ **Forma**
  - ❑ Documento privado: libre, consciente y formal
  - ❑ Testamento vital (documento instrucciones previas)
  - ❑ Testamento (CLH 61)
  - ❑ Escritura pública: notario español o extranjero (art. 11.2 CC)

## 2.2. El contrato de gestación subrogada

Fecundación póstuma en España:

- ✓ **No para contratos de gestación por sustitución.**
- ✓ **Nulos de pleno derecho**
- ✓ **Solo se prevé para el marido/pareja varón respecto de su esposa o pareja de hecho mujer.**
- ✓ **Filiación biológica tanto por el padre (donante) como por la madre gestante.**
- ✓ **En los doce meses siguientes al fallecimiento**
- ✓ **Documento que garantice su libre consentimiento.**





# El contrato de gestación subrogada



## Fecundación póstuma en el extranjero:

- ✓ Material en el extranjero: regido por el ordenamiento extranjero
- ✓ **Exportación:** Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos
- ✓ Exportación autorizada por el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Organización Nacional de Trasplantes, y se realizará a través de puntos fronterizos habilitados.
- ✓ No para gestación por sustitución, pues no existe razón médica que justifique la exportación

## 2.3. Filiación

### ❖ **Padre donante e intencional**

- ❑ Reconocimiento de la filiación
- ❑ No en el procedimiento consular (IDGRN 18.4.2019)
  - ❑ En España por expediente de inscripción
  - ❑ Por acción judicial de reclamación de paternidad

### ❖ **Padre donante pero no intencional**

- ❑ ¿Riesgo de Paradiso-Campanelli?
- ❑ Plan B: ¿búsqueda de un vínculo de parentesco real y adecuado a la biología?

# 3. Las partes comitentes en la gestación por subrogación con filiación póstuma

Ángel Espiniella Menéndez  
Catedrático de DIPr

20 junio 2023  
ICA Oviedo

## 3.0. Situación perentoria: entrada en España

- **Suspensión de la inscripción de filiación en el Registro Consular hasta regreso a España (IDGRN 18.2.2019)**
  - ¿apertura de registro individual por sentencia que en extranjero afectaría a un potencial español? Arts. 5, 38 y 40 LRC
- **¿Cuál es la situación de los comitentes?: Guardadores de hecho mientras se tramita su solicitud (art. 237 CC)**
  - Información, control y vigilancia
  - atribución judicial de facultades tutelares y posible acogimiento
- **¿Cómo entra a España ese menor?**
  - Pasaporte del Estado de origen
  - Instrucción de la DG Inmigración 31.5.2005. No hay vía para salvoconducto

## 3.1. ¿Reconocimiento de filiación por naturaleza?

- Papel de la Instrucción: DGRN 5.10.2010
  - ✓ **Problemas con hechos consumados: niños en registros consulares**
  - ✓ **Control de orden público restringido (niño y gestante)**
- Problemas
  - ✓ **En orden público restringido no incluye idoneidad comitentes por EO**
  - ✓ **Anterior a TEDH: no se refiere a vínculo biológico de intencionales**
  - ✓ **¿Orgánicamente desplazada: SSTS: orden público?**
    - ✓ **STS 6.2.2014; ATS 2.2.2015; STS 31.3.2022**
  - ✓ **¿Jerárquicamente desplazada: LRC-LJV-Lcoop?**



## 3.2. La adopción como alternativa

- TS y TEDH: con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño (p.e. no sirve en Menesson)
- Realidad jurídica que no contradice la realidad biológica
- Se orienta a la protección del menor en nuevas realidades:
  - ❑ a la clásica protección frente al desamparo, la adopción en este caso sirve como protección de la vida familiar del menor
- Problema: no se ha empleado en otros casos LTRHA: mujer gestante + su pareja mujer (aquí la LTRHA rompe la verdad biológica)

# Adopción: problemas internacionales



- **Competencia judicial internacional**
  - **Tribunales:** nacionalidad o residencia de adoptante o adoptado
  - **Cónsul:**
    - ✓ Menor reside en la demarcación consular; adoptante es español
    - ✓ Casos en los que no se precise propuesta previa (art. 176.2 CC): huérfanos y pariente del adoptante en tercer grado por consaguinidad (sobrinos) o afinidad (sobrinos de cónyuge); hijo del cónyuge fallecido o del miembro de la pareja de hecho fallecido.
    - ✓ Instrucción ¿DGRN 18.2.2019?
- **Ley aplicable**
  - **Ley española:** si se va a trasladar a ESP
  - **¿Ley del EO?:** a capacidad adoptando y a consentimientos / autorizaciones

# Adopción: problemas de la ley española

- Problema menor: asentimiento del progenitor (gestante; donante)
- Problemas mayores
  - ✓ No podrá mediar precio: STEDH, 6.12.2022, K.K. and Others v. Denmark
  - ✓ Edad: 16-25-45
  - ✓ Impedimento de adopción: descendientes y 2º grado (hermanos-hermanastros)
    - ❖ ¿Donante anónimo o identificado?
    - ❖ ¿Por qué es mejor para la vida privada de la niña (CEDH) que quien en verdad es su abuela aparezca como madre?



# Adopción: posibles soluciones

- **Ley aplicable: análisis en “dos escalones”**
  - ✓ Ley española
  - ✓ Reintroducción del elemento internacional: ¿hay base? ¿activismo judicial contra legem?
- **Reconocimiento: adaptación de la sentencia extranjera**
  - ✓ Artículo 44. Reconocimiento. Ley de Cooperación Jurídica Internacional
    - Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español (in casu es aparentemente conocida, filiación biológica, pero desconocida porque no es de la gestante),
    - se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares (in casu, la adoptiva),
    - si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen.
    - Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida.

## 3.3. Otras soluciones: tutela-acogimiento

- **Competencia:** residencia habitual
- **Ley aplicable:** ley de la autoridad salvo otra más vinculada
  - ✓ **Tutela:** testamento, documento público, ascendientes o hermanos
- **Reconocimiento:** efectos aminorados de medidas de protección del menor.
- **A efectos registrales,** debería procederse a la apertura del registro individual del menor.



# Conclusiones

- Material reproductor en España: ley española
- Filiación por naturaleza para el padre biológico
- Adopción u otras medidas para padres comitentes

