



Máster en Bioética y Derecho - Edición XXI (2018-2020).

Trabajo de Fin de Máster

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. LAS DIMENSIONES
ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

Alumno: Leonardo Geri

Tutora: Dra. Mónica Navarro-Michel

Junio de 2020

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Dra. Mónica Navarro-Michel, a quien afortunadamente conocí durante una larga estancia en Barcelona en el año 2017, por su apoyo invaluable.

Agradezco a la Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona y a la Fundación Germanes Saula-Palomer, puesto que debo enteramente a ambas instituciones la posibilidad de haber cursado el Máster en Bioética y Derecho - Edición XXI (2018-2020).

Finalmente, agradezco a toda la comunidad académica del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, por enseñarme que los desafíos biotecnológicos y biomédicos de este siglo exigen un análisis interdisciplinario, global, laico, pluralista, posibilista y social.

RESUMEN

El objeto del presente Trabajo de Fin de Máster es contribuir al desarrollo conceptual de la voluntad procreacional, en tanto elemento que legitima los actos médicos propios de las técnicas de reproducción humana asistida y que determina la filiación resultante. El problema de investigación refiere a la disparidad que se advierte en las legislaciones española y catalana entre la reproducción asistida heteróloga y la reproducción asistida *post mortem*: mientras en el primer caso el consentimiento informado es suficiente a los términos de la filiación, en el segundo supuesto se exige también la concurrencia del dato genético. El mismo esquema se presenta en Argentina a partir de la normativa proyectada sobre reproducción *post mortem*. La hipótesis sostenida es que ello posee una razón bioética suficiente, consistente en la distinción entre la dimensión estática y la dimensión dinámica de la voluntad procreacional, y en el recurso al elemento genético ante la ausencia anticipada de la segunda.

PALABRAS CLAVE

Técnicas de reproducción humana asistida - Voluntad procreacional - Consentimiento informado - Donación de gametos - Reproducción *post mortem* - Filiación - Bioética

ABSTRACT

The object of this Master's Thesis is to contribute to the conceptual development of the procreational will, as an element that legitimises the medical acts of the assisted human reproduction techniques and that determines the resulting parenthood. The research problem refers to the disparity that is observed in Spanish and Catalan legislation between heterologous assisted reproduction and posthumous assisted reproduction: While in the first case informed consent is enough for the purpose of parenthood, in the second case the concurrence of genetic data is also required. The same scheme is presented in Argentina based on the projected regulation on posthumous reproduction. The hypothesis is that this problem has a bioethical reason, consisting in the distinction between the static dimension and the dynamic dimension of the procreative will, and in the requirement to genetic data in the absence of the latter.

KEYWORDS

Assisted Human Reproduction Techniques - Procreational Will - Informed consent - Gamete Donation - Posthumous Reproduction - Parenthood - Bioethics

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN	6
Marco teórico, problema de investigación, hipótesis y originalidad del tema	6
Estructura	7
Metodología.....	8
Aclaraciones terminológicas	9
CAPÍTULO I. MARCO DE ANÁLISIS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA	10
1.1. La técnica aplicada a la reproducción humana	10
1.2. La desbiologización del parentesco	12
1.3. La voluntad como elemento determinante de la filiación.....	13
1.3.1. España	15
1.3.2. Cataluña.....	16
1.3.3. Argentina	17
1.4. La armonización regional en materia de reproducción asistida.....	18
1.4.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	19
1.4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	21
CAPÍTULO II. LAS DIMENSIONES ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL	23
2.1. El diverso despliegue de los elementos genético y volitivo	23
2.1.1. Reproducción asistida heteróloga	23
2.1.2. Reproducción asistida <i>post mortem</i>	25
2.1.3. Análisis comparativo.....	28
2.2. Las dimensiones constitutivas de la voluntad procreacional	30
2.2.1. Dimensión estática	30
2.2.2. Dimensión dinámica.....	32
2.3. El caso <i>Dickson c. Reino Unido</i>	35
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ECHR	European Court of Human Rights
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnica(s) de reproducción humana asistida

INTRODUCCIÓN

Marco teórico, problema de investigación, hipótesis y originalidad del tema

Se estima que, en cuatro décadas de fecundación *in vitro* (1978-2018), han nacido en el mundo más de ocho millones de personas así concebidas, mientras que cada año se realizan aproximadamente dos millones de ciclos de fertilidad que redundan en unos quinientos mil nacimientos (European Society of Human Reproduction and Embryology, 2018).

De esta manera, la contundente irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en el mundo posmoderno, a la par del reconocimiento social de nuevos modelos de familia, ha alterado las categorías antropológicas y jurídicas tradicionales. En efecto, la naturaleza colaborativa del proceso reproductivo, referida a la posibilidad de participación de un tercero ajeno al proyecto parental, es incompatible con la idea clásica según la cual solo los genes fundamentan los vínculos filiales.

Así, las ciencias sociales y humanas han contribuido a la conceptualización de la “voluntad procreacional”, entendida como la elección y la intención de tener descendencia. En este marco, *“el elemento volitivo adquiere una importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último”* (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, & Lamm, 2013, p. 139).

De allí que sistemas legales como el español, el catalán y el argentino hayan reconocido la doble virtualidad jurídica del consentimiento informado. Este último habilita la realización del acto médico y determina la filiación resultante. Además, el elemento volitivo no solo opera de forma positiva, sino también negativa, porque impide considerar “progenitor” a quien colabora en el proyecto parental sin voluntad de integrarlo -p.ej., el donante de gametos-.

Ahora bien, pese al consenso en torno a que las TRHA se rigen por la voluntad de los usuarios y con independencia de quién haya aportados los gametos, existen algunos supuestos en los que persiste la exigencia del dato genético. Puntualmente, si una pareja recurre a la donación de un embrión en España, la filiación se determina en favor de ambos pese a que ninguno haya aportado sus gametos. Sin embargo, en caso de premoriencia del varón, para que la mujer pueda realizar la técnica y que luego se determine la filiación en favor del difunto, este no solo debe haber consentido a tal efecto, sino que a su vez debe ser el titular del material genético utilizado, por aplicación del art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana

asistida (LTRHA). De este modo, el elemento volitivo es autosuficiente para establecer la filiación en el primer supuesto pero no en el segundo. Este esquema se reitera en la legislación catalana y en la normativa proyectada en Argentina. Así, surge la pregunta acerca de si existe una razón bioética suficiente que justifique la distinción y, en tal caso, cuál es su contenido.

La hipótesis aquí sostenida es que existe una razón bioética suficiente que justifica esta distinción. Dicha razón radica en que la voluntad procreacional posee una dimensión estática -otorgamiento de consentimiento informado- y una dimensión dinámica -el desarrollo material del proyecto parental y el ejercicio efectivo del rol de progenitor-, de modo que el legislador recurre de forma auxiliar al elemento genético ante la ausencia anticipada de la segunda.

En otro orden de ideas, la originalidad de esta investigación se explica dado que, en general, la literatura bioética y jurídica reduce el concepto de voluntad procreacional a su dimensión estática. El aporte del trabajo es entonces descubrir su dimensión dinámica.

Estructura

El presente trabajo se compone de dos capítulos.

En el capítulo primero se establece un marco de análisis general. En primer lugar, se reseña la revolución biotecnológica que supuso la irrupción de la técnica aplicada a la reproducción humana. Luego se explica la crisis provocada por las tecnologías reproductivas en el modelo clásico-occidental de parentesco. A continuación, se glosa la legislación sobre filiación por TRHA vigente en España, en Cataluña y en Argentina. El último apartado se dedica a la armonización regional en materia de TRHA, y se precisan los alcances del fenómeno en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Por su parte, el capítulo segundo condensa el problema de investigación y la hipótesis. En primer término, se tratan las reglas de filiación aplicables a la reproducción asistida heteróloga y a la reproducción asistida *post mortem*, y se ofrece un análisis comparativo entre ambas figuras. Acto seguido se conceptualizan las denominadas dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional. Por la relevancia que presenta para la hipótesis, el último apartado está dedicado al caso *Dickson c. Reino Unido*, resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 4 de diciembre de 2007.

Finalmente, se enumeran cinco conclusiones.

Metodología

Se desarrolla una investigación teórica, de modo que se trabaja a partir de fuentes documentales (García Fernández, 2015, p. 455). En particular, se han consultado las obras disponibles en el fondo documental del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, y se han utilizado los recursos bibliográficos del Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI) de la misma casa de estudios. Ello ha permitido el acceso a revistas españolas y anglosajonas. A su vez, se han consultado bases de datos de doctrina legal latinoamericana.

También en cuanto al método, deben apuntarse dos aspectos centrales. En primer lugar, esta investigación apuesta a la interdisciplinariedad, puesto que el concepto de voluntad procreacional no es meramente jurídico, sino también bioético y antropológico. Se recurre, aunque prudentemente, a las categorías de estas disciplinas. Asimismo, esta investigación tiene pretensión de transnacionalidad, de modo que no encontrará el lector un trabajo de exégesis legal, sino más bien referencias prácticas a los ordenamientos jurídicos español, catalán y argentino. En consecuencia, si bien el objeto del presente trabajo es contribuir al desarrollo conceptual de un instituto determinado, no ha sido posible aplicar en puridad el método propio de la dogmática jurídica.

Es dable señalar que se ha seguido un proceso de inducción, entendido como aquel que *“... recorre el camino de lo particular a lo general, ya que a partir de situaciones específicas induce regularidades válidas o aplicables a casos semejantes, obviando lo relativo o cambiante, y buscando las formas estables”* (Villabella Armengol, 2015, p. 938). De este modo, en el capítulo segundo se comienza por el tratamiento legal en España, en Cataluña y en Argentina de la reproducción heteróloga y de la reproducción *post mortem*. Luego se comparan ambas figuras, se delimita el problema de investigación y se plantea la hipótesis. Posteriormente, con pretensión de generalidad, se conceptualizan las referidas dimensiones constitutivas de la voluntad procreacional.

No obstante, el objetivo perseguido no es establecer una ley universal a partir de casos particulares -lo que podría ser cuestionable desde el punto de vista del método científico-, sino simplemente descubrir una diferenciación en supuestos de TRHA que es común en las tres legislaciones de referencia, para luego argumentar acerca de la razón bioética que la justifica. Desde ya que esto no implica que no existan razones bioéticas que justifiquen otros modelos legislativos.

Aclaraciones terminológicas

Se ha optado por el concepto de “técnicas de reproducción humana asistida”, en tanto que es el utilizado en las tres legislaciones de referencia. Quedan comprendidos todos los actos técnicos y médicos tendientes a la consecución de un embarazo. En consecuencia, y dada su complejidad ético-jurídica, quedan excluidas las técnicas caseras de inseminación.

Asimismo, se emplean los conceptos de “voluntad procreacional” y de “elemento volitivo”, en sintonía con algunas investigaciones previas realizadas en el marco del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (Lamm, 2011, 2012b).

Finalmente, y con el fin de evitar el lenguaje emotivo (García Manrique, 2015, p. 71), advertirá el lector que se han preferido las opciones terminológicas más neutrales.

CAPÍTULO I. MARCO DE ANÁLISIS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En este capítulo se abordan algunos tópicos que delimitan el marco de análisis ético-jurídico de las TRHA.

Ante todo, se aborda el fenómeno de la revolución biotecnológica, con énfasis en las tecnologías reproductivas. En segundo lugar, se analiza el impacto antropológico de las TRHA. Luego se puntualiza la crisis de los sistemas tradicionales de filiación, y se comenta la legislación vigente en España, en Cataluña y en Argentina. Por último, se explica la incidencia local de los estándares sobre reproducción asistida fijados por los órganos jurisdiccionales del SIDH y del SEDH.

1.1. La técnica aplicada a la reproducción humana

A partir de los años setenta del siglo xx ha comenzado una inusitada aceleración de los avances biotecnológicos (Casado & López Baroni, 2018, p. 24). En este contexto, la técnica aplicada a la reproducción humana ha permitido prescindir del acto sexual a efectos de la concepción y de la gestación de una persona.

Prueba de ello es el nacimiento, el 25 de julio de 1978 en Inglaterra, de Louise Joy Brown, conocida por ser la primera persona nacida luego de haber sido concebida mediante fecundación *in vitro*. Este ha sido el hecho que ha puesto en escena al conjunto de técnicas procreativas, que incluyen numerosas variantes, aunque las más importantes son la inseminación artificial (que es considerada de baja complejidad, y que permite colocar espermatozoides en el cuerpo femenino) y la fecundación *in vitro* (que es considerada de alta complejidad, y que permite lograr la formación extracorpórea de un embrión humano, para luego transferirlo al cuerpo de la mujer).

A su vez, los gametos utilizados en las TRHA pueden no ser aportados por quienes se someten a un tratamiento de fertilidad, sino por terceros, a los que usualmente se los denomina “donantes” -pese a las objeciones jurídicas que merezca el término-. En igual sentido, los usuarios también pueden valerse de un embrión “donado”.

Por supuesto que estas posibilidades no solo han visto la luz gracias a la inseminación artificial y/o a la fecundación *in vitro*, sino también a técnicas complementarias pero necesarias. En particular, se destaca la crioconservación de gametos y/o de embriones, mediante la que se detiene el proceso vital de desarrollo, sometiendo al gameto y/o al embrión a la temperatura del nitrógeno líquido (Zurriarán, 2007, p. 27).

Asimismo, la separación entre sexo y reproducción ha alterado también los procesos biológicos tradicionales. Así, en los países que regulan esta práctica, las personas no solo pueden recurrir a terceros para que aporten el elemento genético, sino también para delegar el embarazo. Aparece entonces la gestación por sustitución, en la que “... una mujer engendra un hijo por encargo de otra u otras personas y después lo entrega, bajo precio o de forma gratuita, a las mismas (denominadas «comitentes»)” (Casado & Navarro-Michel, 2019, p. 27).

A todo lo expuesto se suman innumerables desarrollos adicionales, como el diagnóstico genético preimplantacional, la selección embrionaria, la transferencia nuclear (donación mitocondrial) y los trasplantes de útero. Más recientemente se ha sumado la efectiva posibilidad de aplicar edición genética en la línea germinal, que coloca a la reprogenética como uno de los tres grandes desafíos de la medicina reproductiva (Whittall, 2018). En igual sentido, muchos de los avances en este campo son el resultado de la alianza entre la biotecnología y las tecnologías informáticas. Un ejemplo de ello, referido al complejo debate sobre el anonimato de los donantes de gametos, es el siguiente:

... Los avances en bioinformática o la creación de enormes bases de datos genéticos están provocando que el anonimato sea cosa del pasado, ya que cada vez resulta más asequible, tanto técnica como económicamente, tomar una muestra de una persona y localizar a sus progenitores genéticos. (Casado & López Baroni, 2018, p. 140)

En suma, el vertiginoso despliegue de las tecnologías procreativas encuadra dentro de la actual revolución biotecnológica. Desde ya que este fenómeno es mucho más amplio, y en su seno se destacan las nuevas tecnologías genéticas, con la posibilidad de secuenciar el genoma humano pero incluso de editarlo; el desarrollo de las ciencias cognitivas, con las nuevas técnicas de estudio del cerebro; la nanotecnología, la biología sintética y la inteligencia artificial, que difuminan como nunca antes visto la frontera entre la materia viva y la inerte; y el *Big Data*, referido al ingente volumen de información que procesan los ordenadores, incluida la secuenciación del genoma (Casado & López Baroni, 2018, pp. 24–25).

Como es sabido, la revolución biotecnológica es seguida de cerca en el mundo de las humanidades, puesto que juristas, filósofos, teólogos, sociólogos y antropólogos han comenzado a debatir acerca de cuáles deben ser los límites en esta materia. De este modo, aparece la bioética como disciplina destinada al estudio de las implicaciones éticas, jurídicas y sociales de la biomedicina y la biotecnología, caracterizada por la

interdisciplinaria, el carácter global, la laicidad, el pluralismo, el posibilismo y el carácter social (Casado & López Baroni, 2018, pp. 19–23). Así, la bioética pretende dar un marco de contención al impresionante poder adquirido por el hombre sobre sí mismo.

Para concluir, no es exagerado afirmar que la disrupción tecnológica es la tercera amenaza existencial de la humanidad del siglo XXI, junto con la guerra nuclear y el colapso ecológico (Harari, 2020, p. 143). El primer paso no debe ser la detención de los avances científicos, sino más bien su contención, guiada por un criterio de derechos humanos y de justicia distributiva.

1.2. La desbiologización del parentesco

La idea clásica-occidental de parentesco refiere a un modelo genético-biológico que asocia la sexualidad a la reproducción, la reproducción a las relaciones heterosexuales, las relaciones heterosexuales al matrimonio, el matrimonio a la familia y la familia al modelo nuclear de clase media (Jociles Rubio & Rivas, 2016, n. Schneider, 1968). Es por esta razón que, para este paradigma, la justificación del parentesco está dada por los genes.

Sin embargo, la posibilidad técnica de procrear con prescindencia del acto sexual puso en crisis esta idea. En este sentido, la idea clásica-occidental de parentesco no es capaz de justificar los vínculos familiares en los que no subyace un sustrato biogenético común, como sucede en las familias constituidas gracias a la donación de gametos y/o a la gestación por sustitución. En particular, este modelo es insuficiente en relación con los proyectos parentales de personas en situación de “infertilidad estructural”, como es el caso de quienes integran el colectivo LGBTIQ.

Así, las TRHA han coadyuvado a una revolución antropológica basada en el modelo constructivista del parentesco. En este paradigma, el deseo de parentalidad es el elemento constituyente de la filiación, de manera que *“el descendiente es concebido en la mente y entonces ese deseo se materializa en el cuerpo”* (Bestard, 2009, p. 90). De este modo, los lazos de parentesco se fundan en la intencionalidad y en la voluntad, independientemente de que existan o no conexiones biológicas y genéticas.

Es indudable entonces que la combinación de los tratamientos de fertilidad con la aceptación social de las parejas del mismo sexo, de la monoparentalidad y de las personas que postergan su paternidad y/o maternidad por razones sociales, ha abierto las puertas a muchos individuos que en el pasado estaban obligados a aceptar la imposibilidad de fundar su propia familia (Whittall, 2018).

La revolución antropológica, en los términos expresados precedentemente, también explica otros fenómenos sociales incipientes pero crecientes, como es el caso de las denominadas “familias pluriparentales” (Bladillo, 2018). En la actualidad, la pluriparentalidad ha comenzado a cuestionar las estructuras jurídicas vigentes en la mayoría de países occidentales, en las que todavía se conserva el modelo biparental.

Sin perjuicio de lo expuesto, concebir un “hijo genéticamente propio” es todavía la esperanza de muchas personas. Paradójicamente, también la biotecnología pretende satisfacer este deseo. Un claro ejemplo está dado por los avances científicos en relación con la formación de ovocitos y de espermatozoides *in vitro* a partir de células madre e incluso de células somáticas -lo que se ha presentado mediáticamente como “gametos artificiales” o “gametos sintéticos”-. Esto permitirá a pacientes que no pueden producir espermatozoides u óvulos funcionales concebir un hijo que porte su misma identidad genética y que sea “sangre de su sangre” (Bonilla et al., 2016).

Ahora bien, prueba de los cambios antropológicos reseñados es la convulsión que se ha generado desde hace tiempo en algunos sectores que todavía sostienen la idea tradicional del matrimonio y de la familia. Este es el caso de la Iglesia católica, que funda su oposición a las TRHA no solo en la protección del embrión humano -considerado persona-, sino también en una alegada fractura de la unidad conyugal y en una supuesta despersonalización de la generación humana (Di Pietro, 2005, pp. 210–216).

Paradójicamente, también existe oposición a las TRHA por razones antropológicas desde algunas corrientes feministas, aunque la lógica argumentativa es inversa. Así, durante los años ‘80 algunos grupos feministas denunciaron que la reproducción asistida refuerza el papel tradicional de madres que la sociedad ha asignado a las mujeres (Puigpelat Martí, 2004, p. 74). Aquí la objeción radica en que las biotecnologías perpetúan la función procreativa de la mujer, lo que redundaría en el afianzamiento del modelo clásico-occidental de parentesco y, en última instancia, del patriarcado.

En suma, más allá de las diversas corrientes de pensamiento en la materia, lo cierto es que, de la mano de las tecnologías reproductivas, se asiste a la desbiologización y a la axiologización del parentesco (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 4).

1.3. La voluntad como elemento determinante de la filiación

En general, los ordenamientos jurídicos suelen regular con diversos alcances los múltiples aspectos de las TRHA, entre los que se destacan los siguientes: la cobertura sanitaria y sus límites; los requisitos para los usuarios; el derecho a la identidad genética de los nacidos; los derechos y las obligaciones de los donantes; los contratos

de donación y de crioconservación; el destino de los embriones sobrantes; el diagnóstico genético preimplantacional; las obligaciones de las clínicas de fertilidad y de los biobancos; la investigación con gametos y embriones; las facultades de la autoridad competente en la materia; las sanciones en caso de infracciones.

También suele existir legislación general que complementa el *corpus iuris* en materia de TRHA, como sucede con las normas sobre el comienzo de la persona humana, el estatuto legal del embrión no implantado, la naturaleza jurídica de los biomateriales humanos y los límites a la comercialización, los actos personalísimos y la disposición del propio cuerpo, etc.

Sin embargo, el campo en el que se advierte una verdadera revolución jurídica es el de la filiación, dado que las categorías filiatorias tradicionales han quedado obsoletas y se han visto desbordadas por las tecnologías reproductivas (Lamm, 2012b, p. 78).

La filiación, en su definición clásica, es “... *el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*” (Bossert & Zannoni, 2016, p. 142). Así, es hijo quien ha sido concebido en razón del acto sexual entre un varón y una mujer, con los que guarda plena identidad genética. Se podría afirmar que esta regla es la juridificación del modelo clásico-occidental de parentesco explicado en el apartado precedente.

La primera puesta en crisis de esta idea se dio con la adopción, puesto que entre adoptante/s y adoptado no hay identidad genética alguna. Se advierte entonces la primera disociación legal de los elementos volitivo y genético del derecho de filiación contemporáneo. Desde esta perspectiva, el instituto jurídico de la adopción podría indicar que la construcción biologicista del parentesco se ha visto flexibilizada en pos de abrigar un concepto de maternidad/paternidad más amplio acorde con la idea de un derecho de las familias en plural (De la Torre & Uman, 2012, p. 124). Sin embargo, la adopción se diferencia con las TRHA dado que la voluntad procreacional de los progenitores adoptantes aparece con posterioridad al nacimiento del hijo adoptivo. A ello se suma que el hijo adoptivo posee una biografía -en relación con su familia de origen- que no posee quien es concebido gracias a la reproducción asistida.

Ahora bien, el paradigma legal clásico referido no puede resolver los casos de TRHA, dada la disociación entre las verdades genética, biológica y voluntaria (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, & Lamm, 2012, p. 20). Si bien son muchas las combinaciones posibles, valga el siguiente ejemplo: si una pareja heterosexual acude a la donación de esperma, el varón tendrá solo voluntad procreacional pero no aportará los elementos genético (por no haber proporcionado los gametos) y biológico (por no haber acto sexual y por

no poder gestar). Si a ello se le suma el recurso a la gestación por sustitución, la mujer tampoco compartirá con el hijo identidad biológica. En consecuencia, *“las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo”* (Lamm, 2012b, p. 81).

Dada la necesidad conceptualizar *ex novo* el orden filiatorio establecido (Kemelmajer de Carlucci et al., 2013, p. 131), muchos países han diseñado reglas de filiación aplicables de forma exclusiva a las tecnologías reproductivas, lo que se presenta como la alternativa más conveniente y justa. En este sentido, incluso quienes son críticos de la reproducción asistida reconocen que aplicar la analogía jurídica y asimilar la filiación mediante TRHA a alguna categoría filiatoria existente puede provocar la implosión de esta última, puesto que las diferencias son de raíz (Basset, 2015, p. 2).

A continuación, se reseñará sintéticamente la regulación de la filiación por reproducción asistida vigente en España, en Cataluña y en Argentina.

1.3.1. España

En España, la LTRHA prevé reglas en materia de filiación en los artículos que van del 7 al 10.

La regla general es que el consentimiento determina la filiación, de la que deriva la imposibilidad de promover acciones de impugnación contra el vínculo resultante y de establecer vínculo legal con el donante. La filosofía de la LTRHA, en sintonía con el criterio habitual del derecho comparado, es que la voluntad de generar un nuevo ser humano sustituye al dato biológico, convirtiendo en padre o en madre legal a quien presta su consentimiento (Barber Cárcamo, 2010, p. 29).

No obstante, adviértase que la protagonista principal de la reproducción asistida en España es la mujer y no la pareja, sea casada o sola, heterosexual o no, y la referencia al consentimiento del cónyuge o de la pareja estable se hace simplemente a efectos de la filiación (Navarro-Michel, 2012, p. 167).

Por empezar, la maternidad se determina por el parto, dada la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución (art. 10). Consecuentemente, *mater semper certa est*.

El art. 8 prevé la virtualidad filiatoria del consentimiento otorgado por la mujer progenitora y por su marido (art. 8.1), así como del consentimiento otorgado por el varón no casado con la madre (art. 8.2). Finalmente, la norma veda la determinación de la filiación en favor del donante (art. 8.3). El artículo citado se transcribe a continuación:

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.
2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.
3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Por su parte, el art. 7.3 se dedica al caso de la mujer casada con una mujer que recurre a la reproducción asistida, quien puede consentir a que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Esto responde a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Sin embargo, de la LTRHA se desprende la imposibilidad de atribuir la “doble maternidad” a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho. En este caso, para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción previsto en el Código Civil (Benavente Moreda, 2017, p. 19)

Finalmente, la LTRHA regula el caso de premoriencia del marido (art. 9), cuyo análisis se realiza en el apartado 2.1.2 de este trabajo.

1.3.2. Cataluña

El legislador catalán ha incorporado reglas de filiación de aplicación exclusiva a las TRHA -fundadas en el elemento volitivo-, dentro de la sección dedicada a la filiación por naturaleza. En efecto, el Código Civil de Cataluña (CCCat) establece en el art. 235-1 que *“la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción”*.

El CCCat sigue el mismo criterio de la LTRHA al impedir la disociación de la maternidad volitiva y de la maternidad gestacional o biológica, en tanto que *“la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento”* (art. 235-3).

Ahora bien, de la combinación de los arts. 235-8.1 y 235-13.1, se concluye que es suficiente que el hombre o la mujer, casados o no con la madre y con independencia del carácter homólogo o heterólogo de la fecundación, presten su consentimiento en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público (Farnós Amorós, 2011, p. 101). A diferencia de la LTRHA, el CCCat admite la doble maternidad para las parejas de hecho. Ambas normas se transcriben a continuación:

Artículo 235-8. La fecundación asistida de la mujer casada. 1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. [...]

Artículo 235-13. La fecundación asistida de la mujer. 1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. [...]

Ambos artículos regulan también la fecundación *post mortem*. Ello se comenta en el apartado 2.1.2 de este trabajo.

1.3.3. Argentina

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) prevé tres tipos filiales, y uno de ellos está específicamente referido a las TRHA. Así, el art. 558 se detiene en las fuentes de la filiación del siguiente modo: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”*.

Fundamentalmente, la filiación por TRHA se determina por el elemento volitivo, independientemente de que un tercero haya aportado los gametos y/o el embrión. La voluntad debe materializarse en un consentimiento informado que los usuarios del tratamiento de fertilidad deben otorgar ante el centro de salud interviniente -obligado a recabar dicho consentimiento- y que luego deben presentar ante el registro civil para que su hijo sea inscripto como tal. De ello dan cuenta dos artículos clave que a continuación se transcriben:

Artículo 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Artículo 562. Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Asimismo, en relación con el consentimiento, se establece que es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561).

Lógicamente, todas estas reglas tienen también su correlato en materia de acciones de filiación, puesto que es inadmisibles la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quien haya aportado los gametos (art. 577). En igual sentido, no es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto del donante (art. 577).

Finalmente, no hay norma alguna sobre la reproducción *post mortem* ni sobre la gestación por sustitución. Sin embargo, el silencio no implica prohibición, de modo que estos procedimientos están implícitamente admitidos (Krasnow, 2017, p. 212). Ahora bien, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la reproducción *post mortem* en el art. 563, que luego fue suprimido del texto finalmente aprobado. Esta última norma proyectada se comenta en el apartado 2.1.2 de este trabajo.

1.4. La armonización regional en materia de reproducción asistida

A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, se asiste a un proceso de cooperación política y jurídica con alcance regional e internacional, en cuyo marco se ha forjado el derecho internacional de los derechos humanos, así como la jurisdicción internacional en la materia. Es que la posmodernidad advirtió que, en la mayoría de casos, no son los particulares quienes vulneran los derechos fundamentales, sino los mismos Estados.

El objeto de este apartado es dar cuenta de la incidencia de los órganos jurisdiccionales del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en los ordenamientos jurídicos locales, dada la relevancia de la jurisprudencia internacional sobre reproducción asistida.

Por empezar, es importante adelantar la pauta interpretativa de los instrumentos internacionales que se sigue en estos ámbitos. Sobre esta cuestión, bien es conocido el debate entre *originalists* y *living constitutionalists* en los Estados Unidos: para los primeros, la Constitución debe ser interpretada conforme a sus términos originarios, que fueron dados por los “padres” de los textos constitucionales; para los segundos, la Constitución debe ser interpretada conforme a las necesidades sociales actuales (Roosevelt, 2007, p. 57). Este debate, que todavía persiste en tierra norteamericana, pareciera estar ampliamente superado en el ámbito del SIDH y del SEDH, puesto que los órganos jurisdiccionales correspondientes han optado claramente por la segunda alternativa.

El discurso bioético no puede obviar la armonización y la interpretación evolutiva de los textos internacionales. Desafortunadamente, suele advertirse que los problemas ético-jurídicos son analizados desde una mera perspectiva localista. A modo de ejemplo, ¿cómo puede tratarse la regulación interna de la donación mitocondrial con prescindencia de los estándares sobre derechos reproductivos que haya fijado el tribunal regional de que se trate? Ello teniendo en cuenta lo siguiente:

Uno de los principales efectos de la diversidad entre los Estados en materia de TRA es el mal llamado “turismo reproductivo”, cuya influencia es aun más acusada en un contexto en que la medicina reproductiva ha ido adquiriendo mayor importancia y se ha convertido en un motor económico de primer nivel. [...] La necesidad de uniformizar la regulación existente, al menos en el plano internacional, es una demanda que nace de la consciencia de los riesgos de discriminación elitista, de explotación de mujeres de países subdesarrollados y de mala calidad del tratamiento. (Farnós Amorós, 2014, pp. 120–126)

A continuación, se sintetizará la incidencia en los ámbitos locales de los órganos jurisdiccionales del SEDH y del SIDH, con especial referencia a las tecnologías reproductivas.

1.4.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el marco del Consejo de Europa rige el SEDH, cuyos órganos fundamentales son la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH, ambos con sede en Estrasburgo.

El TEDH es el órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y de la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma.

Si bien el CEDH prevé en el art. 46.1 que los Estados se comprometen a acatar las sentencias en los litigios en que sean parte, la doctrina jurídica contenida en las mismas posee un efecto expansivo para el resto de los Estados. Así, se explica lo siguiente:

A partir de la entrada en funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su jurisprudencia se fue convirtiendo en elemento fundamental para la interpretación del Convenio y sus protocolos, y para la determinación del contenido de los derechos allí reconocidos. La relativa parquedad de los textos normativos del sistema (esencialmente el Convenio, sus protocolos, el Reglamento de funcionamiento del Tribunal y el Reglamento del Comité de Ministros) se ha visto compensada por esa jurisprudencia que, si bien no puede evidentemente crear nuevos derechos, si puede establecer su contenido y alcance, adaptándolos a nuevas necesidades y contextos. (López Guerra, 2013, p. 178)

En esta sintonía, el TEDH considera que el CEDH es un “instrumento vivo”. Ejemplo de ello es la interpretación dinámica del “efecto declarativo” de sus sentencias: si bien es el Estado transgresor el que debe decidir las vías de implementación local del fallo, en los últimos años el TEDH ha incluido mandatos específicos para la adopción de medidas individuales e incluso generales que trascienden el caso particular (López Guerra, 2013).

Ahora bien, cuando un caso congrega visiones morales contrapuestas, como sucede en relación con la procreación asistida, es usual que el TEDH recurra a la doctrina del margen de apreciación nacional, y convalide la discrecionalidad estatal en la materia. Esto ha motivado que parte de la comunidad académica abogue por el estrechamiento del margen de apreciación nacional, dado que lo contrario conlleva a la inseguridad jurídica y a la reproducción transfronteriza, que se ha traducido en un *nuevo mercado europeo de fertilidad* (Cayón de las Cuevas, 2017, pp. 63–67).

Sin embargo, pese a la doctrina del margen de apreciación nacional, es posible extraer estándares relevantes sobre TRHA. El TEDH se ha pronunciado sobre la disposición de embriones ante la ruptura del proyecto parental (*Evans c. Reino Unido*), el acceso a la reproducción asistida de parte de los privados de libertad (*Dickson c. Reino Unido*), el acceso a la reproducción asistida con gametos donados (*S.H. y otros c. Austria*), el acceso al diagnóstico genético preimplantacional (*Costa y Paván c. Italia*), la custodia necesaria

de embriones por el Estado (*Knecht c. Rumanía*), la eficacia de acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero (*Menesson y Labassee c. Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*) y la donación de embriones con fines de investigación (*Parrillo c. Italia*) (Farnós Amorós, 2016).

1.4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el marco de la Organización de Estados Americanos rige el SIDH, cuyos órganos fundamentales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington D.C., y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en San José de Costa Rica. La Corte IDH es el órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica.

La Corte IDH lleva adelante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección (Corte IDH, 1999, para. 193). En este marco, ha construido jurisprudencialmente la doctrina del control de convencionalidad, mediante la que exige que todos los órganos de los Estados parte realicen de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y el *corpus iuris* convencional -integrado por la CADH, por los demás tratados internacionales de derechos humanos y por la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH- (Sagüés, 2014, p. 25).

Sobre el particular, si bien solo el Estado involucrado en la controversia debe cumplir el fallo (art. 68.1, CADH), la doctrina jurídica que emana del mismo es vinculante para todos los Estados parte. Así, la jurisprudencia de la Corte IDH es de aplicación obligatoria para los veinticinco países de América que han ratificado la CADH y que se han sometido a la jurisdicción de este tribunal (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, & Herrera, 2012, p. 144).

Para comprender la trascendencia jurídica del control de convencionalidad, imagínese a un juez de algún país americano, en el que no se reconozcan efectos a las uniones de personas del mismo sexo, ante una medida cautelar mediante la que se cuestiona la constitucionalidad de una norma que impide contraer matrimonio a una pareja gay. Ello teniendo en cuenta que el magistrado está obligado a resolver conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, de la que surge lo siguiente:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. (Corte IDH, 2012b, para. 142)

En materia de reproducción asistida, la Corte IDH dictó sentencia en el famoso caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. En esta oportunidad, se interpretó el alcance del derecho a la vida “desde la concepción” (art. 4.1, CADH), y se resolvió que, en el caso de la fecundación *in vitro*, el término “concepción” es equivalente al de “implantación”, de modo que el embrión no implantado no se encuentra protegido por dicha norma (Corte IDH, 2012a, para. 264). Así, no es convencional que un Estado parte limite el acceso a las tecnologías reproductivas so pretexto del “derecho a la vida” del embrión *in vitro*.

CAPÍTULO II. LAS DIMENSIONES ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

En el capítulo anterior se han abordado las transformaciones que delimitan el contexto actual en materia de TRHA. En ese marco, se ha explicado el impacto de las tecnologías reproductivas en la noción de parentesco y en los sistemas legales de filiación. De ello surge que las legislaciones de España, de Cataluña y de Argentina requieren el otorgamiento del consentimiento informado a efectos de la realización de una TRHA y de la determinación de la filiación en favor de los usuarios.

En el presente capítulo, por empezar, se analiza la regla del consentimiento informado en relación con la reproducción asistida heteróloga y la reproducción asistida *post mortem*. Luego se comparan ambas figuras y se plantea el problema de investigación y la hipótesis. En atención a esta última, se desarrollan a continuación las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional. Finalmente, se aborda la legislación británica en la materia y se comenta el caso *Dickson v. Reino Unido*, resuelto por la Gran Sala del TEDH el 4 de diciembre de 2007.

2.1. El diverso despliegue de los elementos genético y volitivo

En este apartado se explica la incidencia del consentimiento informado en la reproducción asistida heteróloga y en la reproducción asistida *post mortem*. Luego se comparan ambas figuras para detectar las diferencias. En esta oportunidad, se plantea el problema de investigación y la hipótesis.

2.1.1. Reproducción asistida heteróloga

La reproducción asistida es heteróloga cuando, a efectos de la consecución del embarazo, se recurre a gametos masculinos o femeninos de personas ajenas al proyecto parental. También queda incluida en esta categoría la transferencia de embriones generados con material genético de terceros. En los últimos años se ha incluido la transferencia nuclear, que permite formar un embrión con el material genético de tres personas. De allí que sea usual, en relación con estos supuestos, hablar de “donación” de espermatozoides, de óvulos, de embriones y, más recientemente, de mitocondrias.

La nota característica de la reproducción asistida heteróloga es la disociación entre los elementos genético y volitivo. En efecto, la donación de gametos y/o de embriones implica renunciar a la identificación genética con el nacido.

En este sentido, quienes se someten a un tratamiento de fertilidad sin aportar sus células reproductivas transitan por el denominado “duelo genético”, durante el cual

tienen que asumir al futuro hijo como propio a pesar de no compartir los genes (Jociles Rubio & Rivas, 2016, p. 71). Para comprender la trascendencia de ello, se cita a continuación el siguiente testimonio real:

Ahora, resulta que yo, que quería tener hijos, ahora ya no podía por mí misma, ¿vale? Pero, bueno, yo esa noche me puse a escribir, a pensar, a analizar... y al día siguiente le dije: "Adelante. Yo no quiero a mi madre porque lleve sus genes. Es mi madre porque me ha educado, me ha cuidado, me ha dado lo que soy". Y así se lo explicaré a mi hija o a mi hijo. Y, efectivamente, a la primera me quedé. (Magdalena, Valencia, 40-45 años, MSPE, administrativo, 1 hija de 0-5 años por ovodonación y donación de semen). (Jociles Rubio & Rivas, 2016, p. 73)

Ahora bien, de acuerdo a lo comentado en el apartado 1.3 del presente trabajo, las legislaciones de España, de Cataluña y de Argentina reconocen que el consentimiento informado recabado por el centro de salud habilita el acto médico y determina el vínculo filial. Es jurídicamente irrelevante si los integrantes del proyecto parental aportaron o no sus células reproductivas.

En consecuencia, no hay vínculo parental entre el nacido y el donante, ni tampoco es posible establecerlo mediante reconocimiento y/o acciones de filiación. La relación entre el nacido y el donante se reduce simplemente al acceso a la información por parte del primero, en ejercicio de su derecho a la identidad genética. Como es sabido, esta cuestión es regulada en el derecho comparado con diversos alcances. Recientemente, en sintonía con la tendencia global en la materia, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió una recomendación mediante la que propuso a los Estados miembros suprimir el anonimato de los donantes (Parliamentary Assembly - Council of Europe, 2019)

En suma, en el marco de la reproducción asistida heteróloga, el elemento volitivo es autosuficiente a efectos de la procedencia de los actos médicos y de la determinación de la filiación. Por su parte, el dato genético no tiene mayor repercusión jurídica.

Más allá de las TRHA heterólogas tradicionales, la disociación de los elementos constituyentes del proceso reproductivo también está presente en el marco de la gestación por sustitución. En los países que regulan esta práctica (no es el caso de España, en donde los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho por aplicación del art. 10 de la LTRHA, ni de Argentina, en donde la figura no está regulada), el incólume principio *mater semper certa est* hace crisis y deja de ser incuestionablemente un hecho cierto (Lamm, 2012a, p. 5). Ahora bien, a diferencia de la reproducción asistida heteróloga, en la gestación por sustitución siempre hay una

disociación entre el elemento volitivo (en cabeza de los comitentes) y el elemento biológico (en cabeza de la gestante), mientras que no siempre entre el primero y el elemento genético. Así, en países como Estados Unidos, la valoración jurídica de la gestación por sustitución varía según la concurrencia del dato genético, puesto que si los óvulos son aportados por la misma gestante, los tribunales suelen considerar que el contrato no es exigible (García Rubio & Herrero Oviedo, 2018, p. 73). En este sentido, el art. 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina -luego suprimido del texto finalmente aprobado- exigía, a efectos de la homologación judicial del consentimiento prestado a efectos de la gestación por sustitución, que al menos uno de los comitentes haya aportado los gametos.

2.1.2. Reproducción asistida *post mortem*

La reproducción asistida *post mortem* es aquella concretada por una persona luego de la muerte de aquel con quien compartía un proyecto parental. En general, los supuestos refieren a las siguientes posibilidades:

1. Emplear los espermatozoides de una persona fallecida cuya crioconservación se inició antes de la muerte.
2. Implantar embriones que posean el material genético de una persona fallecida y que se generaron antes de la muerte.
3. Extraer los espermatozoides de un cadáver para su posterior uso reproductivo.

Es usual que la mujer sobreviviente no solo pretenda el uso del material reproductivo del marido o compañero fallecido, sino también que jurídicamente se reconozca en favor de este último un vínculo legal con el nacido. En otras palabras, se pretende consumir un proyecto parental que se frustró por el deceso de uno de sus integrantes.

Más allá del debate bioético de fondo en torno a esos casos, que ha suscitado las críticas de parte de quienes se oponen a la monoparentalidad originaria (Corral Talciani, 1979), lo cierto es que muchas son las legislaciones del mundo que los receptan. Este es el caso de España y de Cataluña, pero también de Reino Unido, Victoria (Australia), Columbia Británica (Canadá), Nueva Zelanda, Grecia, Portugal, Bélgica, Israel, entre otros.

En general, en la literatura bioética se destaca que la legalidad de esta práctica debería estar sujeta a que el fallecido haya otorgado su consentimiento expreso y específico (Pennings et al., 2006). No obstante, tal como se da cuenta a continuación, es frecuente que no solo se requiera el consentimiento del difunto, sino que también este sea el titular de los gametos.

En España, el art. 9 de la LTRHA prevé los requisitos tanto para la procedencia del acto médico como para la determinación de la filiación. La norma se transcribe a continuación:

Artículo 9. Premoriencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Así, no hay vínculo filial entre el nacido y el fallecido si a la fecha de la muerte el primero no se encontraba *in utero*, a excepción de que el segundo haya otorgado su consentimiento y la técnica se realice dentro de los doce meses posteriores al deceso. En cuanto al consentimiento, puede ser revocado en cualquier momento, y se presume si a la fecha de la muerte existen embriones crioconservados.

En comentario al art. 9 de la LTRHA, un autor reflexiona acerca de si el varón puede o no consentir a una fecundación *post mortem* con semen de donante y que luego se establezca la filiación en su favor, teniendo en cuenta que la motivación de esta práctica

no es tanto, o no tan solo, tener un hijo biológico del marido o compañero, cuanto dar cumplimiento al proyecto vital de la pareja de tener un hijo venciendo las dificultades que lo impedían (Fernández Campos, 2007, p. 322). Sin embargo, se explica que “*el tenor literal del art. 9 LTRHA acoge sólo la fecundación post mortem con material genético propio del marido o conviviente fallecido, por lo que quedan fuera los casos de fecundación heteróloga de la mujer*” (Barber Cárcamo, 2010, p. 31).

Esta regla es similar en el CCCat, cuyo art. 235-8.2 establece que “*en la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones...*”. Entre los presupuestos exigidos se destaca el consentimiento. La regla se reitera para el conviviente varón en el art. 235-13.2, CCCat. Al igual que su par español, el legislador catalán sujeta la filiación a la concurrencia de los elementos volitivo y genético.

En Argentina no hay normas específicas referidas a la reproducción *post mortem*. Sin embargo, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la transferencia embrionaria *post mortem* en el art. 563 (la figura fue suprimida del texto finalmente aprobado). Ahora bien, la disposición proyectada exigía, a efectos de la filiación, la doble exigencia genética y volitiva. Se requería que la persona haya consentido que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

Puede afirmarse que, en relación con la reproducción *post mortem*, las legislaciones española y catalana exigen la concurrencia de los elementos volitivo y genético a fin de establecer la filiación en favor del difunto. El mismo criterio se seguía en la normativa proyectada en Argentina.

Finalmente, una mención aparte merecen los supuestos en los que la voluntad de procrear no recae sobre la persona que compartía el proyecto parental con el difunto, sino sobre los progenitores de este último. Esto es muy común en países de fuerte tradición religiosa, y la práctica suele responder a fundamentos diferentes a los que se plantean en el mundo occidental. Así, por ejemplo, en Israel se habla de un derecho comunitario a la fecundación *post mortem*, fundado en Deuteronomio 26:5-6, que es la misma cita bíblica que justifica el matrimonio levirato -pese a que este ya no es practicado en la mayoría de comunidades judías- (Westreich, 2017). En principio, estos casos desbordan el alcance del derecho a la reproducción asistida, y no parece que este pueda alegarse para permitir a unas personas convertirse en abuelos para perpetuar la memoria genética del hijo (Navarro-Michel, 2012, p. 179).

2.1.3. Análisis comparativo

Del comentario precedente surge una diferencia fundamental entre la reproducción asistida heteróloga y la reproducción asistida *post mortem*, la que se resume en el recuadro 1:

CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	ELEMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DEL ACTO MÉDICO Y PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN
REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA	ELEMENTO VOLITIVO <i>(Consentimiento informado de los usuarios)</i>
REPRODUCCIÓN ASISTIDA <i>POST MORTEM</i>	ELEMENTO VOLITIVO <i>(Consentimiento informado de los usuarios)</i> + ELEMENTO GENÉTICO DE LA PERSONA FALLECIDA <i>(Titular del material genético)</i>

Recuadro 1. Análisis comparativo (legislación vigente en España y en Cataluña, y legislación proyectada en Argentina)

Queda claro entonces que, en el caso de la reproducción *post mortem*, no se permite establecer la filiación en favor del difunto si este no aporta su material genético. Distinto es respecto de la reproducción heteróloga practicada “en vida”, en la que es irrelevante el aporte de los gametos.

Ahora bien, si la voluntad procreacional es el elemento que siempre define la filiación en los supuestos de TRHA (Krasnow, 2016, p. 75), ¿por qué quien otorgó el consentimiento a la reproducción *post mortem* debe a su vez haber aportado el material genético? Esta diferencia ha motivado la siguiente reflexión académica -en relación con la LTRHA-:

O lo que es lo mismo, podemos preguntarnos ¿es fundamental para la ley que los gametos provengan del marido? No parece serlo cuando se admite la inseminación artificial heteróloga (IAD). ¿No se puede admitir una fecundación

heteróloga *post mortem*, ante esterilidad inicial del marido, si éste la había consentido expresamente? Si respondemos negativamente, habrá entonces que responder a la siguiente pregunta: ¿Por qué se admite en vida esta práctica (la IAD) y se niega *post mortem*? ¿El hijo nacido por fecundación *post mortem* es que tiene que ser biológicamente del marido? ¿Cuál es la finalidad de la fecundación *post mortem*? (Fernández Campos, 2007, p. 322)

La tesis aquí sostenida es que existe una razón bioética suficiente que justifica la distinción. Concretamente, en el supuesto de la reproducción *post mortem*, si bien el difunto pudo haber otorgado un consentimiento informado, por razones obvias no podrá asumir el rol de progenitor una vez acaecido el nacimiento del niño. De esta manera, el legislador recurre al dato genético, que opera como elemento auxiliar para dotar de justificación a aquel vínculo de filiación que carecerá de despliegue socio-afectivo.

Diversa es la situación de dos personas que recurren en vida a la donación de gametos y/o de embriones, puesto que no solo otorgarán el consentimiento informado ante el centro de fertilidad, sino que ambos también participarán en la crianza del hijo. Existe una real expectativa de que ambos podrán desarrollar efectivamente el proyecto parental pretendido. Es evidente que bien puede suceder que el varón fallezca durante el curso del embarazo, pero esta circunstancia es sobreviniente e imprevista, mientras que, en la reproducción *post mortem*, el deceso es anterior a la generación de la nueva vida.

De este modo, se sostiene que la voluntad procreacional posee una una dimensión estática -el otorgamiento de consentimiento informado- y una dimensión dinámica -la realización del proyecto parental y el ejercicio efectivo del rol de progenitor-. La ausencia anticipada de la segunda constituye una razón bioética suficiente a efectos de que los legisladores español, catalán y argentino recurran al dato genético. En el apartado siguiente se conceptualizan ambas categorías.

Existen, sin embargo, otras legislaciones en las que no se advierte la diferencia referida en este apartado. Ejemplo de ello es el Reino Unido, en donde, por aplicación de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008, es admisible que un varón -unido o no en matrimonio o en *civil partnership* con la mujer gestante- consienta la transferencia *post mortem* de un embrión generado con semen de donante, para luego ser considerado el padre del niño. En igual sentido, también una mujer -unida o no en matrimonio o en *civil partnership* con la mujer gestante- puede otorgar consentimiento a igual fin. De este modo, a diferencia de las legislaciones española y catalana, la HFEA

2008 prevé la posibilidad de consentir la transferencia póstuma de un embrión generado con material genético de tercero (aunque el embrión debe haber sido creado antes del deceso). En virtud de ello, quien consienta será considerado progenitor solo en virtud de su consentimiento, sin que se exija la concurrencia del elemento genético. Así, se admite que la reproducción *post mortem* sea heteróloga en relación con el difunto. De allí que los autores distingan entre *posthumous genetic fatherhood* y *posthumous non-genetic fatherhood* (McCandless & Sheldon, 2010, p. 186).

2.2. Las dimensiones constitutivas de la voluntad procreacional

La voluntad procreacional, en tanto elemento que legitima el acto procreativo asistido y que determina la filiación resultante, posee una dimensión estática y una dimensión dinámica. Ambas se abordan a continuación.

2.2.1. Dimensión estática

La dimensión estática de la voluntad procreacional refiere al otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado por parte de los usuarios de las TRHA ante el centro de salud, que quedará plasmado en el documento o formulario respectivo.

Como es sabido, *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”* (art. 2.2, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). En España, esta norma se complementa por las diversas legislaciones autonómicas. Así, por ejemplo, en Cataluña rige la Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud. En el caso de Argentina, el CCCN se hace eco de las previsiones de la Ley 26.529 y se dedica al consentimiento informado en su art. 59, que a continuación se transcribe:

Artículo 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;

- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

En este sentido, el consentimiento informado es una exigencia ético-jurídica elemental que deriva, en general, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en particular, del *corpus iuris* internacional sobre bioética (art. 5, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; art. 5, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos; art. 8, Declaración Internacional sobre la Protección de los Datos Genéticos Humanos; art. 5, Convenio de Oviedo).

Ahora bien, la trascendencia jurídica del consentimiento en el ámbito de la reproducción asistida es significativa. Ello así porque no solo legitima los actos médicos que integran el tratamiento de fertilidad, sino que también determina el vínculo de filiación correspondiente. El tratamiento legal de esta cuestión en España, en Cataluña y en Argentina ya ha sido abordado en el apartado 1.3 del presente trabajo, al cual cabe remitirse.

El consentimiento informado en este campo no solo es de interés para los juristas, sino también para importantes organizaciones y organismos dedicados a la medicina reproductiva. Así, por ejemplo, la Sociedad Española de Fertilidad aboga por uniformar los consentimientos en todo el territorio español, y ofrece a tal efecto modelos de consentimiento informado para todas las prácticas de fertilidad (Sociedad Española de Fertilidad, 2019). Por su parte, la autoridad administrativa de contralor en el Reino Unido ofrece en su sitio web numerosos *consent forms* que pueden ser descargados, completados y presentados directamente por los usuarios ante las clínicas (Human Fertilisation & Embryology Authority, 2019).

Desde esta perspectiva, la dimensión estática de la voluntad procreacional consiste en su exteriorización en un documento o formulario impreso, que luego es presentado por los usuarios de las TRHA ante la autoridad administrativa correspondiente (en caso de que la técnica sea exitosa y efectivamente acaezca un nacimiento).

Finalmente, adviértase que la calificación de “estática” se utiliza conforme a la segunda acepción de la Real Academia Española, que a continuación se transcribe: “*Que permanece en un mismo estado, sin mudanza en él*” (Real Academia Española, n.d.). En efecto, los conflictos en torno al consentimiento informado a las TRHA se generan por la pretensión de modificarlo cuando su revocación legal ya no es posible. Así sucede cuando se judicializa la disposición de embriones crioconservados ante una crisis de pareja (Farnós Amorós, 2010; Navarro-Michel, 2008), o cuando la pretensión de procrear *post mortem* no coincide con el alcance del consentimiento otorgado en vida por el difunto.

2.2.2. Dimensión dinámica

La dimensión dinámica de la voluntad procreacional es la realización del proyecto parental pretendido por parte de los usuarios de las TRHA y el ejercicio efectivo del rol de progenitor. Existe una confianza social implícita en que quienes se someten a un tratamiento de fertilidad ejecutarán luego su proyecto parental, el que se edificará sobre vínculos de socio-afectividad y solidaridad.

Esta dimensión dinámica implica entonces la juridificación de la idea antropológica según la cual *“la filiación no es tanto la inscripción en el cuerpo de hechos anteriores que remiten a un pasado de diferentes actos de reproducción, sino la inscripción en el cuerpo de acciones del presente que van estableciendo los lazos de la filiación”* (Bestard, 2009, p. 84). Es que las relaciones familiares encierran un dinamismo que trasciende con creces al acto formal de otorgamiento de consentimiento informado.

Desde esta perspectiva, el rol de progenitor se ejerce mediante “actos y acciones de cuidado”, los que constituyen una de las notas más distintivas de las relaciones filiales contemporáneas. Prueba de ello son las legislaciones que regulan el “cuidado de los hijos” o “cuidado personal”, en sustitución del instituto originario de la patria potestad.

A modo de ejemplo, el CCCat regula el “cuidado de los hijos” en la sección segunda del capítulo tercero del título tercero del libro segundo, dedicado a la persona y la familia. Otro ejemplo es el CCCN (Argentina), cuyo art. 648 prevé lo siguiente: *“Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”*.

En el catálogo de actos de cuidado pueden incluirse, sin pretensión de exhaustividad, los siguientes:

1. La convivencia común en un mismo hogar.
2. La prestación de alimentos, que redundará en la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación y salud.
3. La educación y la contribución al desarrollo moral del hijo, y el acompañamiento para el libre desarrollo de su personalidad.
4. La colaboración con las instituciones educativas, deportivas y sociales que integre el hijo.
5. La consideración de las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas y su desarrollo madurativo.
6. La contribución a la educación sexual del hijo y el acompañamiento para el descubrimiento de su propio cuerpo.
7. El respeto del derecho del hijo a ser oído.

8. La orientación e inclusión del hijo en la toma de decisiones que hacen al ejercicio de sus derechos personalísimos, conforme al principio de autonomía progresiva.
9. La integración del hijo con los abuelos, los parientes y los demás referentes afectivos.
10. La administración del patrimonio del hijo y su representación legal cuando fuese necesaria.

Así, el legislador, al reconocer que la voluntad de los usuarios de las TRHA determina la filiación, asume que estos podrán luego realizar aquellos actos de cuidado. Subyace la idea de que las relaciones de parentesco son un proceso de interacción constante (Bestard, 2009, p. 84). En otras palabras, se confía a los usuarios la responsabilidad procreacional, la que ha sido definida de la siguiente manera:

La responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce. Si la unión sexual produce la fecundación, nace en cabeza de los progenitores una responsabilidad directa respecto de la persona por nacer que se exterioriza en el ámbito normativo en el instituto de la responsabilidad parental, cuyo contenido abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 638 ccycn). Ahora bien, mientras que en la filiación por naturaleza este conjunto de deberes-derechos recae en quienes serán emplazados como padres por la correspondencia genética con su descendencia, en la filiación por trha los mismos recaerán en quien/quienes hubiera/n exteriorizado su voluntad procreacional a través del consentimiento informad. (Krasnow, 2017, p. 181)

En este orden de ideas, un autor afirma que la procreación se encuentra integrada por los tres aspectos siguientes: a. la voluntad de la unión sexual; b. la voluntad procreacional; c. la responsabilidad procreacional. La segunda es el deseo o intención de crear una nueva vida, mientras que la tercera es su consecuencia, consistente en la responsabilidad directa de los progenitores respecto a la persona por nacer (Diaz de Guijarro, 1965).

La tesis aquí sostenida, referida a las TRHA, es que la “responsabilidad” es una de las dos dimensiones que presenta la voluntad procreacional, en tanto fuente de filiación. Desde esta perspectiva, la filiación incluye la búsqueda y también la crianza del hijo/a, movidas por el “deseo de ser madre/padre” (Jociles Rubio & Rivas, 2016, p. 67).

Así, la previsibilidad sobre el ejercicio de estos actos en favor del hijo surge del hecho de que las TRHA, al actuar exclusivamente sobre uno de los dominios del parentesco, el natural, generan que las personas que siguen un tratamiento de infertilidad se vean obligadas a dar “sentido social” a esta asistencia a la naturaleza (Bestard Camps, Orobítg Canal, Ribot Ballabriga, & Salazar Carrasco, 2003, p. 84).

Finalmente, es posible una ausencia anticipada de esta dimensión dinámica, como sucede en el marco de la reproducción *post mortem*. Esta circunstancia constituye una razón bioética suficiente para que el legislador recurra al dato genético, que dota de mayor justificación al vínculo de filiación.

2.3. El caso *Dickson c. Reino Unido*

En este apartado se comenta un precedente jurisprudencial del TEDH referido al acceso a la inseminación artificial de las personas privadas de libertad. Los hechos, los argumentos de las partes y las consideraciones del tribunal presentan un interés relevante para el presente trabajo.

Kirk and Lorraine Dickson contrajeron matrimonio en 2004, diez años después de que Kirk fuera condenado a prisión perpetua por el delito de homicidio. Si bien Lorraine tenía tres hijos fruto de relaciones afectivas previas, solicitó autorización para una inseminación artificial con los gametos del marido. Sucedió que la técnica constituía su última oportunidad de tener descendencia genética, al contar en aquel entonces con cuarenta y cuatro años (Cayón de las Cuevas, 2017, p. 54). También concurría la circunstancia de que las visitas conyugales no están permitidas en el Reino Unido (Eijkholt, 2008, p. 284).

En fecha 28 de mayo de 2003, la Secretaría de Estado británica rechazó la petición de Lorraine con fundamento en que la admisibilidad de la inseminación artificial por parte de personas privadas de la libertad está restringida a casos excepcionales, y que deben tenerse en cuenta, entre varios aspectos, los siguientes: si la fecha de liberación del prisionero es muy lejana de manera que no pueda asumir las responsabilidades de padre; si la pareja tenía una relación estable antes del encarcelamiento que pueda llegar a subsistir después de la liberación; si existe alguna evidencia que sugiera que las circunstancias particulares de la pareja son satisfactorias para el bienestar del niño, incluido el período de tiempo durante el cual este podría estar sin padre o madre (ECHR - Grand Chamber, 2007a, para. 13)

Luego de agotar la vía judicial interna, el matrimonio Dickson acudió ante el TEDH por presunta vulneración de los arts. 8 y 12 del CEDH. La Sec. 4ª del TEDH confirmó el

proceder del Estado. Finalmente, el 4 de diciembre de 2007, la Gran Sala hizo lugar al planteo de los requirentes, por considerar que el Reino Unido vulneró su vida privada y familiar.

Más allá de las implicaciones del caso en términos de política criminal, que ya han sido tratadas por otros autores (Belategi, 2018), a los efectos del presente trabajo dos son los aspectos importantes introducidos por la Gran Sala. En primer lugar, se consideró que el art. 8 del CEDH es aplicable puesto que la noción de vida privada y familiar incluye el derecho al respeto de la decisión de ser padres genéticos (ECHR - Grand Chamber, 2007a, para. 66). En segundo lugar, en cuanto al potencial perjuicio del bienestar del niño alegado por el Estado, se reconoció la legitimidad que tienen los Estados de velar por tal cuestión, pero concluyó que ello no podía llegar al punto de privar de concebir a dos personas en las circunstancias del caso.

Adviértase que, al alegar ante la Gran Sala, el Reino Unido reiteró los argumentos invocados originariamente por su Secretaría de Estado, como la falta de una relación estable entre los cónyuges y la ausencia prolongada del padre en la vida del niño que naciera como consecuencia de la inseminación artificial (ECHR - Grand Chamber, 2007a, para. 62).

Pese a que la particularidad del caso Dickson dificulta inferir del mismo una doctrina general (Farnós Amorós, 2016, p. 98), guarda relevancia a efectos del presente trabajo por lo siguiente:

1. *Imposibilidad de ejercer el rol de progenitor.* Para las autoridades británicas no era suficiente la voluntad de procrear de parte de Kirk. Así, uno de sus argumentos centrales fue que este, al estar en prisión, no podría ejercer efectivamente su rol de progenitor. Aparece aquí lo que en este trabajo se ha denominado “dimensión dinámica” de la voluntad procreacional.
2. *La relevancia del dato genético.* Pese al alto grado de consenso en los países europeos en torno a que los vínculos de filiación derivados de la reproducción asistida se determinan en razón del elemento volitivo, la Gran Sala encuadró el caso y fundamentó su decisión a partir del derecho al respeto a la decisión de ser padres genéticos, sin siquiera aludir al primer aspecto. Desde ya que esta no es la primera vez que el TEDH alude a esta cuestión. Así, por ejemplo, el derecho a ser padres genéticos también fue introducido en el caso *Evans c. Reino Unido* (ECHR - Grand Chamber, 2007b).

El aspecto crucial del caso es la imposibilidad de Kirk de ejercer su rol de progenitor por estar en prisión, pese a que estaba en facultades de otorgar el consentimiento informado correspondiente. Es que cuando las autoridades británicas advirtieron anticipadamente que uno de los integrantes del proyecto parental no podría participar en la crianza y en la educación del hijo, rechazaron la solicitud de Lorraine de inseminarse. Tal es así que, pese a su decisión, la Gran Sala reconoció la posibilidad de restringir el derecho derivado del art. 8 CEDH en caso de que el futuro padre no pudiese cuidar del niño (Eijkholt, 2008, p. 290).

CONCLUSIONES

Primera. *La consolidación del modelo voluntarista de parentesco.* La irrupción de las TRHA en el mundo posmoderno ha puesto en crisis las categorías antropológicas y jurídicas clásicas. Prueba de ello es que en España, en Cataluña y en Argentina la filiación se determina en razón de la voluntad procreacional, con independencia del dato genético. Asimismo, es necesario que el análisis de las regulaciones locales se realice a la luz de la armonización regional.

Segunda. *Distinción entre la reproducción asistida heteróloga y la reproducción asistida post mortem.* Según las legislaciones española y catalana, a efectos de la filiación derivada de la reproducción heteróloga, es suficiente el otorgamiento del consentimiento. Sin embargo, al regular la reproducción *post mortem*, se exige no solo que el difunto haya dado el consentimiento, sino que a su vez sea el titular del material genético utilizado. La misma diferenciación se da en Argentina si se compara la normativa vigente sobre filiación y la normativa proyectada sobre reproducción *post mortem*.

Tercera. *La razón bioética suficiente de la distinción.* Existe una razón bioética suficiente que justifica la distinción expuesta en la conclusión precedente. En particular, la voluntad procreacional, en tanto elemento que legitima el acto médico de reproducción asistida y que determina la filiación resultante, posee una dimensión estática y una dimensión dinámica. El legislador recurre al dato genético de forma auxiliar ante la ausencia anticipada de la dimensión dinámica, lo que permite dotar de mayor justificación al vínculo de filiación. Ello es lo que sucede en relación con la reproducción *post mortem*.

Cuarta. *La voluntad procreacional posee una dimensión estática y una dimensión dinámica.* La dimensión estática de la voluntad procreacional consiste en el acto formal de otorgamiento de consentimiento informado ante el centro de salud, mientras que la dimensión dinámica consiste en la realización del proyecto parental y en el ejercicio efectivo del rol de progenitor. De la trascendencia de esta última da cuenta el caso *Dickson c. Reino Unido*.

BIBLIOGRAFÍA

- Barber Cárcamo, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja (REDUR)*, (8), 25–37.
- Basset, Ú. C. (2015). La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable. *Escritos Jurídicos The Family Watch*, (7), 1–3.
- Belategi, M. A. (2018). La reinserción como principio de la política penitenciaria europea. In K. E. Estankona, I. O. Gezuraga, & G. O. Zabala (Eds.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas. Obra con motivo del Congreso conmemorativo del décimo aniversario de las Jornadas Justicia con Ojos de Mujer (2008-2017)* (pp. 805–826). España: Tirant lo Blanch.
- Benavente Moreda, P. (2017). Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida. *Oñati Socio-Legal Series*, 7(1), 1–36.
- Bestard Camps, J., Orobitg Canal, G., Ribot Ballabriga, J., & Salazar Carrasco, C. (2003). *Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones*. (1, Ed.). Barcelona: Publicacions de la UB.
- Bestard, J. (2009). Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social. *Revista de Antropología Social*, (18), 83–95.
- Bladillo, A. (2018). Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud. *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, (38), 135–158.
- Bonilla, E., Bahena, I., Ducolomb, Y., González, C., Casas, E., González Márquez, H., & Betancourt, M. (2016). Formación de ovocitos y espermatozoides in vitro. *Revista Iberoamericana de Ciencias*, 3(3), 5–10.
- Bossert, G. E., & Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de familia (7°)*. Buenos Aires: Astrea.
- Casado, M., & López Baroni, M. J. (2018). *Manual de bioética laica (I). Cuestiones clave*. Barcelona: Edicions UB.
- Casado, M., & Navarro-Michel, M. (2019). *Documento sobre gestación por sustitución*. Barcelona.
- Cayón de las Cuevas, J. (2017). La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción. *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, I(35), 45–72.

- Corral Talciani, H. (1979). Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial. *Revista Chilena de Derecho*, 7(2), 243–258.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo) (1999).
- Corte IDH. Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (2012).
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) (2012).
- De la Torre, N., & Uman, N. (2012). Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (III), 122–134.
- Di Pietro, M. L. (2005). *Sexualidad y procreación humana* (1º). Buenos Aires: Educa.
- Díaz de Guijarro, E. (1965). La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación. *Jurisprudencia Argentina*, III, 21.
- ECHR - Grand Chamber. Case of Dickson v. The United Kingdom (2007).
- ECHR - Grand Chamber. Case of Evans v. The United Kingdom (2007).
- Eijkholt, M. (2008). The Right To Procreate Is Not Aborted. Dickson v. United Kingdom. *Medical Law Review*, (16), 284–293.
- European Society of Human Reproduction and Embryology. (2018). More than 8 million babies born from IVF since the world’s first in 1978: European IVF pregnancy rates now steady at around 36 percent, according to ESHRE monitoring. Retrieved April 23, 2020, from www.sciencedaily.com/releases/2018/07/180703084127.htm
- Farnós Amorós, E. (2010). *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions*. Universitat Pompeu Fabra.
- Farnós Amorós, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Farnós Amorós, E. (2014). La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos. In G. Cohen & E. Farnós Amorós (Eds.), *Derecho y tecnologías reproductivas* (pp. 99–139). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Farnós Amorós, E. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia. *Revista de Bioética y Derecho*, (36), 93–111.
- Fernández Campos, J. A. (2007). Artículo 9. Premoriencia del marido. In J. A. Cobacho

- Gómez & J. J. Iniesta Delgado (Eds.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 305–352). Cizur Menor: Thomson - Aranzadi.
- García Fernández, D. (2015). La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI. In W. A. Godínez Mendez & J. H. García Peña (Eds.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas* (1º, pp. 449–465). México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México).
- García Manrique, R. (2015). La argumentación en bioética. In M. Casado (Ed.), *Bioética, derecho y sociedad* (2º, pp. 66–77). Madrid: Trotta.
- García Rubio, M. P., & Herrero Oviedo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 52(52), 67–89.
- Harari, Y. N. (2020). *21 lecciones para el siglo XXI* (7º). Buenos Aires: Debate.
- Human Fertilisation & Embryology Authority. (2019). Consent forms. Retrieved April 19, 2020, from <https://www.hfea.gov.uk/about-us/how-we-regulate/consent-forms/>
- Jociles Rubio, M. I., & Rivas, A. M. (2016). Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante. *Ankulegi*, (20), 63–78.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Derecho Privado*, (1), 3–45.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2013). Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis. In M. Gomez de la Torre Vargas & C. Lepín Molina (Eds.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria* (pp. 127–163). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., & Herrera, M. (2012). Con el impulso de la ciencia, sin fundamentalismos. *Perspectivas Bioéticas*, 17(33), 139–154.
- Krasnow, A. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. *Revista de Bioética y Derecho*, (37), 69–84.
- Krasnow, A. N. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado*, (32), 175–217.

- Lamm, E. (2011). *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación*. Universidad de Barcelona.
- Lamm, E. (2012a). Gestación por sustitución. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, (3), 1–49.
- Lamm, E. (2012b). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (24), 76–91.
- López Guerra, L. (2013). El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. In G. R. Bandeira Galindo (Ed.), *Protección Multinivel de los Derechos Humanos* (pp. 165–186). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- McCandless, J., & Sheldon, S. (2010). The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form. *The Modern Law Review*, 73(2), 175–207.
- Navarro-Michel, M. (2008). Crisis de pareja y destino de los embriones. *Revista Jurídica de Catalunya*, 107(1), 155–182.
- Navarro-Michel, M. (2012). Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos. In M. Casado & A. Royes (Eds.), *Sobre bioética y género* (pp. 155–179). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Parliamentary Assembly - Council of Europe. (2019). Recommendation 2156. Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children. Retrieved April 23, 2020, from <https://polodibiodiritto.it/imgpag/files/Consiglio-EUR-Donaz-gamet-2019.pdf>
- Pennings, G., de Wert, G., Shenfield, F., Cohen, J., Devroey, P., & Tarlatzis, B. (2006). ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction. *Human Reproduction*, 21(12), 3050–3053.
- Puigpelat Martí, F. (2004). Feminismo y las técnicas de reproducción asistida. *Aldaba: Revista Del Centro Asociado a La UNED de Melilla*, (32), 63–80.
- Real Academia Española. (n.d.). Estático, ca. Retrieved May 9, 2020, from <https://dle.rae.es/estático?m=form>
- Roosevelt, K. (2007). Originalism and the Living Constitution: Reconciliation. *Advance: The Journal of the ACS Issue Briefs*, 1(2), 57–62.
- Sagüés, N. P. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1.

- Sociedad Española de Fertilidad. (2019). Consentimientos informados. Retrieved from <https://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosESP>
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas*, (1/04/2010), 1–6.
- Villabella Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. In W. A. Godínez Mendez & J. H. García Peña (Eds.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas* (1º, pp. 921–953). México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México).
- Westreich, A. (2017, November 22). The debate over postmortem sperm retrieval of fallen soldiers. *The Jerusalem Post*. Retrieved from <https://www.jpost.com/israel-news/the-debate-over-postmortem-sperm-retrieval-of-fallen-soldiers-514994>
- Whittall, H. (2018). 40 years of IVF: three key challenges for the future of reproductive medicine. Retrieved April 19, 2020, from <https://www.nuffieldbioethics.org/blog/40-years-ivf-key-challenges-future-reproductive-medicine>
- Zurriarán, R. G. (2007). *Los embriones congelados. Un desafío para la bioética*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.