



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona



# Revista de Bioética y Derecho

## Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

### ARTÍCULO

**Una aproximació a les dimensions estàtica i dinàmica de la voluntat procreacional a partir de la reproducció assistida *post mortem***

**An Approach to the Static and the Dynamic Dimension of the Procreative Will on the basis of Posthumous Assisted Reproduction**

**Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la reproducción asistida *post mortem***

**LEONARDO GERI \***

\* Leonardo Geri. Abogado (Universidad Católica Argentina). Máster en Estudios Jurídicos Avanzados y Máster en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona). Email: leonardogeri@outlook.com.

El presente artículo es un resumen del trabajo de fin de máster titulado “Técnicas de reproducción humana asistida. Las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional”, dirigido por la Dra. Mónica Navarro-Michel y presentado en junio de 2020 en el marco del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (edición XXI, 2018-2020).



Copyright (c) 2022 Leonardo Geri

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

## Resum

L'objecte del present article és contribuir al desenvolupament conceptual de la voluntat procreacional, en tant element que legitima els actes mèdics propis de les tècniques de reproducció humana assistida i que determina la filiació resultant. El problema de recerca refereix a la disparitat que s'adverteix tant en la legislació espanyola com en la catalana entre la reproducció assistida heteròloga i la reproducció assistida post mortem: Mentre en el primer cas el consentiment informat és suficient als termes de la filiació, en el segon supòsit s'exigeix també la concurrència de la dada genètica. El mateix esquema es presenta a l'Argentina a partir de la normativa projectada sobre reproducció post mortem. La hipòtesi sostinguda és que això posseeix una raó bioètica suficient, consistent en la distinció entre la dimensió estàtica i la dimensió dinàmica de la voluntat procreacional, i en el recurs a l'element genètic davant l'absència anticipada de la segona.

**Paraules clau:** tècniques de reproducció humana assistida; voluntat procreacional; consentiment informat; donació de gàmetes; reproducció post mortem; filiació.

## Abstract

The object of this article 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.

## Resumen

El objeto del presente artículo 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 tanto en la legislación española como en la 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.

**Paraules claus:** tècniques de reproducció humana assistida; voluntat procreacional; consentiment informat; donació de gàmetes; reproducció post mortem; filiació.

## 1. Introducción

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, las tecnologías procreativas han determinado el carácter colaborativo del proceso reproductivo, referido a la posibilidad de participación de un tercero ajeno al proyecto parental.

Así, las ciencias sociales han contribuido a la conceptualización de la “voluntad procreacional”, entendida como la elección y la intención de tener descendencia. En este marco, se resalta la importancia que ha adquirido el elemento volitivo en el marco de las relaciones filiales (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 jurídicamente progenitor a quien colabora en el proyecto parental sin voluntad de integrarlo –p.ej., el donante de gametos–. Claro está que este esquema se presenta solo en el marco de la reproducción asistida, mas no respecto de la filiación biológica –que no está sujeta a la voluntad de quienes participan en el acto sexual.

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 (LTRA). 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 hipòtesis aquí sostenida es que existe una razón bioética suficiente que justifica la distinción expuesta. 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.

A continuación, se reseña la idea de voluntad como elemento determinante de la filiación, para glosar luego la regulación que al respecto rige en España, en Cataluña y en Argentina. Seguidamente, y a partir de las referidas legislaciones, se tratan las reglas de filiación aplicables a la reproducción asistida heteróloga y a la reproducción asistida post mortem, y se comparan ambas figuras. Luego se conceptualizan las denominadas dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional. Finalmente, se ofrece una reflexión conclusiva.

## 2. La voluntad como element 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.

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, 2012, 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). Desde esta óptica, es hijo quien ha sido concebido en razón del acto sexual entre un varón y una mujer, con los que guarda plena identidad genética.

La recepción jurídica de la adopción implicó la disociación legal de los elementos volitivo y genético del derecho de filiación contemporáneo. Sin embargo, la adopción se diferencia de 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) ni 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, 2012, p. 81).

Dada la necesidad de 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.

A continuación, se reseñará sintéticamente la regulación de la filiación por reproducción asistida vigente en España, en Cataluña y en Argentina. Las legislaciones española, catalana y argentina incluyen una regulación acabada y vanguardista de la filiación derivada de la reproducción asistida, constituyéndose como legislaciones de referencia en el derecho comparado; en las tres se advierte el problema de investigación que será tratado más adelante, lo que justifica el análisis comparativo que sigue a continuación.

## 2.1. 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 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).

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*. Este principio revela que, pese a la importancia adquirida por el elemento volitivo en el marco de

la filiació derivada de la reproducció assistida, este todavía no constitue jurídicamente el elemento prevalente.

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 filiació en favor del donante (art. 8.3).

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 filiació respecto al hijo nacido de su cónyuge.

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). Se trata de otra excepción a la regla según la cual la voluntad determina el vínculo filial emergente de un acto procreativo asistido.

Finalmente, la LTRHA regula el caso de premoriencia del marido (art. 9), cuyo análisis se realiza en el apartado 3.2 de este trabajo.

## 2.2. Cataluña

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

También los artículos 235-8.1 y 235-13.1 regulan la fecundación *post mortem*. Ello se comenta en el apartado 3.2 de este trabajo.

### 2.3. 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. Conforme a los artículos 560 y 562 del CCCN, 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.

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 reseña en el apartado 3.2 de este trabajo

### 3. El diverso despliegue de los elementos genético y volitivo en la reproducción asistida heteróloga y en la reproducción *post mortem*

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. Ello permitirá plantear el problema de investigación y la hipótesis.

#### 3.1. 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. De allí que 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).

Ahora bien, de acuerdo a lo comentado en el apartado 2 del presente artículo, 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.

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.

## 3.2. 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: a) emplear los espermatozoides de una persona fallecida cuya crioconservación se inició antes de la muerte; b) implantar embriones que posean el material genético de una persona fallecida y que se generaron antes de la muerte; y c) 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. Concretamente, por aplicación de esta norma, 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 para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. 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)<sup>1</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el Decreto 191/2011, mediante el cual creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. A su vez, designó como integrantes a los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En febrero de 2012 se presentó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al Poder Ejecutivo de la Nación. Después de modificadas varias disposiciones, en junio de 2012 se elevó el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al Senado nacional, que le dio media sanción el 28 de noviembre de 2013. Finalmente, fue aprobado el 1 de octubre de 2014 por la Cámara de Diputados mediante la Ley 26.994. El Código Civil y Comercial de la Nación comenzó a regir en toda la República Argentina el 1 de agosto de 2015.

### 3.3. 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 (Consentimiento informado de los usuarios)
Reproducción asistida <i>post mortem</i>	Elemento volitivo (Consentimiento informado de los usuarios) + Elemento genético de la persona fallecida (Titular del material genético)

*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, la voluntad procreacional revela 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 distinguan entre *posthumous genetic fatherhood* y *posthumous non-genetic fatherhood* (McCandless & Sheldon, 2010, p. 186).

## 4. Las dimensiones constitutivas de la voluntad procreacional

Tal como se adelantó en el apartado anterior, 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. Así, corresponde ahora conceptualizar ambas categorías.

### 4.1. 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. Si bien el tratamiento legal de esta cuestión en España, en Cataluña y en Argentina ya ha sido sintetizado en el apartado 2 del presente artículo -al cual cabe remitirse-, se plantean en este apartado algunas consideraciones.

Como es sabido, el consentimiento informado es una exigencia ético-jurídica elemental que deriva 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. De esta manera, el consentimiento informado otorgado por los usuarios de un tratamiento de fertilidad posee características singulares que impiden encuadrarlo dentro de la categoría de “consentimiento general” prevista en la legislación sanitaria (v.gr., en España, el 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 Cataluña, art. 6, Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica).

Tal es la singularidad del consentimiento en este ámbito que, en el caso de fecundación *post mortem*, el mismo suele estar sujeto a un plazo de vigencia, con la clara finalidad de preservar la seguridad jurídica de los derechos sucesorios (puede mencionarse, por ejemplo, el art. 9 de la LTRHA, en virtud del cual el material reproductor del fallecido debe ser empleado dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento).

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 criopreservados 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.

## 4.2. 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 el 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 de la clásica “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 catàlego de actos de cuidado pueden incluirse, sin pretensión de exhaustividad, los siguientes:

- ◆ La convivencia común en un mismo hogar.
- ◆ La prestación de alimentos, que redunde en la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación y salud.
- ◆ La educación y la contribución al desarrollo moral del hijo, y el acompañamiento para el libre desarrollo de su personalidad.
- ◆ La colaboración con las instituciones educativas, deportivas y sociales que integre el hijo.
- ◆ La consideración de las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas y su desarrollo madurativo.
- ◆ La contribución a la educación sexual del hijo y el acompañamiento para el descubrimiento de su propio cuerpo.
- ◆ El respeto del derecho del hijo a ser oído.
- ◆ 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.
- ◆ La integración del hijo con los abuelos, los parientes y los demás referentes afectivos.
- ◆ 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*, que deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce (Krasnow, 2017, p. 181)

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 este punto de vista, 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 fertilidad se vean obligadas a dar “sentido social” a esta asistencia a la naturaleza (Bestard Camps, Orobitg Canal, Ribot Ballabriga, & Salazar Carrasco, 2003, p. 84).

Ahora bien, es posible una ausencia anticipada de la referida 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; ello sin perjuicio de otras razones que puedan motivar al legislador en tal sentido.

En suma, es razonable que, ante la imposibilidad de que el fallecido participe dinámicamente en el proyecto parental, el legislador requiera -a efectos del vínculo de filiación- no solo su voluntad expresa, sino también la identidad genética con el nacido. De lo contrario, se asistiría a la posibilidad de que una persona otorgue su voluntad para constituirse jurídicamente en progenitor de un niño con el que no tendrá vínculo genético y, además, con el cual no podrá construir lazo de afectividad alguno. Se trataría de un vínculo parental de débil -sino inexistente- fundamentación antropológica.

## 5. Conclusión

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

Esta distinción se justifica si se advierte que la voluntad procreacional, en tanto elemento que legitima el acto médico de reproducción asistida y que determina la filiación resultante, posee tanto una dimensión estática como 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*.

En este sentido, 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.

## 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.
- ◆ 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., Orobítg 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.
- ◆ Bossert, G. E., & Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de familia (7º)*. Buenos Aires: Astrea.
- ◆ Corral Talciani, H. (1979). Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial. *Revista Chilena de Derecho*, 7(2), 243–258.
- ◆ 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](http://www.sciencedaily.com/releases/2018/07/180703084127.htm)
- ◆ Farnós Amorós, E. (2010). *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions*. Universitat Pompeu Fabra.
- ◆ \_\_\_\_\_ (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- ◆ 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.
- ◆ 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.
- ◆ \_\_\_\_\_ (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.
- ◆ 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.

- ◆ \_\_\_\_\_ (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. (2012). 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.
- ◆ 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.
- ◆ 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.
- ◆ Real Academia Española. (n.d.). Estático, ca. Retrieved May 9, 2020, from <https://dle.rae.es/estático?m=form>

**Fecha de recepción: 12 de agosto de 2021**

**Fecha de aceptación: 25 de enero de 2022**