

LA LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA SELECCIÓN DE SEXO POR MOTIVOS NO TERAPÉUTICOS: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LA INCONGRUENCIA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Andrea Macía Morillo

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

TITLE: *Limitations to the autonomy of the will in non-therapeutic sex selection: a proposal for solving the incongruence of the Spanish legal system.*

RESUMEN: Los arts. 26.2.c) 10ª LTRHA y 14 del Convenio de Oviedo imponen una prohibición a la selección de sexo no terapéutica en el contexto de la reproducción asistida, que limita la autonomía de la voluntad de los progenitores y les impide escoger al embrión de un sexo determinado. Ello contrasta fuertemente con el mantenimiento al mismo tiempo en nuestro ordenamiento de un sistema de interrupción voluntaria del embarazo en la LO 2/2010, que permite el aborto a petición de la mujer durante las primeras 14 semanas de gestación, sin expresión alguna de causa. El choque manifiesta una incongruencia de nuestro sistema jurídico, cuya constitucionalidad puede ser puesta en duda.

ABSTRACT: *Arts. 26.2.c)10 LTRHA and 14 of the Oviedo Convention impose a prohibition on non-therapeutic sex selection in the context of assisted reproduction that limits the autonomy of the will of the parents and prevents them from choosing the embryo of a given sex. These provisions contrast sharply with the maintenance at the same time in our legal system of a voluntary interruption of pregnancy system that, according to LO 2/2010, allows abortion at the request of the woman during the first 14 weeks of gestation, without the need to provide a cause for it. The contrast manifests an incongruity of our legal system, whose constitutionality can be questioned.*

PALABRAS CLAVE: Selección de sexo, equilibrio familiar, autonomía de la voluntad.

KEYWORDS: *Sex selection, family balancing, autonomy of the will.*

SUMARIO: 1. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE SELECCIÓN DE SEXO POR MOTIVOS NO TERAPÉUTICOS EN EL CONTEXTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. 2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA SELECCIÓN EMBRIONARIA POR RAZÓN DE SEXO. 3. CRÍTICA A LA PROHIBICIÓN DE LA SELECCIÓN DE SEXO NO TERAPÉUTICA. 3.1. *La elección del sexo a través del aborto selectivo.* 3.2. *Las posibles consecuencias de la incongruencia del sistema a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* 4. LA ELIMINACIÓN DE LA INCONGRUENCIA DEL SISTEMA A TRAVÉS DE LA COORDINACIÓN DE LAS DOS NORMAS EN JUEGO. 4.1. *La coordinación por vía de la restricción: prohibición de la selección de sexo preimplantacional y prenatal por motivos no terapéuticos.* 4.2. *La coordinación por vía de la ampliación: admisión de la selección de sexo preimplantacional y prenatal por motivos no terapéuticos.* 5. ¿TIENE QUE SER BLANCO O NEGRO? PROPUESTA DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA PARA EVITAR LA INCONGRUENCIA. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE SELECCIÓN DE SEXO POR MOTIVOS NO TERAPÉUTICOS EN EL CONTEXTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La limitación de la autonomía de la voluntad de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, en relación con la elección del sexo de los embriones fruto de dichas técnicas, es un punto general de confluencia de las regulaciones nacionales que se ocupan de estas materias. Sea para prohibir radicalmente tal selección, sea para excluir la práctica del diagnóstico genético preimplantacional para estas finalidades, o sea para limitar dicha práctica exclusivamente a los supuestos en los que el sexo del embrión puede ir asociado a una determinada enfermedad (selección basada, por tanto, en un criterio médico o «terapéutico»¹), se trata de una tendencia generalizada en la mayor parte de los ordenamientos reguladores², de la que únicamente parece escapar el caso de Israel, en el que se admite excepcionalmente, previa autorización³.

Al margen quedan los países no reguladores de las técnicas de reproducción asistida ni de la selección embrionaria, donde esta práctica resulta *de facto* lícita; tal es el caso de Estados Unidos⁴ o de la mayor parte de los países de Sudamérica⁵, así como de los países que no regulan alguna de las técnicas que permiten la selección embrionaria por razón de sexo⁶. Y decimos que quedan al margen porque, en ellos, la licitud de la

¹ El carácter terapéutico es puesto en duda por LEMA AÑÓN (2003): 86, sobre la idea de que no se trata de curar la enfermedad, sino de impedir que se transmita a la descendencia; ALBUJAR MORENO (2012): 14, la califica directamente de técnica eugenésica. Con todo, se trata de la terminología de nuestra norma, por lo que la adoptaremos aquí.

² En concreto, DONDORP *et al.* (2013): 1450, hacen referencia a que, de 36 países analizados (25 de ellos europeos), ninguno admite la selección de sexo por motivos no terapéuticos.

³ De acuerdo con la *Health Ministry Directive* núm. 21/05, se prohíbe la selección de sexo por motivos no terapéuticos, pero se permite en casos excepcionales en los que se reúnan una serie de requisitos (entre ellos, el riesgo de afección psicológica a uno o ambos progenitores y existencia previa de cuatro hijos de un mismo sexo, salvo casos especiales), que son valorados por el *National Committee for Sex Selection by PGD for Non-Medical Reasons* (PESSACH *et al.*: 2014: 2).

⁴ Según JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 75, en 2005 un 9 % de los ciclos de diagnóstico genético preimplantacional iniciados fueron motivados por la selección de sexo, dato que, aunque antiguo, aporta una aproximación a la dimensión del tema en ese país.

⁵ Véase BRENA (2013): 163-164. En algunos de estos Estados, sin embargo, la licitud de esta práctica se puede poner en duda, en una interpretación sistemática del ordenamiento. Tal es el caso de Perú, cuyo art. 7 de la Ley General de Salud (nº 26842) permite acudir a las técnicas de reproducción asistida, pero no regula el diagnóstico genético preimplantacional. Ello no impide que se practique éste, pese a que, como señala ALBUJAR MORENO (2012): 9-12, el inicio de la vida se proclama en el momento de la concepción (art. 1 CC) y el embrión se considera sujeto de Derecho (art. 2 Constitución política), lo que pone en duda su constitucionalidad (pp. 20 y 23).

⁶ Tal parece ser el caso de Bélgica, donde VELA SÁNCHEZ (2007): 1698, menciona que la ausencia de prohibición de la selección de sexo preconceptiva lleva a la licitud de su práctica. De hecho, el legislador solo parece haber regulado la selección de embriones o preimplantacional (vid. art. 5. 5º *Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro* y art. 67 *Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes*), sin que queden cubiertos los gametos en la restricción del comportamiento selectivo.

práctica resulta del silencio legal⁷, no de un pronunciamiento expreso favorable a permitir este tipo de selección.

Allí donde sí existe tal regulación, en cambio, es de destacar, además, que la selección embrionaria por razón de sexo es una cuestión sobre la que los legisladores nacionales suelen pronunciarse de forma expresa⁸. Esto supone, de hecho, una diferencia respecto de lo que ocurre con otros límites a la autonomía de la voluntad de los usuarios de técnicas de reproducción asistida⁹, que suelen establecerse implícitamente o de forma general y sin uso de terminología técnica o detallada. Aunque la extensión concreta de la prohibición en cada legislación nacional pueda ser objeto de ciertas controversias, por adolecer en ocasiones de imprecisiones¹⁰, en todas las normas nacionales el espíritu de limitación del acceso a la selección embrionaria solo por razón del sexo del embrión es en general claro.

La preocupación por la limitación de este criterio de selección embrionaria es ciertamente comprensible en Estados como la India o China, en los que existe una arraigada tradición sociocultural de preferencia del sexo masculino sobre el femenino¹¹, que ha llevado históricamente a un desequilibrio de la población, consolidado por medio de prácticas tales como el infanticidio, la venta, la desatención en la crianza, el abandono en orfanatos, o, más recientemente, el aborto selectivo, que se ha convertido en el método de selección de sexo actualmente más utilizado en el mundo, por su fácil acceso (LEMA, 2003: 40).

En ese contexto, las técnicas de reproducción asistida generan un gran riesgo de incremento de la tendencia a la reducción del número de mujeres, sobre todo si se

⁷ En palabras de GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 42, «si el ordenamiento jurídico no determina expresamente los límites de la libertad humana en un determinado ámbito, el sujeto puede actuar en él con plena autonomía. No se trata tanto, pues, de que el individuo haga lo que la ley le permita como de que pueda hacer todo aquello que la ley expresamente no prohíba».

⁸ Véanse, por ejemplo, § 3a (2) *Embryonenschutzgesetz* alemana; § 2a.4 *Fortpflanzungsmedizinengesetz* austriaca; art. 67 *Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* belga; *Section 5.1.e Assisted Human Reproduction Act 2004* canadiense; arts. 3A y 6.c *Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques Act 1994* india; *Schedule 2 1ZB.1 Human Fertilisation and Embryology Act 1990* británica y art. 5a.2 *Fortpflanzungsmedizinengesetz* suiza. Curiosamente, sin embargo, la mención del sexo no se encuentra en el art. 2131-4 *Code de la Santé* francés, que regula el acceso al diagnóstico preimplantacional y a la selección embrionaria de forma limitada.

⁹ Un recorrido por estas limitaciones en MACÍA MORILLO (2018-2): 317-346.

¹⁰ LEMA AÑÓN (2003): 61-65, pone de relieve las imprecisiones de las leyes noruega, alemana y danesa y sus paradojas.

¹¹ En el caso de la India, una de las principales razones socioeconómicas que se esconden tras la preferencia por el sexo masculino es el problema de la dote que debe aportar la mujer al matrimonio. En el caso de China, la preferencia parece residir en cuestiones económicas basadas en la mayor fuerza física del varón y su contribución a las actividades familiares, así como, en general, el estatus del sexo femenino en esa cultura (patriarcal, patrilineal y patrilocal, unida a la política de *un solo hijo* implementada en 1979 y abolida en 2015. Véanse LEMA AÑÓN (2003): 48-57, JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 80-81 y VILLELA CORTÉS y LINARES SALGADO (2012): 35-37.

tiene en cuenta que permiten obtener el mismo resultado de impedir el nacimiento de hijos de un determinado sexo, con la ventaja añadida de que la selección se produce en un estadio del desarrollo embrionario mucho más temprano (lo que reduce la carga emocional asociada a la exclusión de los embriones del sexo no deseado; DOBERNIG GAGO, 2004: 397) y de una forma mucho menos agresiva y lesiva para la mujer, frente a otras alternativas. Aunque hoy por hoy siguen sin estar al alcance de todo el mundo (LEMA, 2003: 1 y 33), su extensión es rápida y constante y, por ello, no es de extrañar que la regulación de países como los mencionados aborde la cuestión con tintes muy restrictivos¹².

En el contexto de los países occidentales, se suele señalar en cambio que este trasfondo social y consiguiente riesgo de desequilibrio de la población es muy inferior, ya que no es tan marcada la preferencia por un determinado sexo¹³. Dicho de otra forma, aunque en Occidente pueda existir también una cierta inclinación o preferencia por el sexo masculino frente al femenino –histórica y aún actual–, basada en tradiciones religiosas o culturales y en normas sociales que condicionan el comportamiento de los individuos¹⁴, ello no se ha traducido en una práctica sistemática de rechazo de la concepción o del mantenimiento de hijos de uno u otro sexo¹⁵.

Esto no excluye, sin embargo, como ya hemos puesto de relieve, que también en la mayor parte de los Estados occidentales en los que se regulan las técnicas de reproducción asistida se incluya una prohibición –o, al menos, una limitación– a la selección embrionaria por razón del sexo por motivos no terapéuticos, lo que hace surgir la duda de cuál es la razón para ello.

Aunque estos motivos no siempre se han puesto de relieve, como habría sido deseable¹⁶, de todos los argumentos que suelen esgrimirse en contra de permitir el juego de la libre autonomía de la voluntad de los individuos en este punto¹⁷, el que

¹² Así, por ejemplo, en la India, la *Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques (Prohibition of Sex Selection) Act 1994*, que prohibía la selección de sexo prenatal, fue modificada en 2002 por la *Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Amendment Act*, a fin de incluir en el ámbito de la prohibición los comportamientos selectivos preconcepcionales (arts. 3A y 6.c), estableciendo para todos ellos sanciones penales de multas y privación de libertad (art. 23).

¹³ Según DONDORP *et al.* (2013): 1450, las encuestas muestran que solo una pequeña minoría de parejas usaría la selección por razón de sexo y no siempre coinciden en cuál sería el sexo escogido, opinión con la que coinciden, para nuestro país, EGOZCUE (1999): 20 o LACADENA (2003): 9.

¹⁴ En concreto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pone de relieve en su Resolución 1829 (*Prenatal sex selection*), de 2011, que la preferencia por los varones está extendida por todo el mundo y que, dentro de Europa, se evidencia en países como Albania o Georgia (puntos 1 y 3). En el plano doctrinal, coinciden con esta valoración, entre otros, LEMA AÑÓN (2003): 59 y 111, o PESSACH *et al.* (2014): 8.

¹⁵ En el plano empírico, puede tenerse en cuenta un estudio sobre las tasas de nacimiento, por sexo, elaborado en Reino Unido en 2015. El informe, que mostraba resultados de 171 nacionalidades residentes en el país, llegaba a la conclusión de que las tasas no eran preocupantes. Véase *SEXUAL HEALTH TEAM* (2015): 13-14.

¹⁶ Así lo señalan, entre otros, LEMA AÑÓN (2003): 107, o MARINA (2007): 344.

¹⁷ Véase para estos argumentos JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 68-70.

parece explicar mejor la razón que late en todos estos Estados para justificar la limitación es la que condena esta práctica por sexista y que relaciona la selección de sexo con la histórica discriminación del sexo femenino y la asignación de roles asociados al sexo¹⁸. Permitir el libre ejercicio de la autonomía de los potenciales progenitores para escoger el sexo de su descendencia, en un contexto social en el que no está consolidada la igualdad entre sexos, puede proporcionar a los individuos un instrumento que, bien por la ideología personal, bien por la mejor situación en que se encuentran actualmente los individuos de sexo masculino frente al femenino, confirme las diferencias de sexo y refuerce la brecha aún hoy existente entre ambos sexos. En otras palabras, con la prohibición o limitación de la selección embrionaria por razón de sexo, los diversos legisladores nacionales parecen haber querido excluir una práctica que pueda perpetuar o contribuir a la todavía perceptible situación de desventaja de las mujeres respecto de los hombres en la mayor parte de las sociedades occidentales.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que tal línea argumental ni es concluyente ni parece convencer a todos, ya que existen también quienes señalan que la selección por razón de sexo no terapéutica no debe considerarse *per se* sexista, puesto que dependerá de las finalidades perseguidas por quienes la practiquen¹⁹. Por ello, difícilmente puede considerarse el motivo único que justifique la restricción; y, de hecho, no lo es. Es más, detrás de todas las prohibiciones o limitaciones nacionales a la selección embrionaria por razón de sexo no terapéutica se encuentra probablemente también, en última instancia –y junto a otros motivos no confesables²⁰–, la creencia no verbalizada de que esta selección no es éticamente aceptable cuando el objetivo perseguido es la elección de un determinado sexo no justificada por una razón terapéutica²¹. No en vano, la selección embrionaria por razón de sexo –como toda selección embrionaria– tiene como consecuencia el posible descarte y destrucción colateral de otros embriones del sexo no escogido, descarte que –a diferencia de lo que ocurre con otras selecciones embrionarias– se produce aquí sobre embriones sanos²². A ello se une la valoración éticamente negativa que deriva de, por un lado, lo que se califica de motivaciones *triviales* para justificar en estos casos el mencionado

¹⁸ En palabras de DONDORP *et al.* (2013): 1450, el sexismo se refiere a la creencia discriminatoria de que un sexo es mejor que el otro o a visiones estereotipadas sobre el comportamiento asociado a un determinado género.

¹⁹ Por todos, DONDORP *et al.* (2013): 1450.

²⁰ MARINA (2007): 344, considera que es la inercia lo que justifica que se siga prohibiendo la selección de sexo.

²¹ A ello aluden una serie de documentos internacionales, tales como el del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO «Report of the IBC on pre-implantation genetic diagnosis and germ-line interventions», de 2003, la Recomendación 1046 del Consejo de Europa, sobre «Uso de Embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos e industriales» y el Informe del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y legales de la ingeniería genética y la inseminación artificial humana.

²² Según JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 84, estos embriones, además, tienen un destino dudoso, ya que es difícil que su totalidad fueran donados a otras parejas. Por ello considera más entendible el descarte de embriones afectados por una enfermedad.

descarte²³, así como, por otro lado, del uso que esta selección da a los recursos médicos y económicos que potencialmente podrían utilizarse para otros fines más importantes²⁴.

Sean compartidos o no estos argumentos y se consideren acertados o meramente especulativos estos miedos o preocupaciones latentes en los diversos Estados, lo cierto es que, haciéndose eco de los mismos, nos encontramos en el plano internacional con el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante, Convenio de Oviedo), cuyo art. 14 dispone tajantemente: «No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo».

Con ello, el texto internacional, ratificado actualmente por 29 países²⁵ –entre ellos, España–, establece una limitación a la selección embrionaria que, si bien no es plena –puesto que admite la elección por los futuros progenitores cuando concurre una indicación terapéutica–, sí que es muy amplia, en la medida en que podemos extenderla a todas las técnicas que actualmente permiten escoger el sexo del futuro embrión en el marco de la procreación artificial²⁶. De hecho, podemos entender que la referencia a la «utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación» no solo abarca a la selección preimplantacional, referida a los embriones ya fecundados *in vitro* (en el contexto de la práctica de un diagnóstico genético preimplantacional), sino también a la selección previa (preconceptiva), que se produce sobre los gametos masculinos, antes, por tanto, de la fecundación *in vitro*²⁷. A fin de cuentas, en ambos tipos de selección –preconceptiva y preimplantacional– está presente el uso de

²³ DOBERNIG GAGO (2004): 396, considera «triviales» todas las motivaciones para la selección de sexo que no respondan a fines terapéuticos, sean personales, familiares, económicas, culturales o políticas.

²⁴ Este argumento es puesto especialmente de relieve por la ASRM estadounidense (2015, pp. 1420 y 1421). Igualmente, VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2541, apunta en esta línea, al afirmar que, habiendo otras finalidades más importantes y urgentes, quizá el legislador optó por prohibir la selección de sexo con el objetivo de establecer prioridades.

²⁵ Véase la lista en <https://rm.coe.int/inf-2017-7-rev-etat-sign-ratif-reserves/168077dd22> [consulta 25 abril 2019].

²⁶ En igual sentido, LACADENA (2003): 4.

²⁷ Dado que el gameto femenino contiene siempre un cromosoma X, es el gameto masculino el que complementa el par cromosómico sexual, aportando un cromosoma X o Y, y determinando con ello el sexo. A partir de este hecho, se han elaborado diversas técnicas dirigidas a seleccionar los gametos masculinos por razón de su contenido X o Y. Estas técnicas van desde las menos fiables de enriquecimiento del semen en espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, pasando por la espectometría de flujo, hasta la aquí referida citometría de flujo (patentada por Microsort®), que consiste en aplicar al semen un tinte fluorescente (técnica de *FISH*) y hacerlo circular por una cámara donde incide un rayo láser, que, en función de la fluorescencia, es capaz de identificar directamente los espermatozoides que contienen el cromosoma X, que se recolectan independientemente mediante instrumentos específicamente diseñados para ello. Su efectividad es del 94 % para el cromosoma X y 81 % para el Y. Véanse EGOZCUE (1999): 19; PÉREZ ALONSO (2002-1): 64-65 y VELA SÁNCHEZ (2007): 1705 n. 3.

técnicas médicas que asisten o contribuyen a la procreación (no en vano ésta no se produce de forma natural) y que conducen a la generación de embriones de uno u otro sexo, tal y como proscribió el mencionado art. 14 del Convenio de Oviedo²⁸.

Sí quedarían en cambio excluidos de la prohibición los procedimientos de selección de sexo basados en métodos naturales (alimentación, fechas de concepción, posturas sexuales...), aunque ello tampoco es mucho consuelo, dada su actual baja fiabilidad y probabilidad de éxito²⁹.

2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA SELECCIÓN EMBRIONARIA POR RAZÓN DE SEXO

Si en este panorama volvemos la vista hacia nuestro ordenamiento, nos encontramos con que se sigue esta misma tendencia. Es más, dado el carácter pionero de nuestra regulación en materia de reproducción asistida, podríamos afirmar que, más que seguir, nuestra norma marcó en parte esta línea de actuación, puesto que la limitación a la autonomía de la voluntad en la selección embrionaria por razón de sexo no terapéutica ya se encontraba en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Con origen en las conclusiones del «Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas», adoptado por el Congreso de los Diputados en 1986 y base de la norma de 1988³⁰, esta situación no varió en la reforma del año 2003 y se ha mantenido sin modificación ni apenas discusión en la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA)³¹.

En concreto, nuestra norma contiene una limitación –que no exclusión– a la selección embrionaria por razón de sexo, puesto que solo prohíbe la que se produce «con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados». En otras palabras, lo que la Ley 14/2006 excluye es la elección del futuro hijo o hija sobre meras preferencias personales o sobre criterios de equilibrio familiar (fines no terapéuticos), al igual que todos aquellos casos en los que, aun constatada la finalidad terapéutica (es decir, aun estando asociada la selección a una posible afección genética ligada al sexo), se precise

²⁸ Frente a esto, VELA SÁNCHEZ (2007): 1704, parece apuntar que cabe una interpretación lógica del art. 14 del Convenio de Oviedo que permita la selección de sexo preconceptiva. No obstante, el autor se limita a realizar la afirmación, sin apenas desarrollarla, lo que impide su análisis.

²⁹ Añade a esto PUIGPELAT MARTÍ (1997): 97-100, cualquier método de selección realizado directamente por la pareja, entendiéndose que la prohibición de selección se manifiesta frente a los centros y establecimientos sanitarios y los equipos especializados y que forma parte del derecho a la intimidad de los usuarios de las técnicas.

³⁰ La referencia a este antecedente se encuentra en LEMA AÑÓN (2003): 71.

³¹ Únicamente hubo una enmienda durante la tramitación parlamentaria en el Congreso (enmienda 36 a cargo del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana), que propuso admitir la selección por razón de sexo por razones de equilibrio familiar, cuando los usuarios de las técnicas de reproducción asistida ya tuvieran dos hijos anteriores del mismo sexo. Sin embargo, dicha enmienda se rechazó y no se reiteró en el Senado. Véase http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_039-08.PDF [consulta 25 abril 2019].

de una autorización para poder llevar a cabo la selección y ésta no se conceda³². Por el contrario, esta selección es lícita cuando persigue fines terapéuticos, precisen o no éstos de autorización para poder practicar el diagnóstico genético preimplantacional previo. Esto último nos lleva directamente a afirmar, por un lado, la licitud de la selección por razón de sexo en los supuestos de enfermedades monogénicas asociadas al sexo, enmarcadas en la legitimación directa del art. 12.1.a LTRHA³³, así como, por otro lado, la licitud de la selección que pudieran autorizarse por la vía de la legitimación indirecta del art. 12.2 LTRHA³⁴, lo que nos remite, en concreto, a los siguientes dos supuestos:

1º. Cuando la enfermedad hereditaria ligada al sexo no reuniera alguno o varios de los siguientes requisitos: ser grave, de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales (pues si los reúne, quedaría enmarcada directamente en el art. 12.1.a LTRHA y en la finalidad terapéutica que no precisa de autorización)³⁵.

2º. Cuando la enfermedad hereditaria sí reuniera los mencionados requisitos, pero el embrión concebido solo pudiera ser un mero «portador» sano de esa afección genética³⁶.

Antes de continuar, no obstante, hemos de poner de relieve que, curiosamente, la limitación a la autonomía de la voluntad de los potenciales progenitores no se contiene expresamente en ese art. 12 LTRHA, que regula el diagnóstico genético preimplantacional³⁷, sino que se recoge posteriormente en el art. 26.2.c)10ª LTRHA,

³² Minoritariamente, VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2540, rechaza tal prohibición general y reserva la limitación legal a los supuestos en que la técnica de selección de sexo comporte una verdadera manipulación. A ello parece apuntar también VELA SÁNCHEZ (2007): 1703.

³³ No tomamos en cuenta el art. 12.1.b LTRHA, porque se refiere a anomalías cromosómicas de aparición espontánea (esto es, no hereditarias), que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no van asociadas al sexo. Además, la selección del sexo en estos casos sería dudosa, de acuerdo con el tenor literal del art. 14 del Convenio de Oviedo, que limita la excepción terapéutica a enfermedades «hereditarias».

³⁴ Para la diferencia entre la legitimación directa e indirecta en la Ley 14/2006, véase MACÍA MORILLO (2018-1): 90-91.

³⁵ Añade aquí JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 73, las enfermedades multifactoriales.

³⁶ La cuestión de si el diagnóstico genético preimplantacional puede utilizarse para identificar a los meros portadores de una enfermedad monogénica es debatida (ver al respecto, MACÍA MORILLO, 2018-1: 103-104 y 2018b: 335-336). Con todo, la discusión se centra en si ese diagnóstico se puede practicar directamente por la vía del art. 12.1.a LTRHA o si precisa de autorización conforme al 12.2 LTRHA. No parece dudarse, sin embargo, de que la excepción terapéutica que permite la selección embrionaria por razón de sexo deba extenderse a los embriones meros portadores de una enfermedad asociada al sexo. Así lo afirman fuera de nuestras fronteras DONDORP *et al.* (2013): 1451 y, entre nuestros autores, LACADENA (2003): 5; EMALDI CIRIÓN (2003): 59; o ABELLÁN (2006): 32-33 y (2007): 102-103.

³⁷ JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 72, en cambio, la entiende englobada implícitamente en tal precepto. Por su parte, OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y ANDREU MARTÍNEZ (2007): 455, entienden que la prohibición también deriva del art. 1.1.b LTRHA y de la propia Exposición de motivos de la norma; y VELA SÁNCHEZ (2007): 1702, de hecho, parece encontrar secundario el art. 26, frente a esas otras fuentes.

que la contempla junto a la manipulación genética como infracciones muy graves³⁸. Si ello obedece a un intento por mantener la misma estructura de la originaria Ley 35/1988 (que igualmente la contemplaba dentro de las infracciones, en el art. 20.2.B.n) o a un intento por englobar en la prohibición cualquier método artificial de selección de sexo –esto es, tanto preconceptivo como preimplantacional³⁹– en el contexto de unas técnicas en constante evolución, es algo que no queda explicado en la Ley, pero que tampoco afecta al valor normativo de la limitación: esté ubicada ésta en uno u otro precepto, la selección embrionaria por razón de sexo está claramente prohibida en nuestro ordenamiento fuera de los fines terapéuticos autorizados⁴⁰.

Con todo, aunque aparentemente clara, la excepción indirecta que contiene el art. 26.2.c) 10ª LTRHA para los fines terapéuticos –directos o autorizados– hace surgir una serie de preguntas, para definir su extensión y sus límites:

- La primera pregunta es si sería lícita en España esta selección si contara con el permiso de la autoridad sanitaria competente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida; esto es, en el contexto del art. 12.2 LTRHA. La respuesta ha de ser claramente negativa para todos los casos en que el motivo que justifique el diagnóstico y la selección por razón de sexo no sea de tipo terapéutico sino basado en la mera preferencia personal de los progenitores o en el criterio del equilibrio familiar, pues se debe entender que el inciso final de la prohibición del art. 26.2.c)10ª LTRHA («no autorizados») califica únicamente a los fines terapéuticos (LEMA, 2003: 93 y JIMÉNEZ GONZÁLEZ, 2017: 72); en otras palabras, la Ley 14/2006 excluye una autorización para la práctica de una selección de sexo «no terapéutica». En apoyo de esta afirmación se une el tenor literal del ya mencionado art. 14 del Convenio de Oviedo, que forma parte de nuestro ordenamiento tras la firma del mismo por parte de España en 1999 y su entrada en vigor el 1 de enero de 2000 y que no contempla excepción alguna a la prohibición de selección por razón de sexo no terapéutica⁴¹. Por tanto, no parece caber duda

³⁸ La doctrina mayoritaria distingue entre la selección por razón de sexo y la manipulación genética, rechazando que la primera quede englobada en los tipos penales de los arts. 159 a 162 CP. Véanse, especialmente, PÉREZ ALONSO (2002-2): 108-116, LEMA AÑÓN (2003): 89-92 o MACÍA MORILLO (2019).

³⁹ Así lo entiende la mayor parte de nuestros autores. Sirvan de ejemplo, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 100; LACADENA (2003): 4 o OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y ANDREU MARTÍNEZ (2007): 457. Frente a ellos, VELA SÁNCHEZ (2007): 1702-1703, apela a una interpretación sistemática, que permitiría excluir de la limitación la selección de sexo preconceptiva.

⁴⁰ Ya en la proposición de Ley presentada por el Grupo socialista en mayo de 1987 la limitación de la selección embrionaria por razón de sexo se contemplaba en el apartado dedicado a los comportamientos prohibidos, en vez de en el relativo al diagnóstico genético preimplantacional. Ninguna de las enmiendas presentadas durante la tramitación en el Congreso o en el Senado trató de revertir esta situación, y la única variación que sufrió el texto inicial fue la adición de la excepción terapéutica, que se fraguó ya en la tramitación en el Congreso de los Diputados (véanse enmiendas 219, 228 y 380).

Durante la tramitación de la Ley 14/2006 sí se propuso incluir expresamente la mención a la selección de sexo en el marco del art. 12 en sendas enmiendas presentadas en el Congreso (enmienda 108) y en el Senado (enmienda 46) por el Grupo Parlamentario Catalán. Sin embargo, éstas fueron rechazadas.

⁴¹ Igualmente, EMALDI CIRIÓN (2011): 639.

de que la posible autorización puntual para la selección de sexo basada en fines no terapéuticos debe quedar excluida en nuestro caso.

Hemos de llamar la atención, no obstante, acerca de que el mismo texto internacional adoptado por España excluiría también la licitud de alguna de las posibles autorizaciones con fines terapéuticos que exceden del sistema de legitimación directa a la práctica del diagnóstico genético preimplantacional del art. 12.1.a LTRHA. En concreto, de acuerdo con el tenor literal del art. 14 del Convenio de Oviedo, no podría autorizarse este diagnóstico y posterior selección cuando la enfermedad hereditaria ligada al sexo no fuera «grave», aunque hipotéticamente esta autorización sí entraría en las contempladas por el art. 12.2 LTRHA. Igualmente, algunos autores consideran que el mencionado precepto excluye la posible selección de sexo cuando el embrión de un determinado género va a ser un mero portador de la enfermedad. En concreto, consideran que el Convenio parece restringir la posible selección de sexo por razones terapéuticas a las enfermedades que pueda parecer el propio embrión seleccionado, lo que excluiría a los descendientes de generaciones posteriores y, con ello, la posible selección en el contexto de los meros «portadores» (ABELLÁN, 2006: 33 y 2007: 103). Sin embargo, si acudimos al tenor literal de la norma, podemos afirmar que la redacción del citado art. 14 permite otras interpretaciones, en la medida en que la finalidad de «evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo» no tiene expresamente por único beneficiario a la persona que va a nacer, sino que se enuncia de forma general, lo que permite eludir la objeción aludida. De hecho, el mismo enunciado general del texto español recogido en el Instrumento de ratificación de 5.4.1999 aparece en el texto oficial –inglés y francés– del Convenio. En ninguna de las versiones se incluye un pronombre que limite la excepción terapéutica por enfermedad hereditaria vinculada al sexo a la propia persona que va a nacer y excluya en la excepción terapéutica la transmisión por ésta de la enfermedad a sus descendientes.

- La segunda cuestión, relacionada con esto último y centrada en los fines terapéuticos que sí justifican la elección de sexo de los embriones, radica en determinar a quiénes se refieren o deben referirse estos fines. Tajantemente, hemos de afirmar que el potencial beneficiado por la finalidad terapéutica es el propio embrión que se pretende seleccionar libre de enfermedades asociadas a su sexo. Esto supone aceptar la elección para escoger embriones de un determinado sexo, cuando el otro sexo se ve afectado por una determinada enfermedad monogénica e, incluso, cuando ese sexo es más propenso a sufrir dicha enfermedad, pues también la elección en este segundo caso se justifica por la finalidad de excluir una enfermedad (en este caso, no segura para un determinado sexo, pero sí, al menos, más probable)⁴².

⁴² Tales son, de hecho, los términos en los que la legislación británica admite la selección (Schedule 2 1ZB.4 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*), pues ésta se admite para enfermedades que afectan un sexo «significantly more than the other».

Lo que descartamos en todo caso, frente a lo que se ha pretendido en ocasiones por algunos autores⁴³, es que la finalidad terapéutica pueda ir referida a la gestante o al otro progenitor, dando entrada con ello a una selección por razón de sexo que persiga satisfacer sus aspiraciones, por mucho que éstas se hayan somatizado. Nuestro legislador –al igual que todos los que han regulado esta cuestión– parece haber contemplado una excepción con la que solo pretende permitir la selección de sexo para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia, que se convierte así en beneficiaria exclusiva de esta terapia⁴⁴. Además, a ello debe unirse, de nuevo, el tenor del art. 14 del Convenio de Oviedo⁴⁵, que acota la excepción terapéutica a las «enfermedades hereditarias», lo que excluye claramente el posible beneficio que pueda experimentar en su integridad física o psíquica un potencial progenitor por el hecho de que el embrión concebido sea de uno u otro sexo, pues en ningún caso la posible afección a su salud podría entrar en este concepto.

- La tercera y última cuestión que se plantea al hilo de limitación del art. 26.2.c) 10ª LTRHA es si resultaría lícita en España la selección de sexo «de rebote» o añadida a una selección embrionaria justificada por motivos terapéuticos. Es decir, si practicado un diagnóstico genético preimplantacional por cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 12.1 LTRHA, se permitiría a los potenciales progenitores escoger el sexo del embrión a implantar, dada la hipótesis de que existan varios embriones viables y no afectados y que sean de diverso sexo⁴⁶.

La respuesta afirmativa podría derivar del hecho de que la averiguación del sexo es aquí un efecto indirecto o colateral del procedimiento desarrollado y no un resultado perseguido por éste, lo que reduce el posible desvalor ético de la pretendida selección (DONDORP *et al.*, 2013: 1452 y la ASRM estadounidense, 2018: 627) y podría servir para salvar el tenor literal del art. 14 del Convenio de Oviedo, en la medida en que el uso de las técnicas de asistencia médica no ha tenido por objetivo elegir el sexo de la persona.

Con todo, persistiría el obstáculo de que, en definitiva, el criterio final de selección de uno u otro embrión para su implantación se haría por razón de su sexo, lo que

⁴³ Paradigmáticamente, GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 153. La admisión por parte de otros autores es limitada. Así, PÉREZ ALONSO (2002-1): 104, solo admitirían esta excepción para la madre en el contexto de la selección de sexo preconceptiva y VELA SÁNCHEZ (2007): 1703, la admite por vía de la autorización del art. 12.2 LTRHA, caso por caso.

⁴⁴ Véase al respecto el informe del Ministerio Fiscal en previo al Auto de la Audiencia de Barcelona de 2 de agosto de 1990 (DEL TORO MARZAL, 1994: 68), así como OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y ANDREU MARTÍNEZ (2007): 460.

⁴⁵ Igualmente, LEMA AÑÓN (2003): 95-103.

⁴⁶ Aunque es difícil que este tipo de casos se presenten en el contexto de las enfermedades monogénicas a las que se refiere el apartado 1.a, su potencial aparición en los del apartado 1.b (alteraciones cromosómicas espontáneas) resulta mucho mayor. Compárense JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 73, y DONDORP *et al.* (2013): 1449.

consideramos que irremediabilmente entra en la prohibición del art. 26.2.c) 10ª LTHRA, como «selección de sexo con fines no terapéuticos». Entender aquí que ha de incluirse la hipótesis planteada entre los «fines terapéuticos autorizados», por el hecho de que el objetivo que perseguía el diagnóstico genético preimplantacional originariamente practicado era terapéutico, sería retorcer el espíritu de la norma, que claramente trata de conectar el fin terapéutico con el sexo del embrión. En otras palabras, en el espíritu de la mencionada limitación del art. 26, parece que el criterio terapéutico que convierte en lícita la selección se refiere directamente y en concreto al sexo del embrión, que es el que condiciona que éste se pueda ver o no afectado por una determinada enfermedad hereditaria. Consiguientemente, nos guste o no, mientras no se cambie la norma, parece claro que, fuera de los casos en que el beneficio del embrión seleccionado derive directamente de pertenecer a uno u otro sexo, no cabe ni la autorización, ni la selección.

3. CRÍTICA A LA PROHIBICIÓN DE LA SELECCIÓN DE SEXO NO TERAPÉUTICA

Más allá de los matices que hemos discutido y que pueden suscitar algún debate o duda, lo cierto es que la prohibición legal a la selección embrionaria por razón de sexo con fines no terapéuticos es bastante clara en su expresión y en su extensión, lo que quizá justifica el hecho de que no haya resultado excesivamente problemática socialmente. Muestra de ello es su prácticamente nula conflictividad jurídica; de hecho, solo se conoce un caso en que la interpretación de la norma se haya cuestionado ante los tribunales, que es el que se produjo en Cataluña en 1990⁴⁷.

El caso en concreto, muy famoso en su momento y objeto de varios análisis⁴⁸, se planteó cuando una mujer, madre de cinco hijos varones, solicitó autorización para seleccionar un embrión de sexo femenino de cara a un potencial nuevo embarazo. El Juzgado de Primera Instancia de Mataró admitió inicialmente su demanda (Auto de 2.8.1990), tramitándola como expediente de jurisdicción voluntaria, y resolvió a favor de la demandante sobre el argumento de que la selección embrionaria tendría en ese caso fines *terapéuticos* para la futura madre, que alegaba –y acreditaba médicamente– un cuadro de depresión reactiva provocado por la obsesión de tener una hija que la cuidase en su vejez. Planteado recurso por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la decisión de instancia (Auto de 12.11.1990)⁴⁹, argumentando acertadamente –en el sentido que aquí hemos planteado–, que la citada finalidad terapéutica que excluye la prohibición a la selección del sexo ha de estar referida a los

⁴⁷ En 2003 se dio a conocer también en la prensa el caso de una pareja sevillana, padres de tres hijos varones, que acudió a una clínica belga para seleccionar el sexo de su siguiente descendiente, buscando que fuera una niña (<https://www.elmundo.es/elmundo/2003/05/07/sociedad/1052317246.html>; consulta 25 abril 2019). El caso, sin embargo, no llegó a los tribunales –al practicarse la técnica fuera de España–, y su resultado se desconoce.

⁴⁸ Véase OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y ANDREU MARTÍNEZ (2007): 456 n. 64.

⁴⁹ Una transcripción del mismo, así como del recurso del Ministerio Fiscal, en DEL TORO MARZAL (1994): 52-70).

embriones seleccionados y no a otros sujetos (FJ 5). Aunque se planteó recurso de casación, fue inadmitido, por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria.

Si bien la mencionada sentencia pudo causar algún revuelo en su momento y cierta atención de los medios de comunicación, este interés se extinguió pronto. No en vano, por lo que respecta a su aceptación social, la limitación a la selección embrionaria por razón de sexo no basada en motivos terapéuticos no parece generar una gran inquietud o grandes protestas entre la población⁵⁰. Ciertamente, en el año 2013 se promovió una iniciativa legislativa popular por parte de las clínicas de reproducción asistida de Barcelona, «con el objeto de eliminar de la legislación vigente la prohibición de poder seleccionar el sexo de los hijos»⁵¹, pero dicha iniciativa no siguió su trámite, al no lograr reunirse el mínimo de firmas requeridas. Ello justifica que la atención tanto mediática como del legislador por estos temas haya sido limitada, siendo tratada como una cuestión asentada o que no suscita inquietud social.

En el plano doctrinal, por el contrario, arrecian las críticas a la regulación limitativa. De hecho, curiosamente –o no tan curiosamente, dado que partimos de una situación estable y consolidada de prohibición–, prácticamente solo se pueden encontrar trabajos que se manifiestan en contra de la limitación legal⁵². En otras palabras, nuestra doctrina analiza en general la selección de sexo por motivos no terapéuticos adoptando una perspectiva crítica de la regulación restrictiva de la autonomía de la voluntad de los potenciales progenitores y con un afán de eliminación de la misma o, cuando menos, de admisión de situaciones excepcionales que la permitan en algunos casos.

Esta misma tendencia se aprecia en los últimos pronunciamientos de las organizaciones nacionales e internacionales más importantes en materia bioética. Por citar dos importantes ejemplos del plano internacional, la *European Society for Human Reproduction and Embriology* (o *ESHRE*) y la *American Society for Reproductive Medicine* (o *ASRM*) han variado sus posiciones iniciales de rechazo de este tipo de comportamientos y actualmente los admiten, si bien no de forma unánime⁵³. La unanimidad sí se encuentra, en cambio, presente en el plano nacional en el *OBSERVATORI*

⁵⁰ Igualmente, VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2541, y LEMA AÑÓN (2003): 106. No obstante, VELA SÁNCHEZ (2007): 1698, afirma que las encuestas muestran que, si existiera la posibilidad de seleccionar el sexo, ese derecho sería ejercitado por los ciudadanos.

⁵¹ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-228, de 26.2.2013, p. 53.

⁵² Entre otros, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 104; EGOZCUE (1999): 19-20; PÉREZ ALONSO (2002-2): 116 y 119. Frente a ellos, JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 83-84, afirma la necesidad de la prohibición, en el contexto mundial y como solución global, mientras subsistan problemas de desigualdad entre sexos.

⁵³ La *ESHRE* revisó en 2013 su pronunciamiento inicial de rechazo total de la selección por razón de sexo (SHENFIELD, 2003: 649-651) y actualmente manifiesta una posición dividida entre los que consideran que toda selección es moralmente rechazable y los que consideran que la elección de sexo no es necesariamente sexista y que la prohibición puede llevar a incrementar el número de abortos selectivos (DONDORP *et al.*, 2013: 1452). Por su parte, la *ASRM* estadounidense ha variado su posición inicialmente contraria de 1999 y posteriormente favorable a la admisión de la selección preconceptiva (2001), hasta llegar en 2015 a dejar abierta la cuestión a cada profesional (*ASRM*, 2105: 1418-1419).

DE BIOÉTICA I DRET de Cataluña (2003, pp. 11-12), cuyos miembros abogan por la licitud plena de la selección por razón de sexo preconceptiva y la posible licitud de la preimplantacional, si bien condicionada a que los embriones no seleccionados sean destinados a fines reproductivos.

Los argumentos que se esgrimen en los casos citados para justificar esta apertura suelen centrarse y poner la mayor carga jurídica en el principio de la autonomía reproductiva de los individuos y en el respeto a la libertad de los potenciales progenitores⁵⁴. Aunque nuestra Constitución no regula expresamente estos derechos reproductivos, su reconocimiento y entronque con el texto constitucional se ha afirmado generalmente por la doctrina, que lo enlaza, bien –mayoritariamente– con el art. 10 CE y el libre desarrollo de la personalidad (en la medida en que éste supone la libre capacidad de desarrollar las cualidades de la naturaleza humana, libertad que el Derecho debe favorecer y regular)⁵⁵, bien –minoritariamente– con el derecho a la libertad (17 CE) y a la intimidad (18 CE)⁵⁶.

Ahora bien, debemos señalar que, en sí misma, esta línea argumental no nos parece suficiente, en la medida en que admitir la existencia de una libertad de procreación –en su faceta positiva, de decidir sobre la reproducción– no necesariamente implica el reconocimiento de este pretendido contenido de la misma; menos aún, si cabe, cuando no se trata de derechos absolutos y cuando, en todo caso, pueden y deben sufrir limitaciones en mor de la protección de otros intereses⁵⁷. Por tanto, solo sería concluyente el argumento si se pudiese afirmar, primero, que esta libertad de procreación necesariamente engloba el derecho a elegir el sexo de la descendencia y, segundo, que tal derecho no puede limitarse por ninguna razón. Ambas afirmaciones, sin embargo, son difíciles de sostener. De hecho, la mayor parte de nuestra doctrina rechaza que el derecho a elegir el sexo de la descendencia forme parte de la libertad de procreación⁵⁸, a lo que hay que añadir que es más que dudoso que la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la protección de la vida anterior al nacimiento ampare la restricción del bien vida en este caso. Si bien tal jurisprudencia proclama una protección gradual del derecho a la vida y admite una consiguiente limitación de la protección anterior al nacimiento ante la colisión con otros valores constitucionalmente protegidos, como la dignidad de la mujer o el libre desarrollo de la

⁵⁴ Una buena exposición de los argumentos a favor de la libre decisión de los progenitores en LEMA AÑÓN (2003): 106-130.

⁵⁵ Por todos, VELA SÁNCHEZ (2007): 1700.

⁵⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 45-50 y 54-55.

⁵⁷ Una referencia general a la doctrina constitucional de limitación de los derechos en GASCÓN (1990): 284.

⁵⁸ Frente a la opinión afirmativa de GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 153, LEMA AÑÓN (2003): 114-115, manifiesta sus dudas y VELA SÁNCHEZ (2007): 1700, traslada la cuestión al legislador. Claramente en contra, VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2543, el *OBSERVATORI DE BIOÉTICA I DRET* (2003): 11, y OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y ANDREU MARTÍNEZ (2007): 460.

personalidad⁵⁹, en el contexto de la selección de sexo no basada en motivos terapéuticos no hay un consenso acerca de que la contraposición de bienes jurídicamente protegidos –vida del embrión del sexo no escogido y libre desarrollo de la personalidad– se resuelva constitucionalmente a favor de los derechos de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida (LEMA, 2003: 115 y 133)⁶⁰.

Aunque algunos autores afirman que la selección de sexo no vulnera directamente ningún derecho o bien jurídicamente protegido y que, por ello, no parece razonable limitar la autonomía de la voluntad y la libertad reproductiva de los potenciales progenitores en este punto (GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994: 152 y VELA SÁNCHEZ, 2007: 1699-1700)⁶¹, lo cierto es que –más allá del desvalor ético que anteriormente pusimos de relieve en relación a los motivos no terapéuticos– la elección de los potenciales progenitores tiene una trascendencia directa sobre el destino de los embriones no seleccionados –eventualmente, su destrucción–, que hace poner en duda tales afirmaciones⁶². Aunque la eventual destrucción de los embriones es una consecuencia aceptada por nuestro legislador en materia de reproducción asistida (LEMA, 2003: 35), no podemos afirmar que se admita como regla general, sino únicamente en los casos legalmente previstos o tolerados: el descarte derivado de la selección terapéutica (*ex art. 12.1.a LTRHA*) y el de los embriones sobrantes de la aplicación de técnicas de fecundación *in vitro* (*ex art. 11.3 y 4 LTRHA*). Para la selección de sexo por fines no terapéuticos, en cambio, el legislador parece haberse pronunciado claramente en contra de este eventual resultado en el art. 26.2.c) 10ª LTRHA.

Ahora bien, aunque los argumentos doctrinales a favor de la eliminación de la restricción no son compartidos hoy por hoy en nuestro ordenamiento –y la propia existencia del art. 26.2.c) 10ª LTRHA es clara muestra de la opinión de nuestro legislador favorable a la idea de que la libertad de procreación pueda tener limitaciones–, lo que sí es cierto es que, de cara a establecer esas limitaciones a la voluntad y a las libertades de los individuos –apelando igualmente aquí a la doctrina constitucional–, éstas deben estar justificadas, ser proporcionales al fin que se persigue

⁵⁹ Véanse especialmente, SSTC 53/1985, de 11.4.1985 (RTC 1985, 53), 212/1996, de 19.12.1996 (RTC 1996, 212) y 116/1999, de 17.6.1999 (RTC 1999, 116). Este enfoque es igualmente predominante entre nuestra doctrina, como afirma PEÑARANDA RAMOS (2005): 1702.

⁶⁰ Como desarrolla PEÑARANDA RAMOS (2005): 1674, la idea de la protección gradual se manifiesta en una protección continuada, que progresa y se intensifica a medida que ciertos cambios cualitativos se producen; especialmente el nacimiento, pero también la implantación (pp. 1707-1709). Esta distinción cualitativa se traduce en «la distinción entre el derecho fundamental a la vida, del que es titular la persona, esto es, el ser humano ya nacido, y el bien jurídico-constitucional de la vida humana, que (...) viene a proteger también, aunque en menor grado que la vida de la persona y de un modo creciente, sus fases precedentes de desarrollo» (p. 1702).

⁶¹ Igualmente, podemos englobar aquí a los autores que parten de la idea de que se ha de justificar cualquier limitación a las libertades personales y que tal justificación no existe en este caso; así, VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2543, y el *OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET* (2003): 6.

⁶² En concreto, DOBERNIG GAGO (2004): 399, identifica esta cuestión como el mayor problema que plantea esta selección por razón de sexo. En contra de la misma, sobre el argumento de la protección del feto como bien jurídico tutelado, ROMEO CASABONA (1994): 361-362.

y congruentes (GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994: 60). Aquí es, sin embargo, donde falla el sistema español y donde consideramos que las críticas doctrinales señaladas –algunas de las cuales inciden también en este aspecto⁶³– no están faltas de razón, dado que la prohibición a la selección de sexo no terapéutica que contempla nuestra Ley 14/2006 resulta, por lo menos, incongruente⁶⁴, en el contexto de nuestro ordenamiento.

No nos referimos con ello al grave problema que suscita la incongruencia que existe a nivel mundial, derivada de la coexistencia de nuestra prohibición con la licitud de la selección de sexo no terapéutica en otros ordenamientos, y que se concreta en el eventual «turismo reproductivo» que genera tal disparidad normativa⁶⁵. Ése es un problema a nivel global que se ha intentado atajar con textos internacionales como el Convenio de Oviedo ya mencionado, pero cuya solución depende de las reglas de funcionamiento de los Estados y del Derecho internacional⁶⁶.

La incongruencia que nos interesa aquí destacar, en cambio, es la que se produce a nivel interno. En concreto, la falta de congruencia del conjunto de nuestro sistema jurídico se manifiesta cuando se compara la normativa restrictiva o limitadora de la selección embrionaria por razón de sexo preconceptiva y preimplantacional ya referidas y el tratamiento de la misma cuestión en un momento posterior del desarrollo embrionario: el prenatal⁶⁷.

Esta contradicción, de hecho, ha sido puesta de relieve por varios de nuestros autores (GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994: 152; PUIGPELAT MARTÍ, 1997: 101-104; LEMA AÑÓN, 2003: 101; PÉREZ ALONSO, 2002-2: 117-119 o JIMÉNEZ GONZÁLEZ, 2017: 74-75), aunque generalmente éstos se han limitado a dejar apuntada la crítica, sin extraer de ello las consecuencias procedentes, como vamos a proponer aquí. Veámoslo detenidamente.

3.1. *La elección del sexo a través del aborto selectivo*

Los arts. 14 y 15 de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LO 2/2010), establecen un sistema combinado de plazos e indicaciones para el acceso al aborto. Conforme al mismo, se

⁶³ Por todos, el *OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET* (2003): 6, y VELA SÁNCHEZ (2007): 1704.

⁶⁴ LEMA AÑÓN (2003): 119, y VELA SÁNCHEZ (2007): 1704, aluden también a la falta de proporción de la medida, ya que se puede obtener el mismo fin de selección a través del aborto. No obstante, con ello están reflejando realmente una desproporción que deriva de la incongruencia del conjunto de ordenamiento, y no una desproporción respecto de los fines perseguidos por la norma, motivo por el que preferimos nosotros hablar aquí de incongruencia.

⁶⁵ Más allá de la crítica a esta terminología que recoge FARNÓS AMORÓS (2016): 95, esta realidad del «turismo reproductivo» en Estados permisivos como Estados Unidos es puesta de relieve por la *ASRM* (2015): 1421. Destacando las desigualdades económicas que ello genera, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 105.

⁶⁶ Destacando la necesidad de una regulación global del tema, JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): 83.

⁶⁷ Hay que poner de relieve, no obstante, que este problema no solo se manifiesta en España. Como señalan DONDORP *et al.* (2013): 1452, en la mayoría de los países, la prohibición de selección de sexo no terapéutica solo se aplica en el contexto de la reproducción asistida, pero no se extiende al aborto selectivo.

permite, por un lado, la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer durante las primeras 14 semanas de gestación (art. 14 LO 2/2010) y, por otro, la interrupción justificada en causas médicas, posible –según se encuadre la indicación médica en uno u otro de los tres casos contemplados en el art. 15 LO 2/2010– hasta la 22ª semana o incluso posteriormente. Concentrando nuestra atención en el primero de los preceptos citados⁶⁸, el hecho de que la petición de la mujer no tenga por qué ir fundada en determinadas causas o justificaciones previamente tasadas, sino que pueda ejercitarse libremente y sin expresión de motivo alguno, permite *de facto* que el motivo que determine su decisión de interrumpir el embarazo sea la mera voluntad de no concebir descendencia del sexo del embrión que se está gestando⁶⁹. De hecho, dado que por medio de las técnicas de ultrasonido (ecografía) puede llegar a determinarse el sexo del embrión ya en la semana 12⁷⁰ y que con las más modernas técnicas actuales no invasivas (*non invasive prenatal testing* o *NIPT*) este dato puede llegar a conocerse desde la 7ª semana⁷¹, la gestante goza de un margen temporal para poder llevar a cabo este otro tipo de prácticas selectivas previas al nacimiento, cuya licitud no se pone en duda en ese estadio del desarrollo embrionario⁷².

Dicho de otra forma, ya que no se pudo escoger el sexo del embrión en fase preconceptiva o en fase preimplantacional, la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo permite a la gestante ejercer su voluntad de selección una vez implantado el embrión y averiguado el sexo que finalmente ha resultado del azar genético⁷³.

Tal fue, de hecho, la práctica que se extendió, por ejemplo, en la India con anterioridad al desarrollo de las técnicas de selección embrionaria en el contexto de la reproducción asistida, dando lugar a numerosos abortos producidos tras la toma de conocimiento del sexo femenino del embrión concebido, y que condujo a la prohibición de la revelación

⁶⁸ Como pone de relieve PEÑARANDA RAMOS (2005): 1692, esa incongruencia no existe respecto de las causas de interrupción justificadas en indicaciones médicas, donde se permite tanto la selección embrionaria preimplantacional como prenatal. El autor incide, no obstante, en la incongruencia que supondría una solución diferente (como la que aquí nos encontramos), que califica de «chocante».

⁶⁹ Afirma ROMEO CASABONA (1994): 361, como un hecho, que «el conocimiento del sexo del feto por parte de los padres puede llevarles a la decisión de abortar si aquél no es el deseado».

⁷⁰ Por todos, *SEXUAL HEALTH TEAM* (2015): 10. Según, DEVANEY *et al.* (2011): 2, se puede adelantar este conocimiento incluso a la 11ª semana, aunque con menor fiabilidad.

⁷¹ Véanse DEVANEY *et al.* (2011) : 2 y 10; DONDORP *et al.* (2013): 1449 y *SEXUAL HEALTH TEAM* (2015): 10 y 31-32). Estas técnicas suelen consistir en un mero análisis de sangre de la gestante, en el que se identifican y analizan células fetales.

⁷² En contra, sin embargo, ROMEO CASABONA (1994): 361.

⁷³ La misma incongruencia se había puesto de relieve por algunos de nuestros autores con la regulación anterior a la LO 2/2010, en la medida en que la indicación terapéutica permitía el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, cuando la gestante acreditase un impacto psicológico derivado del hecho de concebir un hijo del sexo no deseado. Por ello, ya PUIGPELAT MARTÍ (1997): 102, proponía reinterpretar la prohibición de la selección preimplantacional y admitirla en los casos en que pudiera producirse posteriormente un aborto terapéutico, como mal menor. Siguiéndola, PÉREZ ALONSO (2002-2): 120-122, sugería interpretar esas excepciones sobre la causa de justificación penal de estado de necesidad, que consideraba aplicable al ámbito del art. 20.2 LTRA.

del sexo del embrión durante la gestación (art. 5.2 *Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques Act 1994*)⁷⁴. Ciertamente es que no se puede afirmar que esa misma situación se esté produciendo actualmente en España con la misma –o siquiera con aproximada– virulencia, aunque tampoco se puede afirmar lo contrario. De hecho, en el caso de nuestro país, lo cierto es que no se puede saber en cuántos –si es que en alguno– de los abortos producidos a petición de la mujer el motivo relevante o predominante es la selección por razón de sexo. Los datos que ofrece el último Informe del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar social, de 2017, sobre interrupciones voluntarias del embarazo⁷⁵ no aportan esta información, pues difícilmente podrían ofrecerla, cuando, como ya se ha mencionado, no es un requisito el que la mujer exprese la causa o el motivo de su petición de abortar dentro de las primeras 14 semanas de gestación. Consiguientemente, estos datos se limitan a exponer qué porcentaje de interrupciones voluntarias del embarazo obedece a cada una de las vías que ofrece la ley. Con todo, lo cierto es que sí consta en el mencionado informe que la vía del art. 14 LO 2/2010 es, con diferencia, la más utilizada en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (Tablas 1 y 6), rondando establemente el 90 % de los abortos practicados en todos los años que comprende el periodo analizado (entre 2011 y 2017), lo que supone una media de aproximadamente 91.000 abortos al año. No es por ello descartable que alguna de estas interrupciones voluntarias se practique sobre criterios de selección por razón de sexo; bien sea por responder a ideologías sexistas, a preferencias personales o a la búsqueda del equilibrio familiar.

De todas formas, sean pocas o muchas las interrupciones voluntarias del embarazo que responden en el fondo a un criterio de selección por razón de sexo⁷⁶, la incongruencia puesta de relieve no deriva en sí del número real de abortos que se practiquen *de facto* en nuestro país por esta causa, sino más bien del hecho mismo de que se puedan practicar éstos y que se pueda excluir consiguientemente por esta vía el nacimiento de individuos de un determinado sexo, cuando esto mismo no se puede hacer en el momento anterior a la concepción o a la implantación del embrión fecundado *in vitro*⁷⁷.

Frente a esta señalada incongruencia, podría tratar de argumentarse, sin embargo, que no existe tal, en la medida en que no es lo mismo «seleccionar» (preconceptiva o preimplantacionalmente) que «excluir» (prenatalmente). A fin de cuentas, en el primero de los casos, el individuo consigue el resultado que pretende de escoger un determinado sexo (elige), mientras que, en el segundo, como mucho puede evitar el

⁷⁴ No es el único caso, sin embargo, puesto que, como destacan DONDORP *et al.* (2013): 1449, es una práctica generalizada en los estados en los que no se tiene acceso o no se permite a la fecundación *in vitro* o el diagnóstico genético preimplantacional.

⁷⁵ <http://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm#datos> [consulta: 25 abril 2019].

⁷⁶ Según LEMA AÑÓN (2003): 118, aunque el número pueda ser reducido, no por eso es despreciable.

⁷⁷ Igualmente, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 103, que señala que lo relevante no es plantearse qué es lo que haría una gestante en el caso concreto, sino el hecho de que pueda acudir al aborto por razón del sexo del embrión concebido.

nacimiento de un hijo del sexo no deseado, pero no recibe ni consigue a cambio un hijo del sexo deseado (simplemente, excluye)⁷⁸.

Ahora bien, esta misma exposición del argumento enunciado y de la contraposición de ambos comportamientos –previos o posteriores al inicio de la gestación– ya pone de relieve la distinta trascendencia ética o la distinta «gravedad» que tienen una y otra conducta⁷⁹, no solo de cara a los progenitores –en cuanto a su mayor agresividad o lesividad para los bienes y derechos de éstos y, en especial, de la mujer–, sino, sobre todo, desde la perspectiva de la protección de la vida en sus diversas fases de desarrollo, criterio que debe guiar a los poderes públicos en la regulación del conflicto de intereses que se produce entre las pretensiones de los futuros progenitores (titulares de una libertad de procreación) y los *nasciturus*, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto⁸⁰.

De hecho, en los comportamientos de selección por razón de sexo anteriores a la gestación –sean preconceptivos o preimplantacionales–, la conducta de los potenciales progenitores tiene como resultado la generación de una nueva vida y no necesariamente la destrucción de vida alguna (ninguna, si la selección es previa a la concepción, y solo eventual, en la selección preimplantatoria, si los embriones del sexo descartado no se destinan a fines reproductivos, sino a otros de los fines del art. 11 LTRHA). En cambio, en los comportamientos realizados en fase prenatal, el ejercicio por la gestante de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acaba con una vida en ciernes⁸¹. En esa tesitura, parece chocar con la interpretación del Tribunal Constitucional en relación a la protección gradual de la vida en desarrollo que precisamente obtenga más protección el embrión en su estadio de desarrollo biológico más temprano (el preconceptivo o preimplantacional) frente al más tardío (el prenatal), sobre todo porque el momento de la implantación parece ser considerado –junto al nacimiento– como uno de los momentos o fases relevantes dentro del desarrollo embrionario, que justifica una diferente protección⁸². Por ello, pierde su valor cualquier

⁷⁸ Véanse otros argumentos que apelan a la distinción entre los comportamientos preimplantatorios y los prenatales, así como su acertada crítica en PEÑARANDA RAMOS (2005): 1693-1696.

⁷⁹ Afirmando la mayor gravedad del aborto frente a la selección preimplantacional, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 103, PÉREZ ALONSO (2002-2): 118, LEMA AÑÓN (2003): 34-35 y 102, y VELA SÁNCHEZ (2007): 1703.

⁸⁰ De acuerdo con la STC 53/1985 (FJ 5), la vida es una realidad desde el inicio de la gestación («la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte»). Siendo por ello el *nasciturus* un bien jurídicamente protegido, el Estado asume la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma (FJ 7 y STC 212/1996, FJ 3).

⁸¹ Esta misma idea aparece en PUIGPELAT MARTÍ (1997): 103: «Cuando se elige el sexo no hay privación de vida. Hay creación de vida. Es más, admitir en ciertos supuestos la selección puede ser un estímulo a la creación de vida». Siguiéndola, VELA SÁNCHEZ (2007): 1704. Igualmente, se intuye el énfasis en esta diferencia en PEÑARANDA RAMOS (2005): 1699.

⁸² La STC 116/1999 (FJ 12) afirmó que: «los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno». Significativas a este respecto son las observaciones que realiza PEÑARANDA RAMOS (2005): 1707-1709, en apoyo de esta diferencia cualitativa,

razonamiento que pretenda establecerse sobre la diferencia semántica existente entre «seleccionar» y «excluir». El distinto significado no justifica el distinto tratamiento legal que cada comportamiento recibe en nuestro ordenamiento.

Es más, incluso aunque se ignorase lo que acabamos de exponer y se pretendiera continuar fundamentando la razón de la diferencia en la distinción entre las conductas previas y posteriores a la implantación, hemos de añadir otro argumento en contra de ello, que apela en este caso a la finalidad que late tras la prohibición de la selección de sexo por motivos no terapéuticos. En concreto, atendiendo a lo ya expuesto respecto de la justificación de tal limitación legal en los países occidentales, no se ve motivo alguno para mantener una diferente regulación. En otras palabras: si lo que late tras la limitación a la autonomía de la voluntad de los potenciales progenitores en la Ley 14/2006 es la sanción de la conducta ética del que escoge un embrión sobre criterios no terapéuticos o del que discrimina un determinado sexo por iguales motivos, esta misma sanción debería aplicarse tanto a la conducta previa como la posterior al inicio de la gestación, puesto que en ambos casos se está dando preferencia a un sexo sobre el otro sobre motivos basados precisamente en esa circunstancia y sin finalidad terapéutica alguna que *reduzca* la carga ética del comportamiento selectivo⁸³. El hecho, sin embargo, de que solo se excluya legalmente una de las dos conductas pone de relieve, consiguientemente, la incongruencia que hemos destacado que existe en nuestro sistema jurídico.

3.2. *Las posibles consecuencias de la incongruencia del sistema a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La constatación de esta incongruencia de nuestro ordenamiento plantea un problema trascendente no solo a nivel interno, desde el punto de vista constitucional, sino también a otros niveles, que, si bien no son perceptibles –quizá– a primera vista, una vez detectados pueden suscitar cierta alarma. Con ello nos referimos, concretamente, a las posibles consecuencias que podría tener aplicar a nuestro país la doctrina que sentó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2012 en el caso *Costa y Pavan c. Italia*⁸⁴. Si bien es cierto que, *a priori*, el contexto de dicho caso –aunque próximo al que aquí estamos examinando– no coincide con el nuestro, el razonamiento del Tribunal Europeo nos debe poner alerta.

El conflicto surgió en el marco de la regulación italiana sobre técnicas de reproducción asistida (*Legge 40/2004*, de 19 de febrero, *in materia di procreazione medicalmente assistita*), que, aunque controvertida en relación con si permitía o no el acceso al

basadas en el acto voluntario de la mujer de acoger al embrión en su seno, permitiéndole con ello continuar con el programa de desarrollo.

⁸³ En palabras de EGOZCUE (1999): 19, la selección del sexo por selección embrionaria no difiere del aborto más que en el tiempo y en el estadio de desarrollo. En la misma línea, aunque en relación con la selección embrionaria por motivo embriopático, PEÑARANDA RAMOS (2005): 1694, apela a la necesaria equivalencia de las regulaciones como derivadas de la *ratio* compartida entre ambas.

⁸⁴ Recurso núm. 54270/10. Sentencia de 28 de agosto de 2012 (Sección 2ª), TEDH 2012/72; versión final por la *Grande Chambre* de 11 de febrero de 2013.

diagnóstico genético preimplantacional con fines selectivos⁸⁵, de lo que no cabía duda alguna era de que contemplaba únicamente el acceso a estas técnicas a las parejas infértiles y estériles (art. 4.1 *Legge* 40/2004). Ello excluía su posible uso en el contexto de parejas fértiles, pero portadoras de enfermedades transmisibles; en otras palabras, vetaba el acceso al diagnóstico genético preimplantacional y a la selección embrionaria para la exclusión de enfermedades hereditarias⁸⁶.

En ese contexto, un matrimonio de portadores sanos de fibrosis quística (Rosetta Costa y Walter Pavan), que habían concebido ya un hijo afectado por la enfermedad en septiembre 2006 y un segundo igualmente afectado, cuyo nacimiento impidieron por vía de aborto en febrero de 2010, planteó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la denegación de acceso al diagnóstico genético preimplantacional para seleccionar un embrión sano. En concreto, el matrimonio planteaba si la interpretación estricta de la *Legge* 40/2004 era acorde con los arts. 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH). A juicio de los recurrentes, la contradicción residía, por un lado, en el hecho de que el único camino que les permitía la legislación italiana para conseguir el objetivo buscado era comenzar una gestación por medios naturales e interrumpirla en caso de que se detectase prenatalmente la afección del embrión y, por otro lado, en el hecho de que sí se permitía el recurso a las técnicas de reproducción asistida y las técnicas derivadas para las parejas estériles e infértiles. Aunque en este caso la selección pretendida por el matrimonio de Costa y Pavan no estaba asociada al sexo del embrión –ni se contemplaba una posible selección de sexo por motivos no terapéuticos–, lo relevante del caso y de la sentencia radica en los motivos que alegó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para fallar a favor de los demandantes y condenar a Italia.

En concreto, el Tribunal basó su fallo en los criterios de proporcionalidad y congruencia de la normativa italiana en su regulación del acceso a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico genético preimplantacional. Partiendo de la afirmación de que el art. 8 CEDH ampara el derecho a concebir un hijo no afectado por una determinada enfermedad hereditaria de la que sus padres son portadores (§§ 53 y 57)⁸⁷, avanzó un paso en la doctrina consolidada sobre el margen de apreciación que el art. 8.2 CEDH reconoce a los Estados en el establecimiento de limitaciones a las libertades del Convenio. De hecho, más allá de la propia solución adoptada, parte de la novedad del razonamiento del Tribunal Europeo en este caso reside en que no se centró en el

⁸⁵ Véase MACÍA MORILLO (2018-1): 139-140.

⁸⁶ Una buena exposición de la situación en Italia, junto al comentario de la sentencia en PENASA (2012): 155-178.

⁸⁷ Como pone de relieve PENASA (2012): 167-168, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy amplia en su interpretación del derecho a la vida privada y ha admitido el acceso a las técnicas de reproducción asistida como parte del mismo en casos anteriores, como el de S.H y otros v. Austria (3 de noviembre de 2011). Un buen resumen de esta jurisprudencia sobre reproducción asistida, en FARNÓS AMORÓS (2016): 93-111.

examen concreto de la normativa contenida en la *Legge 40/2004* en contraposición con el art. 8 CEDH (de la que afirma que, en abstracto, puede ser compatible; § 59), sino que examinó la coherencia sistemática de tal regulación en el contexto del ordenamiento italiano (PENASA, 2012, p. 176 y FARNÓS AMORÓS, 2016, p. 101). Así, en concreto, la Corte internacional puso de relieve que la mencionada limitación de selección preimplantacional no era congruente con la admisión de la posibilidad de llevar a cabo la selección embrionaria deseada por medio de una interrupción voluntaria del embarazo (§ 64). Esto se consideró unánimemente por la Sala como contrario al art. 8 CEDH, ya que el aborto aparecía como la única vía reconocida en la legislación italiana para garantizar el derecho a un hijo no afectado por la enfermedad. Ello suponía una interferencia indebida en la vida privada de las parejas italianas, que resultaba desproporcionada (§ 71) y no justificada por el margen de apreciación que el art. 8.2 CEDH reconoce a los Estados.

La consecuencia de esta decisión, más allá de una condena monetaria a Italia a favor de los demandantes (de 15.000 €, más las costas del procedimiento), se tradujo años después en sendas declaraciones de inconstitucionalidad sucesivas que afectaron a la *Legge 40/2004*: una primera que derogó la exclusión del acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de parejas fértiles⁸⁸, y una segunda que eliminó la prohibición del diagnóstico genético preimplantacional y admitió su práctica para evitar la implantación de embriones afectados por una enfermedad genética transmisible, si concurren los criterios de gravedad establecidos por el art. 4 de la *Legge 194/1978*, de 22 de mayo, *per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*⁸⁹.

En este estado de cosas, la cuestión es si podríamos trasladar esta misma jurisprudencia a nuestro ordenamiento y aventurar si, planteada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la misma reclamación que interpuso en 1990 la mujer de Mataró, el Tribunal resolvería igualmente en contra de España, sobre la incongruencia de nuestra regulación en materia de selección de sexo por motivos no terapéuticos, que se prohíbe en fase previa a la implantación, pero que se admite *de facto*, en fase prenatal. La respuesta a esta pregunta no es clara, sino que requiere una cierta reflexión.

Por un lado, es ciertamente difícil que en nuestro caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asentase un punto de partida paralelo al que se planteaba en la limitación italiana del acceso a las técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantacional; es decir, es difícil que reconociese la existencia de un derecho a tener un hijo de un sexo determinado. No se trata ya solo de que esté bastante extendido –como hemos visto– el rechazo a que tal derecho forme parte del contenido de la libertad de procreación, sino, sobre todo, de la contradicción patente entre tal derecho y lo previsto en el art. 14 del Convenio de Oviedo, texto internacional

⁸⁸ Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 5.6.2015, n.º 96; *F. it.*, 2015, I, pp. 2250 y ss.

⁸⁹ Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 11.11.2015, n.º 229; *Corr. giur.*, 2016, pp. 185 y ss.

ratificado por un total de 29 Estados europeos. Sería, por ello, difícil que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptase una interpretación tan contraria a la perspectiva del mencionado precepto.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que, aunque ya hemos puesto de relieve la innegable incongruencia de nuestro sistema, lo cierto es que hemos de admitir que ésta no es expresa, sino meramente tácita o implícita. Es decir, que, si bien el art. 26.2.c) 10ª LTRHA contiene una prohibición directa de selección embrionaria por razón de sexo en fase previa a la implantación por motivos no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, no existe en cambio una admisión expresa de esa misma selección embrionaria en fase prenatal (ROMEO CASABONA, 1994: 375; PUIGPELAT MARTÍ, 1997: 101 y LEMA AÑÓN, 2003: 121)⁹⁰. De hecho, la LO 2/2010 no contempla expresamente como motivo para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo la selección de sexo; simplemente no controla que éste pueda ser un motivo válido para ello. El caso italiano era, por tanto, diferente, puesto que, en ese país, la *Legge* 194/1978, de 22 de mayo, *per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* sí contemplaba el posible recurso al aborto precisamente por la misma causa por la que se excluía (en este caso tácitamente) el recurso a las técnicas de reproducción asistida.

Consiguientemente, el escenario jurídico no es el mismo y, por ello, puede ponerse en duda que sea probable que, a día de hoy, España se encuentre realmente en grave riesgo de recibir una sentencia condenatoria como la que recibió Italia. Ahora bien, que no sea probable no significa tampoco que sea descartable, y menos aún si tenemos en cuenta dos factores: 1º que este tipo de incongruencias normativas se han puesto de relieve también por otros organismos a nivel europeo⁹¹, y 2º que no podemos ignorar la propia trascendencia e impacto del estado actual de nuestra regulación en relación con la selección por razón de sexo, en el marco de nuestra doctrina constitucional. A fin de cuentas, lo que llevó al Tribunal Europeo a su decisión no fue considerar si, en abstracto, la prohibición del acceso a las técnicas de reproducción asistida –en nuestro caso, la restricción del acceso a la selección de sexo preimplantacional y preconceptiva– era contraria al art. 8 CEDH, sino la incongruencia de que el comportamiento prohibido en un punto se permitiese en otro, dejando como única vía para conseguir el objetivo perseguido el recurso al aborto, lo que generaba una intromisión desproporcionada en el derecho a la vida privada y familiar de los ciudadanos. Es aquí donde se encuentra la similitud entre el caso *Costa y Pavan c. Italia* y el estudiado por nosotros: el estado actual de la normativa española sobre reproducción asistida, por un lado, y sobre interrupción voluntaria del embarazo, por otro, determina que aquel sujeto que quiera seleccionar el sexo de su descendencia – sea por una mera preferencia personal, o sea por una pretensión de equilibrar la

⁹⁰ El primer autor hablaba incluso de un «aborto ilícito» (1994: 361).

⁹¹ El punto 8.7 de la Resolución 1829 (*Prenatal sex selection*), de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo insta a los Estados miembros a prohibir este tipo de conductas tanto en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, como en el del aborto, lo que pone de manifiesto una visión coherente de que ambas regulaciones deben ir en una misma dirección.

familia— se vea abocado, *de facto*, a interrumpir la gestación en curso, si es que las pruebas prenatales le informan de que no ha tenido suerte —contaba con un 50 % de probabilidades— en la concepción de un embrión del sexo deseado.

Aunque es fácil percibir que la situación italiana y la española no son idénticas, sí es cierto que, en ambas, la contradicción interna entre las regulaciones anterior y posterior a la implantación del embrión plantea una incongruencia que genera una cierta desproporción e intromisión no justificada en la autonomía de la voluntad de los individuos y en las decisiones que el ordenamiento parece permitirles con relación a la procreación. Les permite lo más (abortar para seleccionar), pero no lo menos (seleccionar antes de la implantación), siendo el caso, además, de que aquello que les permite es bastante más lesivo de la integridad física y psíquica de la mujer que lo que le prohíbe. Tal es la similitud que apreciamos entre los dos casos —italiano y español—, que nos lleva a plantear si no existe también entonces en nuestro ordenamiento una intromisión no justificada para nuestros ciudadanos en el art. 8.1 CEDH y que refuerza nuestro convencimiento de la necesidad de proponer una solución para poner fin a la divergencia en la regulación española relativa a la selección embrionaria por razón de sexo no justificada por fines terapéuticos.

4. LA ELIMINACIÓN DE LA INCONGRUENCIA DEL SISTEMA A TRAVÉS DE LA COORDINACIÓN ENTRE LAS DOS NORMAS EN JUEGO

Si apelamos a la lógica y planteamos cuáles son las posibles vías para solucionar la incongruencia puesta de relieve en relación con la selección de sexo por motivos no terapéuticos que se manifiesta entre la normativa reguladora de las técnicas de reproducción asistida (restrictiva) y la normativa de interrupción voluntaria del embarazo (permisiva), el resultado al que llegamos es que la solución que se dé al problema debe ser la misma. Por tanto, las opciones que existen son dos: o bien tal selección embrionaria se debe prohibir en ambos textos (antes y después, por tanto, de la implantación) o bien se debe admitir en los dos.

No obstante, como vamos a argumentar a continuación, ninguna de estas soluciones lógicas nos parece satisfactoria ni consideramos que deba ser aplicada para resolver el problema.

4.1. *La coordinación por vía de la restricción: prohibición de la selección de sexo preimplantacional y prenatal por motivos no terapéuticos*

Si tratamos de alcanzar la congruencia de nuestro sistema jurídico por medio de la limitación en ambas normativas de la selección embrionaria por razón de sexo, de manera que se excluya ésta por motivos no terapéuticos tanto antes como después de iniciada la gestación⁹², ello parece que obligaría a restringir aún más la autonomía de la

⁹² Esta primera opción parece ir en línea con otras normas del sistema en las que puede verse implicada la elección del sexo por parte de los progenitores. Así, VELA SÁNCHEZ (2007): 1698, recuerda que tampoco

voluntad de los ciudadanos, reformando la actual LO 2/2010 y nuestro sistema de interrupción voluntaria del embarazo. La cuestión es en qué sentido debería producirse esta reforma o en qué medida debería afectar el ajuste perseguido a la estructura mixta de plazos e indicaciones de nuestro sistema, ya expuesta anteriormente.

Residiendo la incongruencia relativa a la selección de sexo por motivos no terapéuticos en la admisión de un sistema que permite el aborto no causal a petición de la gestante, una primera opción sería eliminar esta vía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y regresar al sistema puro de indicaciones anterior a la reforma del año 2010. Sin embargo, más allá del paso atrás que esto supondría en la conquista de derechos por parte de las mujeres, consideramos que esta solución es desproporcionada para el fin buscado y, por ende, rechazable. Una cosa es que no podamos descartar que algunos abortos se practiquen por esta causa y otra es que partamos de la hipótesis de que la incidencia de la misma en el número de abortos es tal que justifica excluir completamente esta vía de interrupción voluntaria del embarazo. Aunque en nuestro país no existen datos empíricos que cuantifiquen exactamente la magnitud del problema, sí se cuenta con tales datos en otros países con proximidad demográfica y sociocultural, como el Reino Unido, donde los resultados obtenidos no reflejan que se trate de una cifra en absoluto alarmante⁹³. Consiguientemente, sería excesivo adoptar la solución de excluir esta vía de acceso al aborto para todos los casos, en un intento de atajar los limitados casos en que se utiliza realmente para realizar una selección de sexo por motivos no terapéuticos, pues supondría una limitación desproporcionada de las libertades de los ciudadanos⁹⁴.

Añádase a ello, además, que, incluso aunque el número de interrupciones del embarazo por motivo de selección embrionaria por razón de sexo fuera elevado, en ningún caso podríamos afirmar que todos los abortos a petición de la gestante se justifican en esa causa, de manera que la exclusión de esa vía no solo cerraría el acceso –como se pretende– a la elección del sexo de la descendencia, sino también a cualquiera otra motivación interna de la gestante para interrumpir su embarazo, sea

se permite la elección de sexo en la adopción, ni siquiera cuando el adoptante tenga hijos de un determinado sexo.

⁹³ Téngase en cuenta a este respecto el estudio realizado en 2015 en Reino Unido por el *SEXUAL HEALTH TEAM* (2015): 7 y 13, que llegó a la conclusión de que no había datos alarmantes que aconsejasen trazar algún tipo de plan o estrategia para atajar este tipo de conductas, debiendo incidirse más bien en la promoción de la igualdad de género y en la educación.

De hecho, si aplicamos a nuestro país el mismo parámetro manejado por el estudio mencionado (determinar el número de niños que nacieron por cada 100 niñas) y tomamos los datos del INE respecto de los nacimientos de niños y niñas de 2017 (190.703 niñas frente a 202.478 niños), la cifra que resulta es de 106,18 niños por cada 100 niñas, lo que entra dentro del margen de normalidad que considera el estudio ya mencionado del *SEXUAL HEALTH TEAM* (2015): 5, al estar por debajo de la cifra de 107, que se considera que marca la existencia de un problema.

⁹⁴ Recordando la doctrina constitucional, afirma GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 60, que los límites a las libertades de los ciudadanos deben estar siempre justificados y deben ser interpretados restrictivamente, de forma que resulten proporcionados al fin que se persiguen. Añaden a ello los integrantes del *OBSERVATORIO DE BIOÉTICA I DRET* (2003): 6, y posteriormente VELA SÁNCHEZ (2007): 1704, que el límite a la voluntad de los sujetos es que sus opciones supongan un sacrificio desorbitado para la comunidad.

relevante o trivial. Si tal es el objetivo del legislador –e indudablemente hay voces que abogan recientemente por ello–, que la reforma indicada se justifique entonces en una razón política o de política legislativa, pero no creemos conveniente utilizar como excusa el argumento al que apunta esta primera solución propuesta de que con ello se está buscando acabar con la incongruencia de nuestro sistema en materia de selección de razón de sexo por motivos no terapéuticos. En otras palabras: la problemática que aquí tratamos no es un argumento que justifique una vuelta al sistema de indicaciones anterior a la reforma de 2010.

Descartada, por tanto, la solución anterior, podría proponerse entonces como segunda opción en la misma línea de alcanzar la coherencia del ordenamiento por la vía de la restricción, o bien una limitación en el sistema de plazos del art. 14 LO 2/2010, que excluyera éste para el posible recurso al aborto por razón de sexo, o bien una reformulación y transformación del sistema de plazos de las primeras 14 semanas de gestación que lo reconvirtiera en una indicación que abarcara todos los supuestos de interrupción voluntaria a petición de la gestante *menos* la elección de sexo. Cualquiera de estas dos alternativas podría parecer *a priori* más adecuada o aceptable que la anteriormente desarrollada, en la medida en que ambas mantienen la libre determinación de la gestante para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, limitando o excluyendo únicamente la pretendida selección de sexo prenatal. Pese a ello, consideramos que esta segunda vía de solución plantea un claro problema de implantación y eficacia, así como una potencial lesión de derechos de la gestante, lo que nos lleva a rechazarla.

En concreto, comenzando por la primera objeción, cualquier sistema que base el acceso al aborto en los motivos de la gestante, con pretensión de excluir alguno de éstos, suscita dudas respecto de su posible constatación, prueba o control. Más allá de que pueda ponerse en cuestión la eficacia de una tal restricción en el contexto global y mundial en el que actualmente vivimos –y recordemos lo ya anteriormente apuntado respecto del fenómeno del «turismo reproductivo»⁹⁵–, cualquier sistema que base la limitación del acceso al aborto en las motivaciones internas de la gestante para acudir a ese procedimiento está probablemente abocado al fracaso –en cuanto a su eficacia real–, ya que éstas no son conocidas externamente más que a través de la manifestación de la propia mujer, que puede coincidir o no en su expresión con la voluntad interna real⁹⁶.

⁹⁵ DONDORP *et al.* (2013): 1452, destacan el posible valor meramente simbólico de una legislación prohibitiva de la selección de sexo, cuando en algunos países, como México o Chipre, ésta se puede llevar a cabo. La misma crítica, respecto del acceso en general a las técnicas de reproducción asistida en FARNÓS (2016): 109.

⁹⁶ Con todo, LEMA AÑÓN (2003): 125, apela en estos casos a la decisión responsable de los ciudadanos y pone de relieve que, aunque el Estado no puede controlar si el motivo para el aborto es la selección de sexo, tampoco controla si los motivos que han conducido al mismo son otros motivos triviales. Precisamente, dice el autor, «la convicción subyacente a un sistema de plazo es que debe ser

Esto entronca, además, con la segunda objeción apuntada, que lleva a cuestionarse la incidencia que pueda tener sobre el derecho a la intimidad de la gestante tal constatación, prueba o control de la motivación personal que la lleva a acudir a la interrupción voluntaria del embarazo. En la medida en que la mujer se vea obligada a declarar y motivar su pretensión de acceso al aborto durante ese primer plazo de 14 semanas, se le está exigiendo exteriorizar una serie de razones que pertenecen a su ámbito más íntimo y personal. Es cierto que podría pensarse aquí, en paralelo con la doctrina constitucional que en su momento se elaboró sobre la objeción de conciencia al servicio militar, que esa declaración que debería hacer la mujer partiría, en todo caso, de un ejercicio voluntario de ésta⁹⁷, derivado –como carga– de su pretensión de acceder a ese derecho que la ley le reconoce a interrumpir voluntariamente el embarazo⁹⁸, y que, además, el control de la motivación interna estaría justificado como un requisito necesario para evitar el fraude a la limitación legal⁹⁹.

No creemos, sin embargo, que tales consideraciones, que sirvieron al Tribunal Constitucional para admitir la constitucionalidad del control de la motivación de los objetores de conciencia por parte del entonces llamado Consejo Nacional de Objeción de Conciencia¹⁰⁰, puedan trasladarse aquí directamente: en aquel caso, la motivación era imprescindible para ser dispensado de un deber de origen constitucional (GASCÓN ABELLÁN, 1990: 245 y 249 y CAPODIFERRO CUBERO, 2013: 95), en éste, lo que la gestante pretende es ejercitar un derecho¹⁰¹. Aunque la configuración de éste es legal, su esencia queda claramente desvirtuada si, para su acceso, la gestante se ve obligada a motivar sus razones¹⁰².

fundamentalmente la mujer afectada [...] la que en última instancia tome la decisión; pero que la tome también en la medida en que el aborto no es una cuestión moralmente indiferente».

⁹⁷ ESCOBAR ROCA (1993): 325, alude a esta voluntad como límite a la infracción del derecho a la intimidad, pues tiene una «dimensión negativa: se respeta en tanto que no se desvela».

⁹⁸ Véase esta calificación de *carga* en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2013): 245. Por su parte, CAPODIFERRO CUBERO (2013): 123, se refiere a un sacrificio proporcionado de una parte de la intimidad a la que el objetor renuncia cuando plantea su pretensión de ser eximido de un deber jurídico. Si el objetor no quiere revelar esos datos íntimos, es libre de no hacerlo, como señala ESCOBAR ROCA (1993): 332.

⁹⁹ De hecho, en la STC 160/1987, de 27.10.1987 (RTC 1987, 160), FJ 5b, apuntaba a este respecto el Tribunal Constitucional a la existencia de un «interés general en la seriedad de los motivos». A partir de esto, la doctrina constitucionalista se ha manifestado a favor de la posible fiscalización de los motivos que laten tras la solicitud del objetor de conciencia. Así, GASCÓN ABELLÁN (1990): 288, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2013): 244, o CAPODIFERRO CUBERO (2013): 124.

¹⁰⁰ FJ 5b STC 160/1987. En concreto, el Tribunal Constitucional afirmaba que el objetor renunciaba a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas y que era él quien debía «valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la Constitución le reconoce, y decidir, nunca mejor dicho, en conciencia, pero a sabiendas de [...] la especial naturaleza del derecho de objeción y de las garantías que asimismo compete exigir a la comunidad y en su nombre al Estado».

¹⁰¹ De hecho, CAPODIFERRO CUBERO (2013): 124, admite la posibilidad de distintos grados de rigor o detalle, dentro de la propia objeción de conciencia, según se trate de la objeción a un deber general o «en el resto de los supuestos, por la necesidad de menores cautelas».

¹⁰² Algo en esa línea parece apuntar DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2013): 245, cuando señala que el argumento de la voluntad del objetor como justificación de la no intromisión en su intimidad «no deja de ser especioso, pues resulta difícil calificar de «voluntario» el comportamiento de quien, deseando un beneficio, da

Añádase a ello, el hecho de que, mientras que en la objeción de conciencia al servicio militar la prueba que se requería, según la STC 160/1987 del Tribunal Constitucional (FJ 5), era solo de «hechos susceptibles de comprobación, [...] hechos externos constatables, no a la intimidad salvaguardada por el art. 18 CE», que era sobre los que recaía el control del mencionado órgano, en este otro caso objeto de nuestro trabajo lo que la gestante debería probar es que su recurso al aborto durante las primeras 14 semanas de gestación no venía motivado por una pretendida selección de sexo, sino por otros motivos, que debería declarar. Se trataría, por tanto, de motivaciones puramente internas, cuya acreditación externa sería difícil, si no imposible.

Por todo ello, y más allá del hecho añadido de que el establecimiento de tal sistema de control pueda generar el riesgo de conducir a estas gestantes a la clandestinidad –con los peligros para la salud de las gestantes que ello conlleva (DONDORP *et al.*, 2013: 1452)–, creemos que los inconvenientes que esta vía de solución plantea superan a sus beneficios, motivo por el que la descartamos igualmente.

4.2. La coordinación por vía de la ampliación: admisión de la selección de sexo preimplantacional y prenatal por motivos no terapéuticos

Escasa mejor suerte corre a nuestro juicio el intento de alcanzar la congruencia por el otro extremo; es decir, por vía de eliminar la limitación a la selección embrionaria que contiene nuestra Ley 14/2006, pese a ser ésta la solución que parecen preferir nuestros autores¹⁰³. Aunque, como hemos visto, en el caso de Italia ésa fue la vía por la que finalmente se optó para alcanzar la congruencia de sus regulaciones divergentes tras el caso Costa y Pavan c. Italia, hemos de recordar que el punto de partida y el objeto de la incongruencia en el caso de nuestra regulación y la italiana no es el mismo. En concreto, aunque en Italia no había más obstáculo a la eliminación de la restricción de acceso a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico genético preimplantacional que la propia regulación italiana y, en su caso, los principios y valores sociales nacionales, en el caso español sí que habría un obstáculo legal a la eliminación de la limitación que contiene el art. 26.2.c)10ª LTRHA y a la consiguiente admisión de la elección del sexo por motivos no terapéuticos: el art. 14 del Convenio de Oviedo. Y es que, habiendo ratificado España el mencionado texto internacional y habiéndose integrado éste ya en nuestro ordenamiento, no queda en manos de nuestro legislador la modificación de su contenido ni de sus disposiciones. Por tanto, aunque el texto del art. 26 LTRHA sí puede modificarse, no ocurre lo mismo con el del art. 14, y, como ya hemos indicado desde un principio, su contundente tenor literal parece excluir sin sombra de duda la selección de sexo por motivos no terapéuticos en cualquier momento anterior al inicio de la gestación.

Esto mismo excluye la opción de proponer como soluciones alternativas a la anterior todas aquellas que pretendan, más que evitar la incongruencia, sí, al menos, reducirla o

cumplimiento a la condición que para su obtención otro ha impuesto: el coste de la libertad es la renuncia al beneficio».

¹⁰³ Entre otros, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 104, o PÉREZ ALONSO (2002-2): 118 y 123.

«dulcificarla»¹⁰⁴. En concreto, la vigencia en nuestro ordenamiento de la prohibición que contiene el mencionado texto internacional parece chocar contra cualquier propuesta que trate de admitir alguna de las formas de selección embrionaria por razón de sexo previas a la implantación –manteniendo la prohibición para el resto–, o que pretenda admitirla para algunos casos concretos, contemplándolos como situaciones completamente excepcionales.

De hecho, la opción de permitir expresamente esta selección para la fase preconceptiva –es decir, permitir la selección de los gametos masculinos para lograr la concepción de un embrión de un determinado sexo–, lo que conllevaría implícitamente una necesaria reformulación del enunciado general del art. 26.2.c)10ª LTRHA¹⁰⁵, ha sido formulada por varios de nuestros autores, sobre diversos argumentos: la menor carga ética de la selección en tal fase, la no destrucción de vidas en ciernes (a fin de cuentas, la selección se produce aquí en un momento previo a la concepción) y la coherencia con el resto de la regulación permisiva contenida en la Ley 14/2006¹⁰⁶. Incluso, hay que mencionar que tal propuesta se concretó en su momento en alguna de las enmiendas que se plantearon a la redacción del art. 12 durante la tramitación de la Ley 14/2006¹⁰⁷.

Sin embargo, más allá de que tales enmiendas no prosperaron en su momento, lo cierto es que, como ya hemos visto al comienzo de este trabajo, ha de afirmarse que esta vía queda también excluida por el tenor literal del art. 14 del Convenio de Oviedo, en la medida en que tal selección preconceptiva implica el recurso a una «técnica de asistencia médica» que va dirigida «a la procreación».

Y lo mismo debería ocurrir con la búsqueda de un sistema de autorización excepcional para ciertos supuestos (cuando repercuta negativamente sobre la salud psíquica de los progenitores o cuando se justifique en el equilibrio familiar)¹⁰⁸ o que plantee la valoración caso por caso, sometida, por ejemplo, a autorización o a informe y examen de, pongamos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida¹⁰⁹.

¹⁰⁴ LEMA AÑÓN (2003): 127, apunta a que no tiene por qué partirse de posiciones absolutas de todo o nada.

¹⁰⁵ Recordemos que ya establecimos anteriormente (nota 39) que el enunciado general del art. 26.2.c) 10ª LTRHA es interpretado por nuestra doctrina mayoritaria como prueba de que la prohibición legal se extiende a ambos tipos de selección embrionaria: preconceptiva y preimplantacional.

¹⁰⁶ Véanse VIDAL MARTÍNEZ (1991): 2543-2544, PÉREZ ALONSO (2002-1): 66 y (2002): 102 y 123, y los integrantes del *OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET* (2003): 6 y 11-12.

¹⁰⁷ En concreto, se trataba de las enmiendas presentadas por *Convergència i Unió* respectivamente en el Congreso (núm. 108) y en el Senado (núm. 46). Igualmente, la enmienda de *ERC* de introducir un nuevo art. 7bis (enmienda 36. Congreso de los Diputados) proponía la autorización de la selección de sexo preconceptiva, limitada a los casos de equilibrio familiar.

¹⁰⁸ PUIGPELAT MARTÍ (1997): 102-103 y PÉREZ ALONSO (2002-2): 120-122, para lo primero y VELA SÁNCHEZ (2007): 1698 y 1705, para lo segundo.

¹⁰⁹ Téngase en cuenta que, en el caso de Israel, donde se aplica este último sistema, la realidad es que se ha utilizado escasamente. Como reflejan PESSACH *et al.* (2014): 4, la demanda de este tipo de autorizaciones no ha sido excesiva. En concreto, en un periodo de 7 años, solo se presentaron 411

Ambas opciones consideramos que deben quedar rechazadas, pues el enunciado tajante del art. 14 del Convenio de Oviedo no deja lugar a los casos particulares ni a las excepciones. De hecho, ya hemos visto anteriormente que no funciona tampoco en estos casos el sistema de legitimación indirecta del art. 12.2 LTRHA por autorización de la autoridad sanitaria competente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y el argumento es aquí el mismo.

Por tanto, salvo que España denuncie el mencionado Convenio y deje éste de estar en vigor en nuestro país, no está en nuestras manos esta vía de eliminación de la mencionada incongruencia, pues no está en nuestras manos eliminar ni total ni parcialmente la prohibición de la selección de sexo por motivos no terapéuticos previa a la implantación. La falta de conflictividad social sobre esta cuestión que poníamos anteriormente de relieve convierte, sin embargo, en poco probable que se produzca por parte de España tal denuncia y retirada del Convenio, motivo que justifica por sí mismo el rechazo de esta vía de solución.

5. ¿TIENE QUE SER BLANCO O NEGRO? PROPUESTA DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA PARA EVITAR LA INCONGRUENCIA

En este estado de cosas, no está, sin embargo, todo perdido, pues cabe una tercera solución que permite acabar con la incongruencia de manera definitiva, a la vez que respetuosa con las normativas nacionales e internacionales y los intereses en juego. Para llegar hasta ella, debemos partir de la constatación de que lo que realmente genera la discordancia entre las dos regulaciones analizadas es el hecho de que, de acuerdo con la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo, la gestante puede utilizar *de facto* esta vía para excluir el nacimiento de embriones de un determinado sexo. Siendo esto así, consideramos que la solución puede venir de la mano de eliminar el presupuesto fáctico que le permite acudir a esa vía de hecho. En otras palabras, no se debe tratar de excluir que la mujer pueda abortar en las primeras 14 semanas de gestación, sino que pueda disponer de los datos que le permitan hacerlo en función de cuál sea el sexo del embrión concebido.

La vía para alcanzar este objetivo es, pues, relativamente simple desde el punto de vista técnico: se trata de impedir que la gestante tenga acceso a la información sobre el sexo del embrión durante ese plazo. Por expresarlo de manera sencilla, si no conoce el sexo del embrión concebido, difícilmente podrá tomar este dato como motivo que le lleve a adoptar su decisión de abortar. Y no es que estemos afirmando con ello que el conocimiento del sexo de la criatura concebida determine necesariamente la terminación de todo embarazo, o que todas las gestantes que conocieron el sexo del embrión antes de la 14ª semana de gestación y acudieron posteriormente a reclamar una interrupción del embarazo por la vía del art. 14 LO 2/2010 lo hicieran motivadas

solicitudes (una media de 59 por año), en el contexto de un país de 9 millones de habitantes. De ellas, solo se completaron y tramitaron 253, llegando a resolverse 216 por el Comité. La aprobación final del procedimiento se concedió finalmente solo a 46 parejas en todo el periodo analizado (una quinta parte), lo que muestra una reluctancia general a autorizar el procedimiento (pp. 6-7).

por una pretendida selección de sexo¹¹⁰; lo que afirmamos es que es un hecho que esa información genera el peligro de que se haga valer tal motivación interna y que, para evitarlo, hay que excluir la ocasión. Consiguientemente, proponemos que se prohíba la revelación del sexo del embrión durante esas primeras 14 semanas, sea cual sea el medio por el que se averigüe este dato –ecografía o técnica de tipo *NIPT*–, posponiendo la emisión de la información al momento en que la gestante ya no puede optar libremente por el aborto.

Esta propuesta no es nueva ni inusitada en el marco del Derecho comparado¹¹¹. Junto al caso de la India, ya señalado anteriormente, donde se excluye la revelación del sexo del embrión en cualquier momento de la gestación, en un país mucho más próximo, como es Alemania, tal es también, precisamente, la solución por la que se opta en el § 15(1) *Gendiagnostikgesetz*, a fin de dar coherencia a su sistema jurídico¹¹². Consiguientemente, contamos con antecedentes de otros Estados en los que ha prosperado esta propuesta, lo que proporciona ciertos indicios sobre su viabilidad real. Ahora bien, más allá de que esto demuestra que tal medida funciona y puede funcionar, lo realmente importante es que consideramos, además, que sus beneficios son claramente superiores a los que ofrecen las demás soluciones ya examinadas.

De hecho, esta alternativa permite a la gestante seguir gozando de la posibilidad de ejercitar su derecho a la interrupción del embarazo libremente y sin necesaria expresión de causa durante las primeras 14 semana. Únicamente se le impide que pueda ejercitarlo por razones de selección de sexo; y esto se excluye de manera eficaz, *de facto*, al eliminar esta información dentro del conjunto de factores sobre los que se

¹¹⁰ Realizar tal afirmación supondría tratar sistemáticamente a todas las gestantes como sospechosas, cosa que DONDORP *et al.* (2013): 1452, critican como moralmente inaceptable.

¹¹¹ A ella se refieren DONDORP *et al.* (2013): 1452. De hecho, ROMEO CASABONA (1994): 362 y n. 282, ya ponía de relieve hace tiempo el debate suscitado en Estados Unidos sobre la realización de pruebas prenatales con el único propósito de averiguar el sexo del embrión.

No podemos descartar que se haya propuesto ya esta solución también entre nuestros autores, aunque lo cierto es que no hemos encontrado un pronunciamiento claro al respecto. Así, DOBERNIG GAGO (2004): 401, parece apuntar en esta línea, al afirmar que «lo ideal sería que se pudieran realizar los diagnósticos prenatales a todas las mujeres embarazadas sin limitación alguna y sancionando severamente a los médicos que informaran a la pareja o a la familia del sexo del feto». Sin embargo, no desarrolla más el argumento. Por otra parte, la idea se intuye también en el pronunciamiento de la ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, en su Resolución del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal de 1988, cuyo punto 6.3 establece que: «Los consejos del médico después de un diagnóstico prenatal deben limitarse a las informaciones concernientes a los peligros médicos comprobados para el niño por nacer».

¹¹² En el primer país citado, el art. 5.2 *Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques Act 1994*, afirma tajantemente: «No person including the person conducting pre-natal diagnostic procedures shall communicate to the pregnant woman concerned or her relatives or any other person the sex of the foetus by words, signs or in any other manner». Por lo que respecta al precepto alemán aludido, se afirma *in fine* que, en caso de que, con ocasión de un diagnóstico prenatal o con ocasión de cualquier examen prenatal, se determine adicionalmente el sexo del feto o del embrión, éste se podrá comunicar a la gestante tras la 12ª semana de embarazo (plazo que coincide con el de licitud de interrupción del embarazo a solicitud de la gestante, *ex* § 218a.1 *Strafgesetzbuch*). A los dos ejemplos citados, añade PÉREZ ALONSO (2002-2): 119, el de Noruega.

basa su potencial elección. Al mismo tiempo, esta propuesta no elimina su posible derecho –o, en general, el posible derecho de los progenitores– a conocer el sexo de la descendencia concebida, pues este dato se le podrá comunicar una vez transcurridas las primeras 14 semanas de gestación; con tiempo, por tanto, más que suficiente para poder conocerlo y, en su caso, para poder actuar en consonancia a partir de esta información (p. ej., de cara a la elección de nombre, ropa o enseres, etc.). Lo que pretende, pues, esta propuesta es solo limitar temporalmente la potencial pretensión de los progenitores a conocer el sexo, excluyéndola solo durante ese plazo inicial.

Aunque haya quien pueda haber sembrado alguna duda sobre la licitud de tal restricción de la información proporcionada a los progenitores (DONDORP *et al.*, 2013: 1452), a nuestro juicio, esta limitación temporal de la revelación de información no es contraria a derecho alguno de estos sujetos. Si bien el art. 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información (en adelante, LBRAP) proclama este derecho como referido a «toda la información disponible», el objeto de dicha información es la salud del propio paciente, como se deduce de una interpretación literal y lógica del precepto¹¹³. Por tanto, el sexo del embrión que se está gestando difícilmente puede entrar en esta categoría, lo que excluye la información sobre el mismo del ámbito u objeto sobre el que se proyecta el contenido del derecho a la información.

Y lo mismo deberíamos afirmar si pretendemos integrar este derecho como parte del contenido de la libertad de procreación. Es cierto que el derecho a recibir información sobre la descendencia se les reconoce a los progenitores *ex art.* 10 CE, al objeto de ejercitar su autonomía de la voluntad y permitirles adoptar decisiones sobre la procreación (si concebir o no concebir, si interrumpir o no la gestación, etc.)¹¹⁴. Sin embargo, el objeto o contenido de estas decisiones debe estar contemplado o amparado por el ordenamiento. La decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo por razón del sexo del embrión, en cambio, recordemos que no está regulada expresamente en la LO 2/2010, y su actual tolerancia o admisión tácita resulta congruente con otras previsiones legales como la del art. 26.2.c)10ª LTRHA –tal es el presupuesto y punto de partida de este trabajo–, motivo por el que afirmamos que no

¹¹³ No es que pongamos en duda que los progenitores sean aquí los titulares de ese derecho a la información, aunque ésta se refiera al embrión (afirmando esta titularidad, MACÍA MORILLO, 2018-3: 159-161, en el contexto paralelo del preembrión); lo que ponemos en duda es que el contenido de esta información se extienda necesariamente al dato concreto del sexo. Como resume DOMÍNGUEZ LUELMO (2007): 212, con cita de la doctrina española, en relación con el contenido del derecho a la información, se trata de «hacer saber al paciente cuál es *su* estado, el diagnóstico de *su* enfermedad, el tratamiento que se debe seguir, así como los riesgos inherentes y las consecuencias de dicho tratamiento» [la cursiva es nuestra].

¹¹⁴ El contenido de esta libertad se caracteriza porque permite al titular adoptar una decisión libre y consciente sobre su descendencia futura. Si, en cambio, no cuenta con información necesaria o relevante en este contexto –y eventualmente podríamos llegar a incluir en esa categoría al sexo del embrión–, la decisión que adopte en ejercicio de tal libertad no será consciente. Véase MACÍA MORILLO (2018-1): 338-341).

se puede considerar una decisión lícita y que otorgue consiguientemente a los progenitores el derecho a conocer el sexo del embrión, a fin de poder abortar, en su caso, por ese motivo.

Con todo, si la argumentación anterior no se compartiera y se entendiera que el conocimiento del sexo del embrión concebido sí forma parte del contenido del derecho a la información del que son titulares los progenitores (*ex art. 4.1 LBRAP* o *ex* interpretación del contenido de la libertad de procreación), debemos recordar que en general el derecho a la información –como todo derecho– no es absoluto y que puede –y debe– sufrir restricciones en atención a otros intereses. Esta es, de hecho, nuestra propuesta: aplicar una limitación a este –eventual– derecho, para coordinarlo con otros intereses del ordenamiento. Siendo esto así, consideramos que la posible restricción temporal aquí sugerida entra plenamente dentro del margen de la constitucionalidad de cualquier posible limitación de derechos de los ciudadanos¹¹⁵: 1º está justificada (por las razones ya aducidas); 2º genera una restricción mínima de derechos; y 3º resulta además proporcionada a los fines que se persiguen –evitar la selección de sexo en la fase prenatal–, logrando establecer la congruencia del ordenamiento en materia de selección de sexo en las diversas fases en que puede producirse (preconceptiva, preimplantacional y prenatal).

Ahora bien, somos conscientes de que, para que la solución que proponemos prospere, debería complementarse con algún tipo de medida que refuerce su cumplimiento. Sin llegar en absoluto a sugerir la tipificación penal de esta conducta –al estilo de la normativa de la India–, sí es cierto que la eficacia real de una propuesta como la que aquí formulamos requiere algún incentivo directo o indirecto. Si bien es cierto que el establecimiento de una sanción no garantiza la plena eficacia real de la norma y que, en casos como éste, el cumplimiento o incumplimiento de la limitación temporal propuesta va a ser difícil de comprobar en la práctica, a fin de imponer las posibles sanciones¹¹⁶, aun así, no creemos que vaya a serlo mucho más que lo que ocurre actualmente respecto del incumplimiento de la limitación ya contenida en el art. 26.2.c) 10ª LTRHA. Si en ese otro caso el legislador consideró suficiente garantía de cumplimiento el establecimiento de la sanción prevista en el art. 27 LTRHA, no vemos por qué no pueda considerarse aquí igualmente bastante la disposición de una sanción análoga. De hecho, el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, junto al criterio de mantener una deseable proporción con las medidas sancionatorias previstas en la Ley 14/2006 para el incumplimiento de la limitación a la selección de sexo no terapéutica en fase preconceptiva o prenatal, aconsejan rechazar la tipificación de este comportamiento como delito. Consiguientemente, en esta línea, consideramos que sería suficiente con establecer una sanción administrativa parecida a la del art. 27 LTRHA para los profesionales que directa o indirectamente revelasen el sexo de la descendencia durante ese primer plazo de las 14 semanas de gestación.

¹¹⁵ Véase la doctrina constitucional al respecto en GÓMEZ SÁNCHEZ (1994): 60.

¹¹⁶ LEMA AÑÓN (2003): 57, así lo pone en duda en relación al caso de la India.

Llegados a este punto, no obstante, y tras de todo lo argumentado hasta ahora, debemos preguntarnos si es realista esta propuesta. A la vista de la experiencia positiva que proporciona la aplicación de una solución similar en países como Alemania, nosotros creemos que sí, aunque somos conscientes de que es prácticamente seguro que, en algunos casos, la restricción sugerida se va a incumplir (como, por otro lado, ocurre prácticamente con todas las prohibiciones). Dudamos, sin embargo, de que la tasa de incumplimiento vaya a ser aquí muy superior a la del resto de las prohibiciones que existen en nuestro ordenamiento. Dicho de otra forma, no creemos que el hecho de que se introduzca una limitación como la que proponemos vaya a generar «repentinamente» una necesidad imperiosa entre las gestantes de conocer antes de la semana 14 el sexo de las criaturas que portan en su seno, que las lleve a pretender incumplir la prohibición sistemáticamente y que incremente progresivamente una corriente de servicios clandestinos que proporcionen la información sobre el sexo del embrión que restringiría la reforma sugerida para nuestra LO 2/2010¹¹⁷.

Más allá de aclarar, por si acaso, que esas potenciales prácticas clandestinas no serían equiparables –en cuanto a riesgo para la vida de la gestante– a las que se podrían producir si la restricción se centrara en las causas de acceso a la interrupción voluntaria de embarazo¹¹⁸, pues las pruebas dirigidas a la averiguación del sexo a las que nos referimos son no invasivas –se trata de una simple ecografía o de un análisis de sangre– y no comportan tal peligro, la falta de conflictividad social que pusimos de relieve en páginas anteriores en relación con la cuestión de la selección de sexo por motivos no terapéuticos puede llevarnos a aventurar que la medida aquí propuesta, aunque indudablemente causaría un cierto *ruido* –probablemente, sobre todo, mediático–, no tendría por qué manifestarse como muy problemática en su aplicación práctica.

En realidad, partiendo del presupuesto de que la solución aquí sugerida sería esencialmente respetada por los profesionales médicos –al igual que, como ya afirmamos, confiamos en que actualmente cumplen con la prohibición de selección de sexo no terapéutica del art. 26.2.c)10ª LTRHA–, todo dependerá de hasta qué punto se extienda en la práctica la posible comercialización o uso privado de pruebas o test de

¹¹⁷ Decimos «repentinamente» porque, al margen de la posible averiguación del sexo por medio de la ecografía de la semana 12ª, insertada en el protocolo de seguimiento del embarazo y más fácil de controlar, hoy por hoy el uso en España de las pruebas no invasivas o *NIPT* no está generalizado, ni al alcance de toda gestante. Hay que tener en cuenta que, como apuntan DEVANEY *et al.* (2011): 12, se trata de una técnica cara, cuyo coste debe ser asumido por los usuarios. Añádase a ello que, si atendemos a las indicaciones que contempla para los análisis genéticos el artículo 46 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, podríamos dudar de la licitud de este tipo de pruebas prenatales no invasivas si tienen como finalidad exclusiva la averiguación del sexo, en la medida en que podamos calificarlas de «análisis genético» siguiendo la definición del artículo 3.a de la citada norma (lo cual podría ser discutible). Sea por uno u otro factor, el hecho es que actualmente su uso en España se limita en la práctica al descarte de enfermedades o defectos genéticos del embrión, siendo la averiguación del sexo una información meramente adicional o incidental respecto de ese objetivo principal.

¹¹⁸ Aludimos a este argumento porque autores como LEMA AÑÓN (2003): 57, plantean el riesgo de que pasen a la clandestinidad estas prácticas, con el consiguiente peligro para la salud de las mujeres que acudan a ellas.

tipo no invasivo que permitan a las gestantes conocer por sí mismas el sexo del embrión antes del plazo de las 14 primeras semanas de gestación¹¹⁹. Aunque la licitud de esta comercialización es dudosa en nuestro ordenamiento¹²⁰, es cierto que ejercer un control sobre este tipo de servicios cuando procedan del extranjero –y más aún si se contratan y gestionan vía internet¹²¹– sería complejo, como complejo es para cualquier Estado evitar que sus nacionales consigan fuera de sus fronteras lo que no se les permite dentro de ellas.

Aun así, como hemos afirmado, la baja preocupación social sobre esta cuestión parece apuntar a que esta vía de elusión de la limitación propuesta no será masiva o generalizada, ni que se extienda hasta tal punto que ponga en cuestión el valor mismo de la limitación sugerida. Con todo, si eso llegase a ocurrir, en el fondo pondría de relieve un cambio en el sentir de la población y un claro movimiento social de rechazo de la restricción a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en materia de selección de sexo por motivos no terapéuticos, que debería llevar al legislador a plantearse entonces el sentido de mantener ésta en su conjunto.

No estamos todavía, sin embargo, en ese estadio y, por ello, no creemos que el riesgo que hemos apuntado sea tan preocupante como para superar los beneficios que hemos destacado para la solución propuesta. Hoy por hoy, parece ser la que genera menores disfunciones en el sistema y la que mejor permite acabar con la incongruencia de nuestro ordenamiento en materia de selección de sexo por motivos no terapéuticos; incongruencia que no solo atenta contra los derechos de nuestros ciudadanos, por la desproporción que genera, sino que pone a nuestro país potencialmente bajo el punto de mira de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Instamos desde aquí, por ello, al legislador a considerar seriamente esta propuesta, a fin de poner fin a la discordancia normativa que actualmente mantenemos en nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Fernando (2006), «Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 25, pp. 21-53.

¹¹⁹ Siguiendo a ROMEO CASABONA (1994): 362 y, con más desarrollo, PUIGPELAT MARTÍ (1997): 97-98, hemos de aclarar que consideramos que las normas restrictivas de la selección de sexo no tienen como destinatarios específicos a los ciudadanos, sino a quienes pueden realizar técnicamente este procedimiento selectivo. Por tanto, el énfasis en la prohibición estaría en quien proporciona la información –los médicos, las eventuales empresas que se especializasen en la comercialización privada de técnicas tipo NIPT–, no en quienes la reciben.

¹²⁰ El artículo 13.8 RD 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* establece que «por razones de salud pública, no se pondrán a disposición del público los productos para el diagnóstico genético». Aunque la prohibición es clara, la duda puede residir en si las pruebas para la averiguación del sexo del embrión se deben calificar de «diagnóstico genético».

¹²¹ DEVANEY *et al.* (2011): 3, mencionan que en Estados Unidos existen empresas que han empezado a ofrecer esos productos a los consumidores por internet.

— (2007), *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Comares, Granada.

ALBUJAR MORENO, Claudia Lucía (2012), «El diagnóstico genético preimplantatorio y sus implicancias ético-jurídicas como mecanismo de selección y discriminación de la vida del concebido obtenido mediante fecundación *in vitro*», *IUS. Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 4, pp. 1-25 [paginación sobre el documento PDF].

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (1988), «Resolución del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal de 1988», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 59, pp. 1327-1355.

ASRM (2015), «Use of reproductive technology for sex selection for nonmedical reasons», *Fertility and Sterility*, 103, 6, pp. 1418-1422.

— (2018), «Disclosure of sex when incidentally revealed as part of preimplantation genetic testing (PGT): an Ethics Committee opinion», *Fertility and Sterility*, 110, 4, pp. 625-627.

BRENA, Ingrid (2013), «La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica; nuevas esperanzas para la libertad reproductiva en Latinoamérica», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38, pp. 149-166.

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel (2013), *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

DEL TORO MARZAL, Alejandro (1994), «La reproducción asistida. Elección de sexo», *Cuadernos Jurídicos*, 22, pp. 52-70.

DEVANEY, Stephanie A. *et al.* (2011), «Noninvasive Fetal Sex Determination Using Cell-Free Fetal DNA. A Systematic Review and Meta-analysis», *Journal of American Medical Association*, 306, 6, pp. 1-23 [paginación sobre la versión de acceso libre en *HHS Public Access*]

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M. (2013), *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 4ª ed.

DOBERNIG GAGO, Mariana (2004), «La selección de sexo: una alternativa de las técnicas de reproducción asistida», *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 33, pp. 395-404.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2007), *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Madrid.

DONDORP, W. *et al.* (2013), «ESHRE Task Force on ethics and Law 20: sex selection for non-medical reasons», *Human Reproduction*, 28, 6, pp. 1448-1454.

EGOZCUE, José (1999), «Selección de sexo», *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, 2, pp. 18-20.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber (2003), «Algunas pinceladas de las leyes españolas sobre genética», *Opinión Jurídica*, 3, 2, pp. 53-68.

— (2011), «Voz: Diagnóstico preimplantatorio (jurídico)», en Carlos M^a ROMEO CASABONA (Director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, Granada, pp. 630-641.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (1993), *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

FARNÓS AMORÓS, Esther (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 & Perspectivas Bioéticas*, 36, pp. 93-111.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (1990), *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín (2017), «Selección de sexo en fase embrionaria: una visión desde la ciencia, la ética y el Derecho», *Ius et Scientia*, 2, 3, pp. 63-87.

LACADENA, Juan Ramón (2003), «La selección de sexo: aspectos científicos, éticos y legales», (<http://ntic.educacion.es/w3/tematicas/genetica/04articulos/indice.html>; consulta 25 abril 2019), pp. 1-9 [paginación sobre el documento Word descargable]

LEMA AÑÓN, Carlos (2003), *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Comares, Granada.

MACÍA MORILLO, Andrea (2018-1), *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Ed. Reus, Madrid.

— (2018-2), «Autonomía de la voluntad y selección embrionaria en el marco de las técnicas de reproducción asistida», *RJUAM*, 38, pp. 317-346.

— (2018-3), «El problema de la responsabilidad por falsos positivos en el diagnóstico genético preimplantacional», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 49, pp. 101-162.

— (2019), «Límites penales a la autonomía de la voluntad en la selección embrionaria mediante diagnóstico genético preimplantacional», en *Estudios penales en homenaje al Profesor Agustín Jorge Barreiro*, Cancio Meliá *et al.* (eds.), Tomo II, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 1097-1113.

MARINA, Simón (2007), «Comentario al art. 26 LTRHA. Comentario científico», en Francisco LLEDÓ YAGÜE y Carmen OCHOA MARIETA (Directores), *Comentarios a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 342-344.

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET (2003), «Documento sobre selección de sexo», Fundación privada Vila Casals, Barcelona

(<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07903.pdf>; consulta 25 abril 2019), pp. 1-46. [paginación sobre el documento PDF]

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo y ANDREU MARTÍNEZ, Belén (2007), «Comentario al art. 12 LTRHA. Diagnóstico preimplantacional», en J. A. COBACHO GÓMEZ (Director), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 435-461.

PENASA, Simone (2012), «The Italian regulation on assisted reproductive technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 37, pp. 155-178.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2005), «Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1673-1709.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (2002-1), «Consideraciones críticas sobre la regulación legal de la selección de sexo. Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 16, pp. 59-69.

— (2002-2), «Consideraciones críticas sobre la regulación legal de la selección de sexo. Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17, pp. 99-124.

PESSACH, Nirit *et al.* (2014), «The Israeli National Committee for sex selection by pre-implantation genetic diagnosis: a novel approach (2005-2011)», *Israel Journal of Health Policy Research*, 3, pp. 1-11 [paginación sobre el documento PDF].

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca (1997), «La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 6, pp. 93-110.

ROMEO CASABONA, Carlos M^e (1994) *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

SEXUAL HEALTH TEAM (2015), «Assessment of termination of pregnancy on grounds of the sex of the foetus. Response to Serious Crime Act 2015». (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/456642/sex_selection_doc.pdf; consulta 25 abril 2019), pp. 1-43 [paginación sobre el documento PDF].

SHENFIELD, F. *et al.* (2003), «ESHRE Ethics Task Force 5: preimplantation genetic diagnosis», *Human Reproduction*, 18, pp. 649-651.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2007), «El derecho a elegir el sexo de los hijos», *Diario La Ley*, 6647, D-34, pp. 1697-1709.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1991), «Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Revista General de Derecho*, 559, pp. 2535-2545.

VILLELA CORTÉS, Fabiola y LINARES SALGADO, Jorge E. (2012), «Diagnóstico prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación», *Revista de Bioética y Derecho*, 24, pp. 31-43.

Fecha de recepción: 26.04.2019

Fecha de aceptación: 20.09.2019