

# A REGULACIÓN XURÍDICA DA SELECCIÓN DO SEXO DA DESCENDENCIA

Carlos Lema Añón

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante a segunda metade da década dos oitenta e toda a década dos noventa numerosos países aprobaron un marco propio de regulación xurídica sobre reprodución asistida e outras materias relacionadas coa vida e a biomedicina<sup>1</sup>. Nalgunhas destas normativas foron incluídos preceptos relativos ás prácticas de selección do sexo da descendencia, xeralmente para restrinxilas ou prohibilas. En boa medida, o debate sobre a aceptabilidade ou non da selección de sexo tende a xirar en torno á conveniencia ou inconveniencia da súa limitación legal.

Non obstante, que o desexo ou a tentativa de seleccionar o sexo da descendencia teñan algunha relación co dereito ou que deban ser regulados xuridicamente non é de por si evidente. Na realidade, constitúe unha novidade considerábel. O feito dunha tentativa ou dunha práctica de selección de sexo non é tradicionalmente relevante para o dereito se os medios utilizados non o son, se estes medios non son antixurídicos (por exemplo o infanticidio). De feito, existe unha significativa e ininterrompida tradición de receitas populares ou eruditas para a selección de sexo cuxo rastro se pode seguir mesmo ata os nosos días<sup>2</sup>. Todas estas prácticas foron aceptadas tradicionalmente sen maior problema e non foron obxecto de reacción xurídica en ningún caso. Só cando o desenvolvemento da biomedicina e da reprodución asistida dota á selección de sexo dunha eficacia tecnolóxica notábel é que o dereito reacciona. Non o fai especificamente con relación á selección de sexo, pero si que adoita regulalo –aínda coas variacións que veremos segundo os casos- ao fío das novidosas normativas sobre reprodución asistida ou sobre diagnóstico prenatal.

Mais neste punto é preciso evitar un xuízo apresurado a partir do feito novidoso da relevancia xurídica e pública da reprodución asistida e da selección de sexo. Porque non resulta autoevidente que estas materias teñan que estar reguladas xuridicamente. Pero tampouco que non o teñan que estar.

---

<sup>1</sup> Para o caso das primeiras pódese consultar C. Lema (1998).

<sup>2</sup> Menciónanse exemplos de distintas tradicións populares en G. Larguey (1978). Alguns fitos da tradición erudita occidental pódense consultar nos textos de Hipócrates (1996, 1996b: 31), Aristóteles (1994) e do médico español do século XVI Huarte de San Juan (1989: 627), que inclúe todo un compendio de regras para lograr o nacemento de varóns. Aínda nos nosos días existen continuadores modernos desta tradición –aínda presentándoa cun verniz científico-, caso dos métodos do profesor Stolkowski e doutras receitas con máis ou menos eco popular (Debry: 1994: 193). Sobre os xogos de opostos con respecto á dualidade sexual constantes neste tipo de tradicións pódese ver F. Héritier (1996) e T. Laqueur (1990).

Algunhas veces quérese ver a intervención do dereito na cuestión da selección de sexo como un síntoma de crecente intromisión na regulación da intimidade e na “privacidade” (por usar o anglicismo a que se adoita acudir nestes casos). Mais isto resulta canto menos unha consideración unilateral e apresurada da cuestión. Existen razóns significativas para soste que a “nova selección de sexo”, aquela que vai alén das vellas receitas tradicionais, introduce novidades que fan relevante a súa problematicidade pública e político-moral. Por outras palabras, que existe un paso dunha enorme transcendencia entre a receita tradicional e a aplicación da tecnoloxía biomédica nun contexto altamente socializado e con relevancia pública.

Existe tres razóns relevantes, certamente relacionadas, mais referidas a diferentes planos da cuestión: a crecente eficacia das técnicas, a súa relativa “suavización” e as súas implicacións euxeicas.

A crecente eficacia das técnicas é clara. Resulta, ademais, o elemento máis intimamente ligado cos avances da biomedicina. Significa pasar a falar de métodos con base científica sólida, tecnicamente eficaces (aínda que non sexa cunha eficacia do 100%), e relativamente libres de efectos indesexados, fronte á limitada fiabilidade das receitas tradicionais<sup>3</sup> ou á brutalidade do infanticidio selectivo. As formas tecnoloxizadas de selección de sexo desenvolvidas progresivamente son tres: a selección postimplantatoria dos fetos, a selección preconceptiva *in vitro* dos espermatozoides, e a selección preimplantatoria dos embrións<sup>4</sup>. A *selección postimplantatoria* significa o aborto dos fetos do sexo non desexado. Con ser un método relativamente primitivo desde o punto de vista técnico (ademais de cuestionábel do punto de vista moral e mesmo xurídico) exixe non obstante a existencia de técnicas de diagnóstico prenatal relativamente complexas (tales como a ecografía ou a amniocentese). Polo contrario, a *selección preimplantatoria in vitro* dos embrións é a técnica máis complexa tecnicamente e foi a última en se desenvolver. Realízase no marco dunha fecundación *in vitro*, mediante a determinación do sexo dos embrións previamente fecundados *in vitro*, e a transferencia para a súa xestación unicamente dos embrións que teñan o sexo escollido. Por último, a *selección preconceptiva in vitro* dos espermatozoides é seguramente a técnica máis utilizada hoxe en día. A razón é que presenta unha taxa de éxito relativamente elevada, pero sen ter os inconvenientes das dúas anteriores: nin do punto de vista da morte de embrións ou fetos, nin do punto de vista dos efectos secundarios para as mulleres. A diferenza das dúas anteriores, non se trata de escoller unha vez realizada a fecundación, senón que se busca a concepción dun ser do sexo escollido. Para isto utilízanse diferentes métodos de filtraxe química ou mecánica que permite discriminar nalgunha medida entre os espermatozoides portadores do cromosoma X e os portadores do cromosoma Y, que determinan respectivamente o sexo feminino e masculino. Unha vez efectuada a selección, procederíase á inseminación artificial (ou á fecundación *in vitro*, malia que en principio non sería necesario recorrer a esta técnica moito máis complexa).

A segunda das razóns aducidas para xustificar a novidade da selección de sexo tecnoloxizada era, dicíamos, a relativa “suavización” das técnicas. Anteriormente as formas “suaves” de selección eran pouco fiábeis. Como temos visto, non pasaban de meras receitas máxicas ou de prácticas pouco sustentadas cientificamente. En troques, as formas realmente eficaces eran brutais: o infanticidio selectivo ou o abandono de

---

<sup>3</sup> Con ser limitada –e esta observación vale tamén para os métodos modernos– ata o método máis absurdo e menos fiábel parte dunhas posibilidades de éxito do 50%, como é doado comprender.

<sup>4</sup> Pola súa parte, os métodos anteriores á introdución das tecnoloxías da reprodución só podían estar baseados na selección posnatal (isto é, o infanticidio), ou a selección preconceptiva *in vivo*: as diferentes receitas con maior ou menor fundamento, baseadas na dieta, ou outros parámetros. Sobre os vellos e novos métodos de selección de sexo pódese consultar G. Larguey (1978), Y. Englert (1993), J. Dehry (1994: 192-193) e D. Wertz (1995).

recén nados. Entre os métodos modernos, non tanto o aborto selectivo tras diagnóstico prenatal, mais a selección preconceptiva dos espermatozoides resulta unha técnica incomparabelmente menos agresiva. Esta “suavización” ten canto menos dúas consecuencias inmediatas. En primeiro lugar o debate trasládase dos medios aos fins. Na medida en que as técnicas se tornan menos agresivas, é posíbel realizar a selección de sexo sen recurso a accións directamente rexeitadas ou controvertidas do punto de vista moral ou mesmo xurídico. Con isto, o debate trasládase progresivamente á cuestión da bondade ou maldade (intrínseca ou en atención ás súas consecuencias) da propia selección de sexo<sup>5</sup>. En segundo lugar isto ten unha consecuencia importante en canto á demanda que se cría con respecto a estas prácticas. As razóns ou a compulsión para realizar unha práctica de selección de sexo tiñan que ser de moito peso se esta podía significar un custo psicolóxico importante, unha eventual condena social ou mesmo unha forte sanción xurídica. Isto non significa que estas prácticas estivesen ou estean descartadas: estas razóns e compulsións –de tipo material ou cultural en proporcións variábeis- teñen existido e existen. Verémolo no seguinte punto no caso da India, e para evitar a tentación de consígnalo como algo pintoresco ou propio da barbarie do *outro* convén lembrar que o infanticidio directo ou indirecto foi practicado constantemente en Europa desde a época greco-romana ata o século XIX (Harris, 1987: 101)<sup>6</sup>. Porén, unha vez que está dispoñíbel unha técnica que evita estes custos, as compulsións non teñen que ser tan importantes, ao tempo que pode aumentar o número de persoas –ou parellas- que decidan traducir as súas preferencias nunha escolla voluntaria. Ademais, no caso dos desenvolvementos técnicos no campo da biomedicina, e moi particularmente no ámbito da reprodución, faise realidade a *lei de Say*, segundo a cal a oferta cría a súa propia demanda. É dicir, son na realidade os desenvolvementos e as posibilidades técnicas os que inculcan necesidades e desexos, por máis que os seus aplicadores se empeñen –a efectos de lexitimar o seu labor- en sosteren o contrario. A mercantilización e os beneficios económicos ligados a este novo mercado fan o resto.

Isto lévanos á terceira das razóns mencionadas, ás implicacións euxeónicas. O agardábel incremento da demanda deste tipo de actuacións tecnolóxicas fai que esteamos perante un problema que xa non é meramente individual. Pero ademais, estamos perante unha práctica que en certo sentido adianta o que se prevé como unha crecente capacidade de intervención tecnocientífica na realidade biolóxica dos seres humanos. Neste caso non se trata *aínda* dunha modificación consciente da propia evolución biolóxica<sup>7</sup>, pero si unha determinación das características da descendencia aínda dentro das (dúas) posibilidades existentes. Aínda con esta limitación, o caso da selección de sexo ben podería ser paradigmático ou polo menos esclarecedor de futuras cuestións ligadas ao que se ten chamado *reproxenética*, é dicir, a previsíbel unión futura entre a bioloxía (e a medicina) reprodutiva e a xenética. Pero mesmamente limitándonos ao caso da

<sup>5</sup> Isto non significa, por suposto, nin que as técnicas sexan totalmente indiscutíbeis, nin que estean isentas de consecuencias indesexábeis, o que pode ser ou non o caso.

<sup>6</sup> Non obstante, mesmo perante estas prácticas, os observadores acomodados tendían a moralizar e a se espantar perante a depravación do *outro*. Neste caso non bárbaro, o estranxeiro, senón o pobre. Nestes casos, a atribución dunha depravación deliberada a estas condutas era máis doada que tentar comprender os efectos da miseria endémica. Así podíase manifestar unha preocupación social sen ningún compromiso de introducir trocos económicos e sociais de fondo (Harris, 1987: 103).

<sup>7</sup> Modificación que desde algunhas perspectivas se comeza a postular como desexábel e/ou como inevitábel (Hottois, 1991; Silver, 1998). Non obstante, perante esta perspectiva mesmo habería que pór en discusión a propia cualificación de “consciente” que temos utilizado para nos referir á evolución. Porque consciente será a intención de modificar a evolución, que non os seus resultados, sempre submetidos a unha incerteza incliminábel do punto de vista científico. Os inesperados resultados no medio que teñen producido xa algunhas intervencións humanas nesta liña deberían ser un chamado á prudencia perante a complexidade do mundo biolóxico e das interaccións ecolóxicas. Isto mesmo no mundo ideal; no mundo real están tamén a humana tendencia á trapallada, os azares incliminábeis e as distorsións introducidas polo modo de produción capitalista (Riechmann, 2000: 73).

selección de sexo, tense achegado a cuestión das súas consecuencias euxénicas e –nesta medida– da súa relación co sexismo. Así, tense lanzado a pregunta de se as tecnoloxías de selección de sexo non serán un camiño cara ao *feminicidio* (“a path to femicide”) (Holmes e Hoskins, 1987).

Considero que estes tres argumentos abundan para situarmos a perspectiva non tanto na intromisión xurídica na vida privada das persoas<sup>8</sup>, como nun contexto en que a práctica da selección de sexo (e en xeral de outras técnicas de reprodución asistida) se desprazou desde a intimidade a un espacio con implicacións públicas. Desde logo que isto non lexitima calquera tipo de intervención xurídica, nin desde logo exclúe a crítica dos mecanismos que partindo do horror ao vacío xurídico tentan que nada escape ao dereito e ás súas previsións.

Non obstante é preciso non indetificar apresuradamente “liberdade procriativa” (un dos *topoi* máis utilizados na defensa da selección de sexo) como ausencia de lexislación sobre o particular e ausencia de intervención do estado en calquera forma, entendendo así “liberdade procriativa” ao estilo das liberdades clásicas fronte ao estado. A “liberdade procriativa” é *tamén* iso, mais *non só* iso. Será preciso voltar sobre estas cuestións, mais desde agora hai que chamar a atención sobre o exemplo que se analizará a continuación, como un caso claro en que a garantía da liberdade reprodutiva en materia de selección de sexo pasa máis pola intervención estatal que pola ausencia de lexislación.

## 2. A REGULACIÓN DA SELECCIÓN DE SEXO NUN CONTEXTO DE FORTE PREFERENCIA POLOS VARÓNS: O CASO DA INDIA

O caso da India é de particular interese por canto representa o exemplo dun contexto social en que a introdución das tecnoloxías reprodutivas que permiten a selección de sexo fíxose nun marco de forte preferencia polos varóns e en que as formas tradicionais de selección de sexo tiñan unha importante vixencia, mesmo nas súas manifestacións máis violentas. A violencia do patriarcado neste contexto alcanzaba graos que mesmo significaban un desequilibrio demográfico sensíbel entre homes e mulleres no conxunto do país.

O primeiros censos de poboación efectuáronse na India na segunda metade do século XIX, durante a dominación colonial británica. Xa nese momento se fixo patente unha menor presenza de mulleres que de homes entre a poboación, aínda que con grandes diferencias rexionais canto á magnitude dese desequilibrio. Ao comezo, eses resultados foron atribuídos a erros no recento, ocasionados pola menor visibilidade social das mulleres. Mais a forza de se repetiren en sucesivos recentos e en estudos polo miúdo efectuados en zonas concretas chegouse á conclusión de que o déficit de mulleres era real e de que, ademais, estaba relacionado entre outros motivos co infanticidio feminino. Achouse ademais que o déficit se producía sobretudo no noroeste do país, mentres que era case inexistente no sul e no nordeste. Por outra banda, determinouse que o infanticidio non era practicado uniformemente e que, ademais da limitación territorial, se restrinxía a certas castas terratenentes medias e altas. Co tempo, comezaron a se realizar esforzos gubernamentais para suprimir estas prácticas: tipificouse o infanticidio como un delito colectivo sancionábel con multas impostas a cada localidade en

---

<sup>8</sup> Seguramente o paradigma da perspectiva de análise baseada na privacidade e nos dereitos reprodutivos individuais sexa a de J. Robertson (1994).

que o censo indicase un déficit alto de mulleres. A imposición deste tipo de sancións tivo un rápido efecto, xa que criou un incentivo para a protección das nenas na totalidade do grupo da casta dominante de cada localidade. O resultado foi que o infanticidio feminino comezou a diminuír (Kishwar, 1987: 31).

Malia que estas medidas fixeran diminuír as formas máis abertas de violencia contra as nenas e reduciran a mortalidade nas zonas e entre as castas en que existía un desequilibrio máis grande, non rematou aquí o problema. Estas medidas non afectaban ás prácticas –máis amplamente estendidas– de atención negligente con respecto ás nenas: desde a discriminación sistemática na alimentación ata a desatención no coidado da saúde (o que se constata no feito de ser con frecuencia o duplo o número de ingresos hospitalarios de nenos que de nenas, a pesar de que o maior número de desordes nutricionais das nenas exixía precisamente o contrario).

De feito, a desproporción entre homes e mulleres, lonxe de ter desaparecido, incrementouse durante o século XX tanto en termos absolutos como en termos relativos. Mentres o censo de 1901 amosaba unha proporción de 972 mulleres por cada 1.000 homes, no de 1981 o desequilibrio aumentara ata 935 mulleres por cada 1.000 homes, o que en termos absolutos significaba, ademais, pasar dun déficit de 3 millóns a outro de 22 millóns de mulleres (Kishwar, 1987: 32)<sup>9</sup>. Segundo os datos de 1998, a cifra mantíñase aproximadamente nas 935 mulleres por cada 1.000 homes (o que significa que nestes anos non se avanzou cara ao reequilibrio), pero as cifras absolutas indican que o déficit xa se eleva a máis de 33 millóns de mulleres (cadro 1)<sup>10</sup>.

**Cadro 1**  
**Desequilibrio entre sexos na poboación da India durante o século XX.**

	1901*	1981*	1998
Mulleres por cada 1.000 homes	972	935	934,5
Déficit absoluto de mulleres	3.000.000	22.000.000	33.000.000

\* Censos de poboación oficiais.

Fonte: Elaboración propia a partir de datos incluídos en M. Kishwar (1987) e World Factbook 1998.

<sup>9</sup> Isto representa unha fracción importante dentro da tráxica cifra global de “mulleres desaparecidas” que ten denunciado Amartya Sen (1990). Como se pode estimar no cadro 2 –con datos de 1998– outros 40 millóns de mulleres “faltan” en China.

<sup>10</sup> Hai varias formas de exprimir a relación entre sexos dentro dunha poboación determinada. É preciso telo en conta por canto unhas ou outras formas poden inducir a impresións diferentes aínda partindo das mesmas cifras. Unha forma é tomar unha base (cen ou mil) de habitantes dun determinado sexo e indicar o número de habitantes do outro sexo, que é o que levamos feito ata agora. Pero a outra forma consiste simplemente en dividir o total de habitantes dun sexo entre o total de habitantes do outro: en lugar de dar x mulleres por mil homes (por exemplo), daría x mulleres por home (ou viceversa). Esta forma é igualmente adecuada do punto de vista estatístico e matemático, pero pode resultar menos rechamante e significativa. Loxicamente, nesta segunda forma as cifras sempre ronda o 1. Pero as centésimas son sumamente importantes: unha diferenza dunha décima (sobre todo se é para o total de poboación e non para unha faixa de idade) é elevadísima. A conversión desta forma á anterior é moi doada: é preciso simplemente multiplicar a cifra por cen ou mil segundo a base que queiramos tomar. Para ilustrar esta cuestión, nos cadros utilizarase tamén esta segunda forma.

## Cadro 2

## Comparación dos balanzos entre sexos en distintos países

Homes por muller

(entre paréntese a percentaxe da poboación que está na faixa de idade aludida).

	India	China	España
Ao nacer	1,05	1,05	1,07
Deica os 15 anos	1,06 (34%)	1,13 (26%)	1,06 (15%)
15 a 65 anos	1,08 (61%)	1,07 (68%)	1,00 (69%)
Máis de 65 anos	1,04 (5%)	0,88 (6%)	0,71 (16%)
Sobre o total de poboación	1,07 (100%)	1,07 (100%)	0,95 (100%)

Nota: Por motivos biolóxicos, en ausencia de circunstancias especiais que incidan sobre o particular, nace un número lixeiramente superior de nenos que de nenas.

Fonte: Elaboración propia a partir de datos obtidos do World Factbook 1998.

Con carácter xeral, os estudos antropolóxicos realizados suxiren que as prácticas de infanticidio, ben sexa activo ou por negligencia, pódense remitir en moitos casos a presións demográficas e ecolóxicas (Harris-Ross, 1987). Pero remitir non significa que se podan establecer relacións de causalidade directas, nin que se poda prescindir do entramado de representacións culturais que permiten ou fomentan estas prácticas. Particularmente, en canto a mediación dos grupos humanos coa natureza se fai máis complexa do punto de vista técnico e da organización social da produción (canto máis amplas se fan as mediacións intrasociais), e en canto –polo menos no que respecta a determinadas camadas sociais- se excede o estadio da produción para a mera subsistencia, cabe pensar que as referidas pautas culturais se fan máis complexas e se autonomizan relativamente da lóxica das presións naturais ou produtivas máis inmediatas.

Desde logo hai que abandonar a tentativa de explicar simplemente estas prácticas como en calquera caso (ou *a priori*) vinculadas á necesidade e á pobreza. De entre os datos xa mencionados pódese albiscar este feito: por exemplo o incremento do desequilibrio demográfico entre homes e mulleres durante o século XX, ou a maior presenza de prácticas infanticidas en estratos sociais terratenentes medios e altos que entre os máis pobres. A isto pódese engadir un dato máis: se considerarmos a relación entre o número de mulleres e homes en diferentes rexións da India, atopámonos con que non se produce unha correlación entre tal relación e a pobreza<sup>11</sup>.

Un estudio relativamente recente de localidades en que as reformas agrarias significaron o acceso á terra e un maior grao de benestar dos seus poboadores comparadas con outras en que a falla de terra mantivera a pobreza confirmaron –contra pronóstico- este feito. Nas localidades máis pobres o grao de malnutrición infantil era lóxicamente maior, pero a taxa de malnutrición relativa das nenas era moito máis alta que a dos nenos nos lugares en que se experimentara a reforma agraria e existía maior pros-

<sup>11</sup> Por exemplo, a *ratio* de mulleres por home nos estados de Punjab e Haryana, que se atopan entre os máis ricos da India é significativamente baixa (0,8), mentres que no estado de Kerala no sudoeste a correlación é de 1,03, similar á europea. Por outra parte, na África subsahariana, a pesar da extrema pobreza, a relación é de 1,02 (A. Sen, 1990).

peridade. Isto pódese explicar na medida en que case todos os beneficios da prosperidade económica –incluíndo mellor alimentación e atención sanitaria– foran destinados aos nenos varóns (Kishwar, 1987: 33).

Para M. Kishwar –de quen tomamos estes últimos datos– a explicación do fenómeno pasa pola degradación da consideración das mulleres que provocou o fenómeno do acceso á propiedade agraria<sup>12</sup>. A titularidade da nova propiedade agraria tería sido adquirida polos cabezas de familia varóns e as mulleres, de seren vistas como traballadoras pobres sen terra gañando un xornal igual e a carón dos seus homes, pasarían a ser simplemente esposas dun pequeno propietario e, nesta medida, dependentes<sup>13</sup>. A explicación que ofrece A. Sen pode ser vista como unha xeneralización deste caso. Este autor rexeita as explicacións do déficit de mulleres baseadas simplemente na pobreza e no subdesenvolvemento (xa se viu que tal explicación resulta contrafáctica) ou en factores culturais (a “diferencia oriental”). Sostén, en troques, que o estatus e o poder das mulleres ten moito a ver co seu papel na economía familiar e coa súa independencia. Así, salienta a percepción sobre quen realiza no seo dunha familia traballos “produtivos” ou quen “contribúe” máis á economía familiar, de forma que a situación da muller é menos desfavorábel dentro da familia se obtén ingresos fóra do lar, se o seu traballo é recoñecido como “produtivo” (máis difícil no caso do traballo doméstico), se ten recursos propios a que botar man e se é consciente da súa propia discriminación. Neste sentido, observa a existencia dunha relación entre as distintas taxas de supervivencia das mulleres e os índices de traballo fóra de casa, os cales non están necesariamente en relación directa co desenvolvemento económico ou a riqueza (Sen, 1990).

Sexa como for, o máis importante é que non podemos considerar que todos estes fenómenos en que a violencia do patriarcado se manifesta de forma tan brutal sexan residuos do pasado. Nin son restos do pasado, nin son manifestacións directas da miseria e da ignorancia: o progreso económico (do que ademais están excluídas grandes masas no país) non constituíu unha causa do decrecemento do fenómeno, senón todo o contrario, como nolo confirma o incremento do desequilibrio demográfico durante o século XX. Temos que considerar que estamos máis perante fenómenos modernos que perante pervivencias tradicionais, pois aínda que conecten con prácticas e representacións patriarcais anteriores, distan de estar en declive<sup>14</sup>.

Neste contexto, as tecnoloxías de selección de sexo introducíronse na India rapidamente nun ambiente moi favorábel á selección e axiña se difundiu polo país unha oferta privada destes servizos, comezando polas zonas máis desenvolvidas e estendén-

<sup>12</sup> Aínda que aquí utilizemos o concepto para maior simplicidade, na realidade a nosa noción de “propiedade” (sobre todo a inmobiliaria) non é en rigor aplicábel automaticamente para describir as fomas de acceso á terra e os diferentes “dereitos subxectivos” sobre que la que teñen rexido na India. Cf. Dumont (1989: 27).

<sup>13</sup> Seguramente –e isto é algo que implicitamente parece recoller Kishwar– a discriminación e atención negligente das nenas por parte dos novos pequenos propietarios prodúcese tamén como imitación das pautas de actuación e dos valores das vellas castas terratenentes, entre as cales estaba estendido o infanticidio indirecto e a atención negligente. Por outra parte, quizais sexa posíbel avalialo na perspectiva do control da poboación, non dirixido a garantir directamente a supervivencia ou o nivel de vida senón a integridade da propiedade; para isto, porén, sería preciso examinar os hábitos e as institucións tanto sucesorias como matrimoniais (especialmente as institucións do dote, as pautas de residencia posmarital, etc.). De feito, algúns observadores destacan como os elevados dotes –que na realidade constitúen unha importante transferencia económica dunha familia a outra– teñen un importante papel na explicación do incremento do déficit, pois o consumismo disparou as cantidades, que significan mesmo o endebedamento ou a hipoteca dos bens familiares. Pódese ver isto moi graficamente no libro de viaxes de Pastor Petit (1997: 120 ss.).

<sup>14</sup> A violencia contra as mulleres que se xera desde a preferencia polos fillos varóns non é só a directa, a da discriminación material contra as nenas. É dicir, a atención negligente na alimentación, a desatención sanitaria (palpábel na ausencia de nenas nos hospitais), ou o infanticidio directo (xeralmente por asfixia). As mulleres pódense tamén ver desprezadas e rexeitadas (ás veces repudiadas) se non paren fillos varóns.

dose mesmo fóra das cidades. En Bombai, por exemplo, estableceuse moi cedo desde o desenvolvemento da técnica un centro en que se aplicaba a novidosa técnica da selección preconceptiva de espermatozoides. Era unha filial da empresa Gametrics Ltd., establecida polo doutor Ericsson, inventor da técnica, que tiña establecido medio cento de filiais por todo o mundo, incluíndo varios países do terceiro mundo con forte preferencia polos fillos varóns (Mies, 1998: 57)<sup>15</sup>. De todas formas, a técnica máis amplamente utilizada foi o diagnóstico prenatal (ecografía ou amniocentese) seguido do aborto dos fetos femininos. Por exemplo, a práctica totalidade dos 51.914 abortos que realizara unha coñecida clínica de Bombai, practicáranse despois dunha proba para determinar o sexo (Mies, 1998: 57). O relativamente sinxelo da técnica e a menor resistencia psicolóxica que outros métodos máis brutais contribuíu á extensión dunha práctica abertamente anunciada na prensa<sup>16</sup>.

Desde o momento en que estes métodos se estenderon, as campañas feministas conseguiron trasladar a preocupación ás autoridades, non só polo controvertido do método, senón tamén pola falla de control da actividade e os riscos que supuña (mesmo pola súa realización en condicións inadecuadas). Algúns estados prohibírono e finalmente en 1994 foi prohibido en todo o país: en decembro dese ano aprobouse unha lei sobre técnicas de diagnóstico prenatal<sup>17</sup>. Aínda tratándose dunha lei sobre o diagnóstico prenatal en xeral, é evidente que os seus obxectivos ían en boa medida directamente dirixidos a evitar a detección e selección de sexo mediante diagnóstico prenatal.

A lei restrinxe moito e de forma estrita os casos en que se permite o diagnóstico prenatal: só para a detección dunha serie de anomalías (entre as cales as doenzas xenéticas ligadas ao sexo), sendo preciso que se dé algunha situación especial de risco que o xustifique. Pero as limitacións directamente dirixidas a evitar a selección de sexo son aínda máis estritas. Está prohibida a realización das técnicas de diagnóstico prenatal destinada a determinar o sexo do feto; pero tamén informar á muller ou aos seus familiares sobre o sexo aínda nos casos de diagnóstico permitidos. Igualmente está prohibido anunciar a dispoñibilidade das técnicas de determinación do sexo, baixo penas de prisión e multas. Outra interesante particularidade da lei –xa que indica as preocupacións latentes na súa aprobación– está na busca do control sobre as familias e cónxuxes das mulleres embarazadas, prevendo que serán estes quen as obriguen a se submeter ao diagnóstico. Particularmente rechamante é o feito de que se chega a establecer a presunción, salvo proba en contrario, de que a muller embarazada foi forzada polo seu home ou pola súa familia a se submeter ás probas, polo que serán estes os responsábeis penais.

Evidentemente a lei quíxolle pór límite á grande expansión das técnicas de diagnóstico prenatal como medio de selección de sexo e tamén como práctica a que se ven forzadas contra a súa vontade moitas mulleres. Mais xorden unha serie de dúbidas. E non a penas referidas a cuestións de principios, é dicir, á discusión sobre as cuestións éticas e políticas relativas á regulación da selección de sexo. As dúbidas son xa as derivadas da posíbel eficacia das disposicións mencionadas (da súa capacidade de acadar os

---

<sup>15</sup> Máis que das brillantes posibilidades do negocio, o médico encargado afirmaba que se trataba dun método eticamente máis aceptábel que o aborto de fetos femininos. Máis claros eran os promotores dunha clínica cuxa apertura en Arabia Saudí era anunciada na prensa en 1997: o médico británico que a dirixía xustificaba o emprazamento nas boas perspectivas de negocio en Asia, onde se daba moita importancia “á continuidade da liña masculina da familia”. Ao tempo, pretendía sortear a lexislación británica, restritiva neste punto.

<sup>16</sup> Abertamente, pois nin sequera se ocultaba a finalidade baixo o manto do “diagnóstico”: “Fai este teste se non queres ter unha filla indesexada”, anunciábase nun xornal; “500 rupias aforraranlle 50.000” dicía outro: 500 rupias que custa a operación aforrarán o mínimo de 50.000 que custaría o dote.

<sup>17</sup> Lei nº 57 de 20 de decembro sobre regulación e prevención da utilización abusiva do diagnóstico prenatal. O texto completo aparece recollido en C. Romeo (1997: 305-328).



obxectivos para os que foron ditadas), así como das posíbeis consecuencias non desexadas que poden xerar.

Naturalmente a resposta a estas dúbidas só podería darse a través dun estudio sociolóxico empírico. Só en tal caso se podería respostar a isto, aínda asumindo a dificultade de establecer criterios de valoración obxectivos. Na medida en que non temos constancia de estudos deste tipo, cabe simplemente enunciarnos os interrogantes e tomalos coa debida precaución.

En primeiro lugar, cabe pensar que quizais a prohibición da realización destes testes –como por experiencia se ten constatado en casos similares– poda levar a que sexan practicados de forma semiclandestina (así como os abortos que os acompañarían) de xeito que sen evitar estas prácticas, estas se fagan máis perigosas para a saúde e a integridade das mulleres que as realizan (ou que se ven forzadas a facelo). En segundo lugar, podemos pensar que isto non resolve o problema na medida en que non redundará en ningún beneficio para as “nenas non desexadas”, da mesma forma que no seu momento a represión das formas directas de infanticidio non significou un aumento nas posibilidades de supervivencia das nenas. Poderíase pensar que a prohibición do teste e da selección antenatal non será impedimento nos casos en que a decisión de non criar unha nena sexa firme, ou polo menos o suficiente como para recorrer a outros métodos<sup>18</sup>.

Estas últimas consideracións, aínda tomadas con todas as precaucións, amosan aínda máis a complexidade do problema e das súas posíbeis solucións, que seguramente deberán pasar por unha mudanza substantiva da situación e o papel das mulleres. Pero dicir isto non é optar pola solución doada e expeditiva ou polas boas intencións: a partir deste punto veñen as dificultades. Sería van seguir especulando nun terreo no que ademais se cruzan multitude de diferencias e situacións de clase, rexionais e culturais. Ao cabo estamos a falar de case mil millóns de persoas, e se a isto engadimos China –do que non temos falado pero cuxas cifras son comparábeis (véxase o cadro 2)- falamos dun tercio da humanidade. Con elas, de máis de setenta millóns de “mulleres ausentes”.

### **3. A REGULACIÓN DA SELECCIÓN DO SEXO EN EUROPA OCIDENTAL**

Na discusión sobre a conveniencia de establecer limitacións xurídicas á posibilidade de selección tecnolóxica do sexo da descendencia, é frecuente contrapor situacións de países como a India, en que existe unha forte preferencia polos varóns, e os países occidentais en que non existiría esta preferencia ou estaría máis atenuada. Aínda que non é o momento de avaliar a pertinencia deste argumento, hai que admitir o feito de que en ocidente a preferencia polo varón é menos forte e non adoita se manifestar en formas tan dramáticas; por outro lado, non é de tal calibre como para supor desequilibrios demográficos sensíbeis entre sexos atribuíbeis a este motivo. Non obstante, isto tampouco significa que a preferencia non exista, ou que non se puidese ver fomentada precisamente pola introdución e promoción destas tecnoloxías.

De calquera xeito, varios países europeos xa teñen considerado a cuestión o suficientemente relevante como para proceder á súa regulación xurídica, xeralmente no

---

<sup>18</sup> Polo contrario poderíase dicir que a prohibición de testes de sexo seguidos de aborto contribúe a incrementar a consideración das nenas do punto de vista simbólico, no sentido de evitar unha banalización do feito de abortar fetos femininos. Pero o contrario tamén pode ser certo. Unha vez que as prácticas contra as nenas xa se realizan, non contar con alternativas menos extremas podería manter ou incrementar a insensibilidade moral e psicolóxica cara ao feito da súa morte.

marco de leis máis xerais sobre reprodución asistida ou sobre protección de embrións humanos. Mesmo a nivel supranacional un convenio promovido polo Consello de Europa inclúe unha referencia explícita á cuestión, avogando pola limitación da selección de sexo. Malia ser máis recente que a maioría das leis estatais, cumpre comezar a exposición precisamente por este convenio. Trátase da *Convención para a protección dos Dereitos do Home e da dignidade do ser humano perante as aplicacións da bioloxía e da medicina* (tamén coñecido como *Convenio de Oviedo*), aprobado polo Comité de Ministros do Consello de Europa en abril de 1997, e aínda en proceso de ratificación antes de adquirir forza vinculante<sup>19</sup>. O seu artigo 14 prohibe a utilización de técnicas médicas para a selección do sexo con excepción dos casos en que se trate de evitar unha enfermidade grave<sup>20</sup>. Trátase este dun criterio sumamente estendido na regulación xurídica da selección de sexo: limitación só a aqueles casos en que se xustifique para evitar a transmisión dunha enfermidade ligada ao sexo.

Cumpre explicitar minimamente cales son estes casos: existen unha serie de doenzas xenéticas ligadas ao sexo, é dicir, en que só se verán afectadas as persoas dun sexo determinados (en principio o masculino). Son as causadas por un defecto no cromosoma X e son tipicamente transmitidas polas nais portadoras do defecto (que non padecen a doenza) aos seus fillos varóns que terán un 50% de posibilidade de se veren afectados. Teñen sido identificadas unhas 300 determinacións “ligadas ao sexo” (ao cromosoma X); entre todas supoñen un 0,6% de todos os defectos monoxénicos (é dicir, os que son resultados dun só xen; non son os máis numerosos, pero si os máis doadamente identificábeis) (Fellous, 1995: 297).

Tan estendido está o criterio de admitir este caso de selección de sexo, que aínda que existen países que non teñen regulado nada sobre o particular, todos os que o teñen feito permiten a selección de sexo co obxectivo de evitar a transmisión de doenzas deste tipo. É mesmamente o adoptado por Alemaña, que non obstante conta cunha das regulacións máis restritivas en materia de reprodución asistida e é especialmente renuente a aceptar prácticas de tipo euxénico (debido seguramente á lembranza das atrocidades nazis). Mais é ben claro que a aceptación da selección de sexo nestas circunstancias é claramente un caso de euxenismo do chamado negativo<sup>21</sup>. É importante ter isto presente. Non porque tal motivo o fuga rexeitábel, senón para evitar confusionismos como o da lei española, que fala neste caso de fins terapéuticos (para evitar unha expresión incómoda como “fins euxénicos”), cando é claro que en absoluto se trata de práctica terapéutica ningunha. É unha práctica euxénica, se ben non coa finalidade de “protexer a raza”, senón de evitar a transmisión dunha doenza.

A lei alemana, por certo, partilla neste punto coa lei española e coas outras leis europeas a característica dunha defectuosa redacción que xera importantes dificultades. Moito máis no caso alemán, pois ao se tratar dunha lei penal imposibilita interpretacións analóxicas que arranxen a desfeita do lexislador. Así, a lei alemana tipifica como delito o tentar “fecundar un óvulo humano” cun espermatozoide que teña sido seleccionado en función do sexo. Pero con isto só atinxe o caso da fecundación *in vitro*, xa que no caso da inseminación artificial –por outro lado a técnica máis frecuente e doada para a selección de sexo– dificilmente se pode interpretar, sen recorrer á analoxía, que a con-

---

<sup>19</sup> Aínda que unha maioría de estados europeos teñen asinado o convenio conta tamén con ausencias salientábeis como Alemaña, Reino Unido e Bélxica.

<sup>20</sup> “Non se admitirá a utilización das técnicas de asistencia médica á procreación para elixir o sexo da persoa que vai nacer, excepto cando sexa preciso para evitar unha enfermidade hereditaria grave ligada ao sexo”.

<sup>21</sup> Sobre a distinción entre tipos de euxenesia e para un tratamento da cuestión pódese remitir a Pichot (1997), Romeo (1999) ou Susanne (1999).

duta consista en tentar fecundar un óvulo. Paralelamente, tampouco está contemplada a conduta que temos descrito como “selección preimplantatoria”, pois nese caso xa non se seleccionan espermatozoides, senón directamente os embrións. Poderíase tentar aplicar outros artigos da lei a este último caso, pero tampouco parece que se poda facer sen forzar excesivamente a interpretación. Quizáis a simple posibilidade de que se poda forzar a interpretación (ou de que o fagan os tribunais) sirva como elemento disuasorio, máis a redacción da lei segue a ser desastrosa.

O mesmo se pode dicir das lexislacións de Noruega e Dinamarca: tamén acollen o criterio sustantivo consistente na prohibición xeral salvo para evitar a transmisión de doenzas hereditarias ligadas ao sexo. E tamén conteñen deficiencias na redacción que deixan determinados casos sen atinxir. O defecto da redacción norueguesa é inverso ao alemán. Ao prohibir o “exame dun óvulo fecundado para seleccionar o sexo” deixa fora a conduta de selección preconceptiva de espermatozoides, seguramente contra a intención dos lexisladores. No caso dinamarqués, pola súa banda, prohibese a “selección de células espermáticas ou óvulos co propósito da selección de sexo previa á implantación no útero da muller”. Neste caso, a referencia á implantación parece referirse só á fecundación *in vitro* e deixar fóra a inseminación artificial (que xa temos dito que é a técnica máis utilizada)<sup>22</sup>. Ademais é inútil falar de selección de óvulos (pois todos teñen o cromosoma X e non hai nada que seleccionar), salvo se por óvulo se entende “óvulo fecundado”. Pero mesmo así é restritivo, xa que non incluíría o caso en que o óvulo se divide, que é precisamente o período no que se realizan probas diagnósticas para determinar o sexo, o que deixa fóra de seren atinxidos pola lei a todos os supostos significativos.

As referencias expresas nas lexislacións europeas limítanse ás mencionadas. Non obstante, non sempre unha ausencia de referencia expresa significa non tomar opción. Vexámolo en exemplos contrarios: Austria e Francia excluindo a posibilidade e o Reino Unido admitíndoa.

Así, aínda que a lei austriaca non fai referencia expresa á selección de sexo, esta pódese considerar excluída a teor do réxime xeral de regulación da reprodución asistida. Por un lado por canto só permite recorrer á reprodución asistida en caso de esterilidade, o que dalgunha forma exclúe a selección de sexo<sup>23</sup>. Por outro, canto que as limitacións establecidas para a manipulación de embrións *in vitro* impeden a selección preimplantatoria. No caso francés tampouco existe unha referencia normativa directa, o que resulta rechamante tendo en conta a minuciosidade da batería de leis aprobada en 1994. Existe unha limitación xeral introducida no artigo 16.4 do código civil prohibindo toda “práctica euxenésica dirixida á organización da selección das persoas”. De todas formas, trátase dunha previsión moi xeral e de aplicación canto menos discutíbel

<sup>22</sup> Ao igual que no caso noruegués semella tratarse dunha deficiente redacción da lei, pois non parece lóxico prohibir a selección de sexo no caso de fecundación *in vitro* e non facelo en caso de inseminación artificial. Non obstante tampouco se pode descartar: pode que o que se queira evitar non sexa tanto a selección de sexo en si como o feito de que se desboten embrións do sexo non desexado. Mais de ser isto así sería contradictorio co Convenio de Oviedo -no caso de Dinamarca que é asinante-, pois o convenio opta pola prohibición xeral da selección de sexo con independencia do método aplicado. E ademais non tería sentido en tal caso prohibir a selección de espermatozoides. Por todo iso, inclinámonos a pensar que se trata de senllos defectos nas respectivas leis.

<sup>23</sup> A opción de considerar que a limitación aos casos de esterilidade exclúe a selección de sexo parece ser a opción tomada por varios lexisladores. Non obstante trátase dunha medida insuficiente para esta finalidade. Ao final dependerá da forza da limitación das técnicas aos casos de esterilidade e das medidas que se arbitren para que a esterilidade se convirta nun requisito imprescindíbel para alén dun mero enunciado xeral. Mais hai que advertir que é sumamente difícil e ata seguramente indesexábel, na medida que exixiría uns controis desproporcionados aos obxectivos que se poderían garantir, ao tempo que exixiría establecer unha definición arbitraria de esterilidade. Non é posíbel estenderse máis sobre este punto, no que me remito a Lema (1999: 157 e ss.).

para o caso que nos ocupa. Diferente é o caso do Reino Unido (que non asinou o Convenio de Oviedo). A ausencia de previsión legal ten permitido a apertura de clínicas especializadas na selección de sexo, se ben non en calquera caso.

**Cadro 3**  
**Regulación sobre selección do sexo nos países da Unión Europea (máis Noruega)**

	Asinou o Convenio Europeo	Regulación xeral sobre reproduc. asistida	Regulación sobre selección do sexo	Rexeita-mento legal implícito da selección	Prohibición legal expresa da selección de sexo	Admisión para evitar enfermidades congénitas	Sanción para infraccións da prohibición
Alemaña	non	1990	si	-	si	si	Fino de prisión ou multa
Austria	non	1992	non	si	non	si	-
Bélxica	si	non	non	-	-	-	-
Dinamarca	si	1997	si	-	si	si	Prisión leve ou multa
España	si	1988	si	-	si	si	Multa
Finlandia	non	non	non	-	-	-	-
Francia	si	1992	non	si	non	-	-
Grecia	si	non	non	-	-	-	-
Holanda	si	non	non	-	-	-	-
Irlanda	non	non	non	-	-	-	-
Italia	si	non	non	-	-	-	-
Luxemb.	si	non	non	-	-	-	-
Portugal	si	non	non	-	-	-	-
R. Unido	non	1990	non	admisión	non	implícita	-
Suecia	si	1984-1988	non	-	non	-	-
Noruega	non	1994	si	-	si	si	Multa ou 3 meses de prisión

*Fonte:* elaboración propia a partir do exame das diferentes lexislacións. O cadro refírese unicamente á regulación xurídica non á prácticas reais. Téñase en conta que -sobre todo nos países sen normativa específica- a práctica realízase á marxe da regulación.

#### 4. A REGULACIÓN ESPAÑOLA

A regulación española sobre a selección de sexo ven recollida fundamentalmente na Lei 35/1988, de técnicas de reprodución asistida. Por outra parte, España tamén asinou o Convenio de Oviedo. A regulación española en principio prohíbe a selección de sexo con carácter xeral, aínda que a admite no caso de se realizar para evitar a transmisión de enfermidades ligadas aos cromosomas sexuais. Deste xeito non se afasta de liña habitual seguida en Europa, ou máis ben inaugurouna a nivel lexislativo.

A lei de reprodución asistida, no seu artigo primeiro, admite dúas finalidades para o uso destas técnicas: a actuación médica perante a esterilidade humana, a prevención e tratamento de enfermidades de orixe xenética. A isto engádeselle a posibilidade de investigación e experimentación con gámetas e embrións nos termos autorizados pola lei<sup>24</sup>. É precisamente a segunda destas finalidades a que pode xustificar o recurso

<sup>24</sup> C. Romeo Casabona denouminounas respectivamente finalidade fundamental, complementar e derivada ou de oportunidade (1994: 233).

en certos casos á selección de sexo<sup>25</sup>. Non obstante é preciso aclarar que este artigo non se refire exclusivamente á selección de sexo (e tal vez nin sequera principalmente). Refírese esencialmente á posibilidade de diagnóstico e tratamento de doenzas hereditarias en embrións *in vitro*. O artigo que expresamente recolle o réxime relativo á selección de sexo é o 20.2.B.n), cando entre as infraccións moi graves inclúe: “n) A selección de sexo ou a manipulación xenética con fins non terapéuticos ou terapéuticos non autorizados”<sup>26</sup>.

Hai dúas cuestións que imos discutir con relación á regulación española sobre a selección de sexo. En primeiro lugar examinaremos o réxime vixente para determinar se é consistente e se está correctamente establecido. En segundo lugar, valoraremos se a solución acollida é a adecuada, e particularmente se é adecuada á Constitución, xa que naígunha ocasión se ten suscitado tal dúbida.

#### 4.1. A aplicación da normativa: crítica da consistencia do réxime

Do simple exame da letra da lei non parece que existan excesivas dúbidas sobre o modelo español. Parece clara polo menos a *voluntas legislatoris*<sup>27</sup>. Non obstante, nada máis chegar o momento da aplicación práctica destes artigos nun caso conflitivo perante os tribunais de xustiza, comprobouse que as cousas non estaban tan claras. Aínda que o suposto non era irresolúbel coa lei na man, nel púñanse de manifesto as carencias da lei perante unha complexidade ben máis grande do que, polo visto, suspeitaran os lexisladores.

O caso, primeira e única aplicación xudicial da lei, foi por entón bastante aireado nos medios de comunicación e levantou unha certa polémica: en agosto de 1990 un xulgado de Mataró (Barcelona) autorizaba a realización dunha selección de sexo que semellaba afastarse do recollido la lei. Tres meses despois a Audiencia Provincial de Barcelona revocaba a decisión<sup>28</sup>. Na realidade, as interpretacións que da lei fixeron as partes foron bastante curiosas. A solicitante sostíña que a selección de sexo cuxa autorización solicitaba, estaba fundamentada en “fins terapéuticos” e polo tanto excluída de sanción do artigo 20.2.B.n. A particularidade desta interpretación era entender que os motivos terapéuticos non se referían só á descendencia, senón tamén á nai; tendo en conta que a solicitante presentaba un cadro depresivo vinculado a o feito de ter cinco fillos varóns e desexar unha nena, entendía –con apoio de varios informes periciais– que a selección do sexo podía significar un medio terapéutico con respecto á súa depresión. A resolución do xulgado de primeira instancia acolleu esencialmente esta interpretación.

<sup>25</sup> O seu teor é: “Estas técnicas poderán utilizarse tamén na prevención e tratamento de enfermidades de orixe xenética ou hereditaria, cando sexa posíbel recorrer a elas con suficientes garantías diagnósticas e terapéuticas e estean estritamente indicadas”.

<sup>26</sup> Complementa a lexislación española a letra c) do artigo 8.2 da Lei 42/1988 de doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos. Nel dise que se poderá autorizar a aplicación da tecnoloxía xenética “c) *Con fins terapéuticos, principalmente para seleccionar o sexo en caso de enfermidades ligadas aos cromosomas sexuais e especialmente ao cromosoma X, evitando a súa transmisión*, ou para criar mosaicos xenéticos beneficiosos por medio da ciruxía, ao trasplantar células, tecidos ou órganos dos embrións ou fetos a enfermos en que estean xenética ou bioloxicamente alterados ou falten”.

<sup>27</sup> Xa nas recomendacións do Informe da Comisión do Congreso dos Deputados de 1986 se prefiguraba claramente a opción. As recomendacións 18 e 21, cunha redacción máis clara que a lei, prefiguraron os artigos 1.3 e 20.2.B.n). Concretamente a recomendación 21 especificaba que as técnicas de reprodución asistida non deberían ser utilizadas coa intención de seleccionar o sexo do futuro fillo, excepto cando se tratase de evitar unha grave enfermidade ligada ao sexo do fillo que vai nacer.

<sup>28</sup> Realizan comentarios sobre este caso J. Vidal (1991) e C. Hernández (1992). O texto completo da decisión da Audiencia recóllese en C. Romeo (1997: 814-820).

As argumentacións utilizadas pola solicitante, polo Ministerio Fiscal e polas respectivas decisións das dúas instancias levantan numerosas cuestións en canto á interpretación da lei. Nuns casos por mor das ambigüidades e imperfeccións da lei, pero noutros debido á incompreensión que exhiben de nocións biolóxicas básicas ás que a lei fai referencia. Non é pertinente agora desenvolver todas estas cuestións, nin entrar a desfacer todos os equívocos e imprecisións verquidos<sup>29</sup>. Abondará con debullar a cuestión principal.

A cuestión principal para a resolución deste caso é se a “excepción terapéutica”, a cláusula “con fins non terapéuticos ou terapéuticos non autorizados”, é aplicábel só a evitar a transmisión de enfermidades hereditarias ou tamén se poden considerar que inclúe ás usuarias das técnicas como beneficiarias directas da acción terapéutica (como pretendía a solicitante). Na realidade a resposta non é doada: hai razóns para defender unha interpretación ou a outra.

No auto da primeira instancia razónase que malia que a finalidade terapéutica é a única que a normativa vixente lexítima e permite, iso non significa que se teña que entender exclusivamente en beneficio da descendencia, senón tamén dos proxenitores. Polo contrario, o auto da Audiencia provincial defende a limitación da cláusula “finalidades terapéuticas” só á descendencia, só aos nados mediante as técnicas de reprodución asistida. Esta conclusión baséaa en dous argumentos: en primeiro lugar na interpretación do artigo 20.2.B.n no contexto das finalidades legalmente admitidas para a reprodución asistida; en segundo lugar na imposibilidade da extensión ou transmisión ao ascendente da finalidade terapéutica. Destes dous argumentos o primeiro é o que –ao meu xuízo– resulta verdadeiramente atendíbel e de peso.

O argumento da imposibilidade de extensión ao ascendente da finalidade terapéutica non parece tan pertinente, aínda que semella ser o principal argumento do auto. Nel vense dicir que proxectar a finalidade terapéutica lexitimadora á nai é distorsionar o senso da norma, xa que o destinatario de tal beneficio só pode ser “o ou a que

---

<sup>29</sup> Porén si que podemos sumariamente mencionar algunhas delas. O Ministerio Fiscal afirmaba –por exemplo– que a depresión alegada era mesmamente motivo de exclusión da propia aplicación da lei, pois esta no seu artigo 2.1.b exige que a muller á que se lle fosen aplicar as técnicas de reprodución asistida goce dun “bon estado de saúde psicofísico”. A argumentación é enxeñosa, pero improcedente. En primeiro lugar é innecesaria, porque existen boas razóns –como veremos– para rexeitar as alegacións da solicitante impugnando a súa interpretación da lei. En segundo lugar é errada, porque é evidente que esta exigencia non se pode entender de forma absoluta: de ser así impediría a aplicación das técnicas de reprodución asistida á maioría dos casos de esterilidade (precisamente o que a lei considera como indicación fundamental), pois se podería igualmente alegar que as mulleres estériles non gozan dese “bon estado de saúde psicofísica”. Así pois, e para formular en positivo a correcta interpretación dese requisito, o “bon estado de saúde” deberase entender como un requisito tendente a garantir que a aplicación das técnicas non supoñan un perigo para a saúde e integridade nin da muller nin da súa posíbel descendencia.

Outro equívoco veu da relación entre a selección de sexo e a manipulación xenética, que parece ter criado unha grande confusión. En boa medida os problemas proceden das deficiencias de redacción da lei, que inclúe a referencia á manipulación xenética e á selección de sexo no mesmo punto n) do artigo 20.2.B (onde se considera infracción moi grave “a selección de sexo ou a manipulación xenética con fins non terapéuticos ou terapéuticos non autorizados”). Velaquí as decisións das dúas instancias cometen erros de vulto. O xulgado considera –acertadamente– que a técnicas de selección de sexo en cuestión non constitúen manipulación xenética; pero disto deduce –erroneamente– que se exclúe a aplicación do artigo sancionador. A audiencia comete o erro inverso, pois para defender a aplicación do artigo e rebater o argumento anterior crese obrigada a manter que a selección de sexo constitúe manipulación xenética. Pero para isto ten que descoñecer tanto os conceptos básicos da bioloxía e da reprodución humana, como (o que é máis reprobábel) o informe do Médico Forense, terxiversando calquera sentido aceptado de “manipulación xenética”, comezando polo que asume o lexislador. Pero ademais non sería necesario manter esta afirmación para defender a aplicación deste artigo: que sexa ou non manipulación xenética é irrelevante, porque o artigo tipifica dúas condutas diferentes ou independentes, e aos efectos do que nos interesa, tipifica “a selección de sexo (...) con fins non terapéuticos ou terapéuticos non autorizados”.

vai vir”. Por outra parte, tratándose de evitar doenzas hereditarias, estas só as pode sufrir o descendente, xa que se trata dun concepto biolóxico e non xurídico. É plenamente certo que a transmisión de enfermidades hereditarias só se pode facer de pais a fillos. Pero, na realidade, o que se trata de determinar é se o concepto de “terapéutico” (que excluiría a sanción) refírese unicamente a enfermidades hereditarias ou é máis amplo. Dicar –como se fai no auto– que resulta distorsionante “proxectar” a finalidade terapéutica á nai é presupor precisamente aquilo que se pretende demostrar, é dicir, que “terapéutico” se refire só aos fillos.

O outro argumento para a limitación á descendencia da finalidade terapéutica autorizada resulta máis significativo (aínda que o auto o considere só secundariamente). Consiste en interpretar o artigo en cuestión integrándoo no conxunto da lei e atendendo á intención do lexislador. Se atendemos á intención do lexislador non cabe dúbida de que o que pretendía era permitir a selección de sexo só nos casos en que se tente evitar a transmisión de enfermidades hereditarias á descendencia, impedindo á vez que se convertese nunha posibilidade á que acudir por elección ou preferencia<sup>30</sup>. É probábel, de todas formas, que na intención do lexislador non estivese o impedir que se fixese unha utilización “terapéutica” da selección de sexo en beneficio da nai, senón que simplemente non tivese previsto tal posibilidade.

Por outra parte, hai outros preceptos na lexislación española que avalan a afirmación de que o modelo escollido pasaba por admitir unha excepción á prohibición xeral só para evitar a transmisión de enfermidades hereditarias á descendencia. Principalmente o artigo 1.3 da lei, que en certo xeito se pode aplicar tamén a este caso, cando di que as técnicas de reprodución asistida poderanse utilizar tamén (ademais de en caso de esterilidade) para a “prevención e tratamento de enfermidades de orixe xenética ou hereditaria cando sexa posíbel recurrir a elas con suficientes garantías diagnósticas e terapéuticas e estean estritamente indicadas”. O teor deste artigo é ben máis preciso que a norma sancionadora do artigo 20. Fálase de “prevención” en lugar de “terapia” e aclárase que estamos perante “enfermidades de orixe xenética ou hereditaria”. De todas formas, este artigo non se refire só á posibilidade da selección de sexo. Refírese principalmente á posibilidade de realizar –nas condicións reguladas nos artigos 12 e 13 da lei– intervencións sobre preembrións vivos *in vitro*, co obxectivo de diagnosticar e curar doenzas. É dicir, nel regúlase con carácter xeral a licitude de determinadas prácticas de diagnóstico e tratamento preimplantatorios<sup>31</sup>.

A outra norma que avala en certo xeito unha interpretación restrinxida á descendencia da “finalidade terapéutica” é o artigo 8.2.c) da Lei 42/1988 (xa citado en nota). Porque este artigo, aínda referido á utilización da tecnoloxía xenética e por tanto sen ser de aplicación directa a este caso, é o que ten a formulación máis clara de todos os que se refiren á cuestión. Efectivamente, menciona aquilo ao que os demais artigos citados parecen estarse a referir pero sen acabar de formulalo claramente: “para seleccionar o sexo en caso de enfermidades ligadas aos cromosomas sexuais e especialmente ao cromosoma X, evitando a súa transmisión”.

<sup>30</sup> Isto era evidente mesmo no testemoño do ponente da lei, Marcelo Palacios, nun artigo xornalístico publicado ao fío do caso (*El País*, 29 de agosto de 1990).

<sup>31</sup> Precisamente o artigo 13.3.d) establece que un dos requisitos para que se poda autorizar unha determinada terapia en preembrións *in vitro* (ou preembrións, embrións ou fetos *in utero*) é que non se inflúa sobre os caracteres hereditarios non patolóxicos nin se busque a selección dos individuos ou a raza. Aínda que non ten aplicación directa a este caso (pois a técnica de selección de sexo á que nos vimos referindo é a de selección de espermatozoides), sería interesante determinar cal é o alcance deste artigo con respecto ás técnicas de selección de sexo preimplantatorias, é dicir, as que se basean nunha selección de preembrións *in vitro*. Unha aplicación estrita e literal deste artigo quizáis impediría esta forma de selección de sexo incluso nos casos de enfermidades ligadas ao sexo.

Para reforzar esta interpretación, aínda cabe acudir ás tamén mencionadas recomendacións 18 e 21 do Informe da Comisión Especial do Congreso dos Deputados. Alí utilízanse expresións igualmente claras: para a prevención e eliminación de enfermidades de orixe xenética ou hereditaria, cando estean xustificadas porque exista un risco serio de transmisión ao fillo” (recomendación 18) e máis especificamente aínda, a recomendación 21 que di que non se poderá utilizar a selección de sexo excepto cando se trate de evitar unha grave doenza ligada ao sexo do fillo que vai nacer. Mesmamente poderíase acudir ao Convenio de Oviedo (aínda que foi aprobado despois de que o caso se resolvese nos tribunais) que tamén aporta unha formulación máis clara que a da lei: “non se admitirá a utilización das técnicas de asistencia médica á procreación para elixir o sexo da persoa que vai nacer, excepto cando sexa preciso para evitar unha enfermidade hereditaria grave ligada ao sexo”.

Todas estas consideracións (a vontade do lexislador e todas as outras disposicións citadas) favorecen o pensar que a “finalidade terapéutica” unicamente pode ser aplicábel á posíbel desdendencia. Deste punto de vista, trátase dunha interpretación razoábel: por moitos problemas que lle podamos desvelar apartir de agora é perfectamente defendíbel, polo que non se pode dicir que a decisión final da Audiencia Provincial (a pesar das numerosas obxeccións que se lle poden facer ao seu contido e á súa liña argumental) estivese equivocada.

Mais outra cousa é que non se puidese ter resolto o asunto doutra maneira, ou por mellor dicir, que fose totalmente desencamiñado admitir a “finalidade terapéutica” con respecto á nai para así excluír a sanción. Entre as razóns que se poderían aducir a prol desta interpretación estaría, en primeiro lugar, a propia literalidade do precepto sancionador, que ao admitir a finalidade terapéutica como excepción non limita en absoluto o seu alcance. É máis, na realidade non se pode estritamente dicir que a selección de sexo sexa “terapéutica” con respecto aos fillos (en todo caso será preventiva) e si en troques o podería ser con respecto á nai nun caso coma este. A segunda razón é o feito de que o artigo 1.3 (quizais o principal argumento para soste a interpretación contraria) como en xeral o artigo 1, é impreciso e confuso e, sobretudo, de dubidosa eficacia normativa. Este artigo 1 establece que a finalidade fundamental das técnicas de reprodución asistida é o tratamento da esterilidade. Pero cal é o valor normativo real –máis alá da retórica- desta apelación á esterilidade? Nin a esterilidade é un requisito insalvábel na práctica, nin se exixe efectivamente a súa acreditación. É máis, na lei admítense certos casos (o da “muller soa” é o máis claro) en que a xustificación da “esterilidade” cae polo seu propio peso. Por qué habería que admitir un maior valor normativo ao punto 3 deste artigo?

Haí unha terceira razón para soste a interpretación da excepción da “finalidade terapéutica” como predicábel tamén con respecto á solicitante. Como se viu, o principal argumento par soste a tese contraria baseámolo nunha interpretación sistemática do contido da lei de reprodución asistida, concretamente en interpretar o artigo 20.2.B.n en función do artigo 1.3. Porén, se esta mesma operación se realiza atendendo a outros preceptos do ordenamento xurídico (e aplicamos unha regra práctica habitual na argumentación dogmática cal é a da coherencia), o resultado é o inverso. Efectivamente, supoñamos que se denegase nun caso como o que nos ocupa a posibilidade da selección de sexo. A solicitante podería perfectamente ter tentado un embarazo por medios naturais, facer que se descubra o sexo do feto por medio das probas diagnósticas pertinentes e, no caso de que o feto fose do sexo non desexado, proceder a un aborto “terapéutico” amparándose nas acreditadas patoloxías psíquicas que padece e que se verían incrementadas co nacemento dun fillo do sexo non desexado.

Parece claro que a realización dun aborto neste caso (selección de sexo prenatal e postimplantatoria) sería un mal maior que a selección de sexo preconceptiva. Non obstante, é tamén claro que un aborto realizado nestas circunstancias podería ser com-



patíbel coa lexislación española (e coa súa aplicación xeral), en concreto na medida en que non sería puníbel de acordo do aínda vixente artigo 417 bis do antigo Código Penal. Por este motivo, F. Puigpelat ten suxerido un criterio para estes casos: “a selección de sexo sen finalidades terapéuticas está prohibida excepto cando a prohibición poda dar lugar á realización dun aborto terapéutico” (Puigpelat, 1997: 102).

Na realidade a relación coa regulación do aborto aínda deixa moitos interrogantes abertos, como se verá nun punto seguinte. De todas formas, parece ter ficado claro que existen dúas interpretacións encontradas do artigo 20.2.B.n, defendíbeis desde diferentes puntos de vista. Hai que aclarar que aínda no caso de que se adoptase unha solución permisiva (ou non favorábel a unha eventual aplicación da sanción), tal e como a que adoptou o auto do xulgado de primeira instancia, iso non significaría unha permissividade total para a selección de sexo. O certo é que seguiría limitada a unha finalidade “terapéutica” aínda nese senso amplo. Quizáis isto significase unha porta demasiado ampla para a multiplicación de casos, pero non necesariamente<sup>32</sup>. Pero é claro que de se ter adoptado esta interpretación tampouco sería unha solución definitiva: seguiría existindo ou se incrementaría a inseguranza sobre as posíbeis consecuencias da conduta, ao tempo que ficaría en boa medida en mans dos facultativos o decidir qué casos fosen “terapéuticos” e cáis non: o correcto sería que existise un criterio público e definido legalmente de forma inequívoca para determinar esta cuestión.

Quizáis se poda considerar que o Convenio de Oviedo ten vido a aclarar a cuestión ao se decantar pola solución restritiva. En calquera caso, é preciso apontar cómo un réxime legal aparentemente inequívoco amosou importantes insuficiencias ao se confrontar a un caso de aplicación real do modelo, e isto sen que no intervalo se tivesen producido novidades científicas ou técnicas significativas. A complexidade dunha situación sobre a que probabelmente non se tiña pensado –o que tampouco é de estrañar– puña de manifesto un aspecto da regulación no que o rigor debería ter sido maior.

## **4.2. A constitucionalidade**

Ás veces tense cuestionado a constitucionalidade da opción escollida pola lexislación española nesta materia, da prohibición xeral da selección de sexo. Hai que dicir que a Sentenza do Tribunal Constitucional 116/1999 sobre a lei de reprodución asistida non se pronunciou sobre esta cuestión. Pero é lóxico, xa que no recurso non se impugnaban os artigos en cuestión. Mais na realidade, a cuestión da constitucionalidade da selección de sexo é algo máis complexa: se ben é posíbel formular a cuestión interrogándose pola constitucionalidade da prohibición, non é menos posíbel nin pertinente formulala nun sentido inverso. É dicir, cuestionar se a práctica da selección de sexo resulta adecuada á Constitución. Ou máis exactamente, se unha hipotética regulación que permitise a selección de sexo e a deixase á mera vontade dos pais sería ela mesma constitucional, na medida en que fose respetosa abondo con determinados valores constitucionais como –poñamos por caso– a dignidade da persoa (artigo 10.1), a prohibición da discriminación (14) ou a protección integral dos fillos (39.2).

---

<sup>32</sup> O certo é que tampouco se pode estar seguro de que a pesar da prohibición e da sanción, non se estean a realizar este tipo de prácticas, polo demais bastante difíceis de controlar e polo tanto de cuantificar. Sabemos, iso si, que a prohibición e a sanción (cuxo suxeito pasivo, por certo, sería o facultativo) teñen sido efectivas ata certo punto: o médico que atendeu á solicitante de Mataró declarou que se viñan realizando estas prácticas ata a entrada en vigor da lei; o feito de que en lugar de proceder a realizala se apresentase a solicitude perante os tribunais é proba de que canto menos nese caso a prohibición ou a sospeita da súa existencia foron efectivas.

Mais examinemos de entrada as obxeccións á constitucionalidade da normativa actualmente vixente. Entre os autores que se teñen ocupado da cuestión, é salientábel Y. Gómez, que defendeu a posíbel inconstitucionalidade da normativa española sobre selección de sexo (Gómez, 1994: 152). O seu razonamento sobre esta cuestión parte da existencia dun dereito á reprodución con fundamento constitucional baseado na liberdade como valor superior do ordenamento xurídico (1.1), e na dignidade da persoa como expresión do recoñecemento dos seus dereitos e do libre desenvolvemento da personalidade (10.1). Mantén mesmo que se trata dun dereito fundamental, por canto parte dun dereito de autodeterminación física, incluído no dereito á liberdade persoal do artigo 17.1. E considérao parte do propio *contido esencial* dese artigo, co cal só sería posíbel realizar a súa delimitación con respecto a outros valores constitucionalizados. Non obstante, considera que na medida en que ningún outro dereito ou ben xuridicamente protexido fica directamente vulnerado de se permitir a selección de sexo, resulta pouco razonábel limitar a liberdade individual. Engade para reforzar a súa tese un argumento que xa coñecemos: se a selección de sexo se pode realizar recurrido ao aborto (polo menos nalgúns casos) resulta de dubidosa constitucionalidade a súa prohibición por medios menos traumáticos.

Porén a argumentación de Gómez non depende tanto de que se recoñeza ou non a existencia dun dereito á reprodución, ou de que ese dereito se poida ou non englobar nun dereito fundamental. Na realidade o problema é o alcance real diso que podemos mesmo convir en denominar “dereito á reprodución”. Pero sobre isto dista de existir un acordo mínimo: nin sobre o seu contido, nin sobre o que dese contido está garantido constitucionalmente. Porque postular un “dereito á reprodución” neste punto significa pouco máis que agrupar o feixe de liberdades e facultades xuridicamente protexidas con respecto á propia reprodución. Este feixe inclúe –ata aquí non hai dúbida– unha parte negativa (á non reprodución, a non ser –por exemplo– obrigado/a á reprodución) e unha positiva. Pero o que estea incluído dentro desta última é problemático; non en xeral, mais si en relación á aplicación de técnicas de reprodución asistida e de outras técnicas médicas relacionadas. Se está incluída a posibilidade de selección de sexo (ou a de decidir sobre outros caracteres da descendencia) non está claro: é un dos puntos de controversia.

O razonamento de Gómez mantén que a posibilidade de utilización das técnicas de reprodución asistida e en concreto a realización dunha selección de sexo fai parte dese dereito fundamental á reprodución que está incluído no contido esencial do artigo 17.1 da Constitución. Aínda que non é irrazonábel a pretensión de Gómez de chantar aí o dereito á reprodución (pois este artigo non se limita meramente á liberdade ambulatoria), xa parece máis difícil aceptar que o contido esencial dese artigo inclúa a protección da posibilidade da selección de sexo, ou que esta faga parte do núcleo do dereito á reprodución. Por outra parte, con independencia disto, hai que cuestionarse se non hai ningún dereito ou ben constitucionalmente protexido que fique afectado pola selección de sexo. Gómez rexeita esta posibilidade sumariamente, mais isto tamén dista de estar claro, e entre os argumentos que –como veremos– se aducen a prol da prohibición da selección de sexo tamén se inclúen apelacións a valores constitucionalizados. En definitiva, apesar da aparente forza da súa argumentación, esta depende de dúas cousas que distan de ser claras: que a selección de sexo estea protexida polo contido esencial do dereito á liberdade como fundamento do dereito á reprodución; e que aínda neste caso non existisen outros valores constitucionais que puidesen verse afectados pola práctica da selección de sexo.

Desde logo non é inútil en xeral tentar delimitar o alcance do que nestas cuestións está protexido constitucionalmente. De todas formas a Constitución non ofrece neste punto un modelo fechado, senón máis ben abre un abano de posibilidades ou establece uns límites para as opcións permisíbeis á lexislación. A pretensión de Gómez,

como tentativa de buscar unha resposta constitucional concreta sobre a selección de sexo é maximalista. A tentativa de fundar nos valores constitucionais a regulación desta cuestión, por máis lexítima e conveniente que sexa presenta límites. E estes límites fanse tanto máis patentes canto máis ambiciosa sexa a pretensión de fundar máis aspectos e detalles da lexislación. Canto máis ambiciosa é a pretensión de derivar univocamente solucións que presuntamente estaría recollidas e petrificadas de antemán nos contidos constitucionais, máis dificultades se atopan.

## **5. AS RAZÓN DA SELECCIÓN DE SEXO**

Aínda que o debate sobre cal é o réxime máis adecuado ou aceptábel sobre a selección de sexo en xeral non ten estado en primeiro plano, son xa numerosos os argumentos verquidos nun sentido ou noutro (ou defendendo posturas intermedias). Aceptada polo xeral a excepción “terapéutica” (ou “euxenésica”), as razóns xiran en torno á aceptabilidade da selección de sexo á vontade dos futuros proxenitores. Por razóns de espazo non é posíbel aquí esgotar as implicacións do debate. No entanto si que podemos achegar un elenco dos argumentos máis significativos e examinar someramente a súa pertinencia de cara a canto menos despezar o terreo do debate e situar os principais puntos de desencontro<sup>33</sup>.

Son numerosos os argumentos que se teñen barallado a favor da permisión da selección de sexo, ou en contra da súa prohibición. Podemos salientar seis: (a) a vulneración que a prohibición de selección de sexo supón do dereito á reprodución e das liberdades procreativas; (b) a posíbel inconstitucionalidade da prohibición; (c) a incoherencia da prohibición con respecto á falla de control da selección de sexo por medios naturais; (d) a incoherencia da prohibición con respecto á posibilidade do aborto como medio de selección de sexo; (e) as consecuencias prexudiciais e contraproducentes da prohibición xurídica da selección de sexo; (f) as consecuencias beneficiosas (ou non prexudiciais) da selección de sexo.

Sobre as razóns (a) e (b) –que son en certa medida complementares– xa se ten dito algo no apartado anterior, aínda que non se poida con iso dar por zanzada a cuestión. Con efecto, a primeira das razóns é seguramente o argumento máis poderoso a prol da non prohibición da selección de sexo: se non hai unha razón de peso para a súa prohibición ou limitación semella que o adecuado sería deixar aberta esta posibilidade como opción no exercicio da liberdade. Por iso dalgunha forma as razóns a prol da prohibición dirixíranse precisamente a abalar esta presuposición.

As razóns (c) e (d) apelan ambas á coherencia do ordenamento xurídico, para soste que a prohibición da selección de sexo resulta incoherente con outras normas vixentes (e aceptadas mesmo por algúns dos que defenden a prohibición). Sobre a presunta incoherencia da prohibición con respecto á ausencia de resposta perante a métodos non tecnolóxicos de selección de sexo non é necesario deterse demasiado. Neste mesmo escrito xa se destacaron as cruciais diferencias entre estas dúas realidades como para que sexa preciso reiteralo; por outra parte son diferencias e razóns moi similares ás que xustifican que a reprodución asistida estea regulada (e submetida a certas limitacións) cando non o están aspectos análogos da reprodución “natural”. O punto (d) merece un exame algo máis detido. Trátase dun argumento xa mencionado aquí ao fío

<sup>33</sup> Os argumentos a favor e en contra da selección de sexo escolmáronse nas seguintes obras: Larguey (1978), Holmes-Hoskins (1987), Rowland (1987), Steinbacher-Holmes (1987), Warren (1987), Vidal (1991), Hernández (1992), Wertz-Fletcher (1992), Englert (1993), Vila-Coro (1993), Warnock (1993), Gómez (1994), Fellous (1995), Glover, (1995), Holmes (1995), Kusum (1995), Wertz (1995) e Puigpelat (1997).

da discusión sobre a interpretación da lei española. Sostense que resulta incoherente a prohibición da selección de sexo por canto a selección podería ser realizada recorrendo a un aborto dentro dos supostos despenalizados. Realmente non en todos os casos (e poida que só en casos marxinais), pero si aparentemente nun caso como o que se discutiu aquí no apartado anterior. Non obstante, non me parece que este sexa un argumento decisivo nin moito menos. É certo que a maioría dos abortos que se realizan en España ao abeiro dos supostos despenalizados son precisamente os acollidos ao punto 1.1º do artigo 417 bis do antigo Código Penal, en concreto o referido á saúde psíquica da nai. É probábel tamén que nun caso como o que nos temos ocupado puidese entrar nos supostos non punfibeis (a non ser que se realizase unha persecución desproporcionada e *ad hoc* do caso concreto, como ás veces ten ocorrido). Non obstante, contra deste argumento pódense achegar canto menos dúas razóns. En primeiro lugar, apesar de todo o dito, a detección do sexo do fillo e o posterior aborto caso de non ser do sexo desexado non está permitida segundo a lexislación española. O artigo 12.2 da lei de reprodución asistida, só permite o diagnóstico dos embrións e fetos no útero cando teña por obxecto “o benestar do nasciturus e o favorecemento do seu desenvolvemento”. É claro que non estaríamos perante este caso. En segundo lugar, o que se sinala como unha presunta incoherencia da prohibición da selección de sexo é na realidade unha incoherencia e unha falla de proporcionalidade da normativa despenalizadora do aborto vixente, que fai que se arrastre desde hai anos unha situación de feito de inseguranza xurídica e de inadecuación da lexislación<sup>34</sup>.

Con respecto ao argumento (e), sitúase tamén no ámbito xurídico, mais non apunta a cuestións de coherencia senón de eficacia e conveniencia da norma prohibitiva. Afirmase que, con independencia de que se manteña unha postura contraria á selección de sexo, as leis prohibitivas poden ser máis prexudiciais que beneficiosas. Mesmamente aínda que se teña como obxectivo desincentivar a selección de sexo. A razón sería que estas leis poderían abrir o camiño a un aumento de interferencias nas liberdades procriativas (o que enlaza cun argumento xa mencionado). Deste xeito, propónse que en lugar de focar a cuestión na prohibición da selección de sexo, deberíase traballar para a efectiva igualdade entre sexos e en contra dos estereotipos de xénero, mesmamente contra os referidos aos fetos (Wertz, 1995: 2215). Deste xeito evitariase unha posíbel utilización sexista da selección de sexo, e faríase de forma máis efectiva que coa prohibición, pois esta non afectaría ás concepcións sexistas subxacentes. Ademais non se correría o perigo de interferir nas liberdades procriativas. Este é un argumento moi digno de ser tido en conta, sobre todo na medida en que resitúa o debate en novos termos, menos ríxidos que os baseados en dúas opcións dicotómicas, e reclama consideracións de eficacia da lexislación e de oportunidade, máis que a mera consideración sobre a prohibición ou non prohibición. Con non ser un argumento despreciable, non obstante, no caso do sexismo (así como noutras actitude análogas tales como o racismo) o feito de que sexa necesario un labor pedagóxico contra os estereotipos de sexo ou contra as actitudes sexistas, non significa que non se deban prohibir xurídicamente as súas manifestacións máis reprobábeis, ou que mesmamente esta prohibición non poida xogar algún papel –ben que non único- na loita contra desas actitudes e comportamentos.

Nesta mesma liña intermedia se teñen realizado algunhas propostas baseadas na convicción de que o que está en xogo non é unha cuestión de todo ou nada, senón que se poden dar diferentes casos que merezan diferentes valoracións e respostas xurídicas. Tal visión ten o mérito de introducir unha matización importante, xa que a cuestión ventilada en termos de prohibición ou non prohibición agocha unha aproximación falaz por descoñecer que existen máis de dúas opcións. Que non estamos limitados a optar entre

---

<sup>34</sup> Análísao en detalle A. Ruiz Miguel (1988).

a prohibición incondicionada ou a permisión incondicionada é claro mesmamente cando se considera a aceptación xeral da excepción chamada “terapéutica” como complemento ou excepción á prohibición xeral. Pois ben, por exemplo J. Glover ten distinguido –aínda que sen a intención directa de que se convirta inmediatamente nunha directiva de política lexislativa- entre diferentes razóns para a selección, que poderían ser avaliadas de formas diferentes. Así, sería reprobábel unha selección baseada no preconceito de que un sexo é superior ao outro; o xuízo podería ser dubidoso en casos en que se basea na pretensión dunha vantaxe social ou económica, ou mesmo como o produto de condicionamentos ou presións sociais. Mais este autor sostén que no caso en que unha parella tivese xa varios fillos dun mesmo sexo e decidise ter un de outro sexo, tal razón e tal pretensión non sería en absoluto criticábel. Sería posíbel –matiza- que abrir a posibilidade de selección nestes casos tivese outros inconvenientes, mais terían que ser determinados antes de prohibir directamente (Glover, 1995: 307). A principal obxección que se lle podería facer a esta proposta é simplemente o confronto co caso real que coñecemos: a solicitante de Mataró non tivera irmás e fora ela quen se ocupara de coidar á súa nai; apesar dos seus cinco fillos varóns a idea que a obsesionaba era a de ter unha filla que a coidase a ela na súa vellice! (Vidal, 1991: 2535).

O argumento que temos recollido coa letra (f) consiste na realidade nunha miscelánea de razóns. Coa salvidade da súa heteroxeneidade e da posibilidade de que se podan apontar outras de maior valor, creo que en xeral son pouco atendíbeis. Trátanse de argumentos baseados nas consecuencias beneficiosas da selección de sexo (ou noutra medida na impugnación das presuntas consecuencias prexudiciais alegadas polos críticos destas prácticas). Podemos mencionar as escolmadas por D. Wertz (1995): (1) a selección de sexo é un procedemento privado que só concerne aos pacientes e ao médico, máis que unha técnica que poda afectar ao conxunto da sociedade ou á condición das mulleres; (2) a selección do sexo podería mellorar a cualidade de vida do fillo ou da filla desexado/a; (3) a selección do sexo podería proporcionar unha mellor cualidade de vida para a familia que obtén o equilibrio ou a relación entre sexos que desexa; (4) a selección do sexo podería proporcionar unha mellor cualidade de vida para a nai, porque debería afrontar un menor número de nacementos e a súa posición na familia veríase mellorada; (5) a selección de sexo podería axudar ao control da poboación. Estas razóns aproxímanse ao estilo dalgún dos anuncios de clínicas de selección de sexo aos que xa nos temos referido. En definitiva, segundo todo isto, as familias que escollesen o sexo dos seus fillos sería máis felices, mentres que as criaturas do sexo “non desexado” (xeralmente feminino) estarían menos expostas ao abuso, negligencia e morte prematura. Igualmente as mulleres non serían maltratadas, desprezadas ou repudiadas polos seus esposos por non traeren ao mundo fillos do sexo desexado. As mulleres non tería que sufrir repetidos embarazos e nacementos para produciren polo menos un fillo do sexo desexado. Isto é o que se está a suxerir.

Porén, todos estes argumentos só serían comprensíbeis en ampla medida nunha sociedade fondamente sexista, concretamente naquelas en que existe unha preferencia máis forte polos fillos de sexo masculino. Precisamente naquelas sociedades en que inclusive moitos dos que están a prol da libre selección de sexo en xeral estarían dispostos a xustificar e promover a limitación xurídica da selección de sexo. De feito, pódese dicir que este tipo de argumentos fallan na medida en que son argumentos condicionais que dan por suposto un determinado estado de cousas (un fondo sexismo a nivel social e familiar), considerándoo como un dato externo á consideración do problema e como practicamente inmutábel. Ademais, todos estes argumentos baséanse en suposicións que non son obxecto de proba. Perante eles pódese dicir que en lugar de favorecer a selección de sexo, para mellorar a cualidade de vida é mellor facer unha sociedade menos sexista: aínda que a selección de sexo puidese previr algún abuso sobre nenas non desexadas e as súas nais a curto prazo, non correxiría os abusos de fondo. E concretamente non non correxiría os referentes á minusvaloración da muller

en moitos lugares do mundo. E en todas partes –incluíndo ocidente- non correxiría senón que contribuiría a reforzar os estereotipos de xénero con respecto aos nenos de ambos sexos (Wertz, 1995: 2214). Polo que se refire ao control da poboación, non hai ningunha evidencia de que a selección de sexo puidese contribuír á mesma e nin nese caso sería un argumento sólido.

Entremos agora nas razóns opostas. Para a xustificación da prohibición da selección de sexo téñense alegado argumentos moi diferentes e de distinto peso. Só entraremos a considerar aqueles que se refiren á selección de sexo en si mesma, sen ter en conta os que fan referencia a posíbeis efectos secundarios das técnicas concretas utilizadas. Unha sistematización podería ser: (a) non se debe interferir así no curso da natureza; (b) a selección de sexo é contraria á constitución; (c) a selección de sexo é contraria á dignidade das persoas; (d) a selección de sexo é unha conduta sexista; (e) non hai razóns válidas para querer a selección de sexo; (f) a selección ten consecuencias mediatas indesexábeis.

Polo que se refire ao punto (a), adóptese desde unha perspectiva relixiosa ou laica, é un argumento demasiado impreciso. En xeral as intervencións médicas perseguen e, na medida en que teñan éxito, conseguen “interferir no curso da natureza”. Non estou dicindo que sexa irrelevante moralmente a cuestión da interferencia na natureza, nin que debamos desbotar por inútil ou impreciso o propio concepto de “natureza” nas nosas discusións político-morais. Mais para que este argumento teña algún valor haberá que determinar qué de especial ou de negativo ten esta particular interferencia que a fai diferente de outras que estamos dispostos a asumir.

Polo que respecta ao punto (b), á posíbel inconstitucionalidade, xa temos mencionado que as obxeccións á constitucionalidade non se formularon só con respecto á prohibición da selección, senón contra a súa permisión ou contra a práctica mesma. Non é preciso reiterar as consideracións xa verquidas sobre as dificultades de atopar unha resposta constitucional. De todas formas, os argumentos seguintes –(c) e (d)- sitúan esta cuestión en torno a valores constitucionais concretos. Polo que respecta ao punto (c) a discusión en torno a se a selección de sexo é un atentado á dignidade da persoa ten o mérito de tomar en consideración precisamente o/a “destinatario/a” da intervención de selección de sexo. Non creo que fose atendíbel a obxección de que ao non existir aínda, ao non ser aínda un suxeito de dereitos non mereza ser considerado: isto é en todo caso unha insuficiencia da aproximación baseada en *dereitos*, pero que non sexa un suxeito de dereitos non significa que non teñamos deberes con respecto del. Non cabe dúbida de que se a selección de sexo constitúe unha conduta que lesiona ou que é contraria á dignidade das persoas, iso constituirá un motivo suficiente para a lexitimación da prohibición. O problema é a dificultade de determinalo debido á considerábel vaguidade intensional e extensional do concepto, xa non só dun punto de vista moral, senón tamén dun punto de vista xurídico interno e mesmo constitucional.

A obxección de que estamos perante dunha conduta sexista (punto d) centra asimismo a cuestión constitucional, pois permite referila á cuestión da prohibición da discriminación e promoción da igualdade (arts. 14 e 9.2). Paréceme claro que a práctica da selección de sexo é sexista: nunha sociedade non sexista non habería ningunha razón para seleccionar un sexo con respecto ao outro. Por outra parte, mesmo a selección de sexo que pretendese criar unha “familia equilibrada” (que é o que se adoita pensar que prevalerecía en ocidente) contribúe a perpetuar os estereotipos de xénero (con respecto a nenos de ambos sexos) e o sexismo. O argumento (e) en realidade incide neste punto: as razóns para a escolla do sexo son en xeral sexistas (cando non case racistas): replicarse bioloxicamente, perpetuar a linaxe ou o nome da familia, dereitos hereditarios, traballos que requiran homes ou mulleres. Non creo que isto teña máis dúbidas. Non obstante a verdadeira discusión en torno a este punto xa foi adiantada: aínda admitindo e

supoñendo que a selección de sexo é unha conduta sexista, é a súa prohibición xurídica a mellor resposta que lle podemos dar?

O último grupo de cuestións obedece á consideración de posíbeis consecuencias dunha xeneralización máis ou menos ampla da selección de sexo. Paga a pena recoller algunhas delas aínda que só sexa a título exemplificativo: pode levar a considerar os fillos como “mercancías” ou obxectos de consumo; pode levar a unha diminución da consideración das mulleres aínda en sociedades onde a preferencia polos varóns non estea demasiado acentuada; pode ser un camiño para a lexitimación da escolla de característica de tipo “cosmético” e para a xeneralización e formas de eugenismo de mercado; pode levar a un desequilibrio demográfico pola vía do “feminicidio” ou do “xenocidio” (femicide, gendercide) (Holmes, 1987; Warren, 1987), mesmo onde as preferencias non sexan demasiado acentuadas.

Evidentemente non todos estes argumentos teñen o mesmo peso. Deles, creo que considerados illadamente, o argumento do sexismo é o que me parece realmente de peso, coa salvidade de que iso non pode levar a presupor que a vía da prohibición sexa a máis adecuada. De todas formas o sexo e o xénero, o sexismo e a sociedade patriarcal son realidades demasiado próximas e os nosos preconceitos con respecto ao particular (ou o intento por superalos) están demasiado interiorizados como para reflexionarmos doadamente. Poñamos, pois, un caso análogo sobre o que quizáis se poda gardar máis distancia: estaríamos dispostos a admitir a selección non do sexo senón da raza, mesmo que á vontade dos pais?

Para concluír, considero que do punto de vista xurídico a xustificación da prohibición podería basearse fundamentalmente en dúas liñas: (a) a prohibición da discriminación mesmo antes do nacemento, o que enlaza co xa dito sobre o sexismo; e (b) a afirmación dun “dereito ao azar” ou a non ser preprogramado/a canto ás características biolóxicas, o que enlazaría coas consideracións sobre a non instrumentalización da descendencia. É nesta perspectiva concreta que as consideracións sobre a dignidade humana poderían alcanzar o mínimo grao de concreción como para superar a indeterminación deste concepto. Estas dúas liñas, aínda que emparentadas con dereitos e con bens xurídicos preexistentes, non cabe pensar simplemente en derivalas deles sen máis. Estamos perante unha cuestión nova que exige a afirmación de novas normas e valores, ou canto menos de adaptación dos valores que asumimos socialmente, pero cunha adaptación que debemos realizar e fundar conscientemente. Así, a consideración e afirmación da prohibición de “discriminación antes do nacemento”; ou a afirmación dun “dereito ao azar biolóxico” son exemplos disto. Precisamente unha boa ilustración disto son as consideracións sobre a clonaxe da Comisión Nacional de Reproducción Asistida, cando afirma a necesidade de protexer os “dereitos” a non ser programado xeneticamente e a ser produto dun azar xenético (CNRHA, 1999: 39).

O tema non fica esgotado aquí. Os argumentos que teño ofrecido non pretenden conducir tanto a unha conclusión fechada como a unha explicitación das cuestións en xogo. Incluíndo a posibilidade de que non futuro non moi lonxano a cuestión á que nos infrontemos sexa non só a selección do sexo da descendencia, senón a capacidade para a selección doutras características biolóxicas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ARISTÓTELES (1994): *Reproducción de los animales*, Madrid, Gredos.
- CNRHA (1999): *I Informe anual*. Madrid, Ministerio de Sanidad.
- DEBRY, J. M. (1994): *La fertilité contrariée. Les moyens de comprendre, les raisons d'espérer*, Bruxelles, De Boeck.
- DUMONT, Louis, (1989) *La civilización india y nosotros* [1964], Madrid, Alianza.
- ENGLERT, Y. (1993): "Choix du sexe", en G. Hottois; M.-H. Parizeau (dirs.) *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck, pp. 64-65.
- FELLOUS, M. (1995): "Sex identification and selection", en C. Sureau; F. Shenfield, *Ethical aspects of human reproduction*, Paris, John Libbey Eurotext, pp. 291-301.
- GLOVER, J. (1995): "Comment on some ethical issues in sex selection", en C. Sureau; F. Shenfield, *Ethical aspects of human reproduction*, Paris, John Libbey Eurotext, pp. 305-313.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons.
- HARRIS, M.; E. B. ROSS (1987): *Muerte, Sexo y Fecundidad. La regulación demográfica en las sociedades preindustriales y en desarrollo*, Madrid, Alianza.
- HÉRITIER, F. (1996): *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona, Ariel.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (1992): "Selección del sexo y derechos de la persona", en *La Ley*, 2º, 965-969.
- HIPÓCRATES (1996): *Tratados hipocráticos*, Madrid, Alianza.
- HIPÓCRATES (1996b): "Sobre la superfetación", en *Obras, t. IV*, Madrid, Gredos.
- HOLMES, H. B.; B. HOSKINS (1987): "Prenatal and preconception sex choice: a path to femicide?", en *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*. Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, pp. 15-29.
- HOLMES, Helen (1995): "Choosing Children's sex: Challenges to Feminist Ethics", en J. Callahan (ed.), *Reproduction, Ethics and the Law. Feminist Perspectives*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press.
- HOTTOIS, Gilbert (1991): *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*, Barcelona, Anthropos.
- HUARTE DE SAN JUAN (1989) [1575]: *Examen de ingenios para las ciencias*, Madrid, Cátedra.
- KISHWAR, Madhu, (1987): "The continuing deficit of women in India and the impact of amniocentesis", en *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, 30-37.
- KUSUM, K. (1995): "Sex selection", en C. Sureau; F. Shenfield, *Ethical aspects of human reproduction*, Paris, John Libbey Eurotext, pp. 302-304.
- LAQUEUR, T. (1990): *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Cátedra.
- LARGUEY, Gale (1978): "Reproductive technologies: Sex selection", en W. T. Reich, *Encyclopedia of Bioethics*, New York-London, The Free Press, pp. 1439-1444.



- LEMA AÑÓN, Carlos (1998): “A normativa sobre reprodución asistida e clonaxe nos países da Unión Europea”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, nº 2, 319-342.
- LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las tecnologías reproductivas*, Madrid, Trotta.
- MIES, María (1998): “Nuevas tecnologías de la reproducción: sus implicaciones racistas y sexistas”, en M. Mies, V. Shiva, *La praxis de ecofeminismo. Biotecnología, Consumo, reproducción*, Barcelona, Icaria, pp. 27-58.
- PASTOR PETIT, D. (1997): *India. Ángeles o demonios*, Madrid, Editorial Complutense.
- PICHOT, André (1997): *O Eugenismo. Genetistas apanhados pela Filantropia*, Lisboa, Instituto Piaget.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca (1997): “La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 6, 93-109.
- RIECHMANN, Jorge (2000): *Cultivos y alimentos transgénicos. Una guía crítica*. Madrid, Los libros de la catarata.
- ROBERTSON, J. A. (1994): *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, Princeton University Press.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (1994): *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- ROMEO CASABONA, C. (ed.) (1997): *Código de Leyes sobre Genética*, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia.
- ROMEO CASABONA, C. (ed.) (1999): *La eugenesia hoy*, Bilbao-Granada, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia-Editorial Comares.
- ROWLAND, R. (1987): “Motherhood, patriarchal power, alienation and the issue of ‘choice’ in sex preselection”, en *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1998): “El aborto, un problema pendiente”, en A. Cambrón (coord.) *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, 121-139.
- SEN, Amartya, (1990): “More Than 100 Million Women Are Missing”, en *New York Review of Books*, December 20, 61-66.
- SILVER, Lee M. (1998): *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Madrid, Taurus.
- STEINBACHER, R.; H. HOLMES (1987): “Sex choice: survival and sisterhood”, en *Man-Made Women. How new reproductive technologies affect women*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, pp. 52-63.
- SUSANNE, Charles (ed.) (1999): *De l’eugenisme d’état a l’eugenisme privé*, Bruxelles, De Boeck.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1991): “Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en *Revista General del Derecho* nº 59, 2535-2545.
- VILA-CORO, Dolores (1993): “La elección del sexo de los hijos”, en *Diario Médico*, 1-2-1993.

- WARNOCK, Mary (1993): *A Question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers.
- WARREN, M. A. (1987): "A reply to Holmes on *Gendercide*", *Bioethics*, Vol. 1, n° 2, April, pp. 189-198.
- WERTZ, D.; J. FLETCHER (1992), "Sex selection through prenatal diagnosis: a feminist critique", en H. B. Holmes; L. Purdy (eds.), *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, pp. 240-253.
- WERTZ, Dorothy (1995): "Reproductive technologies: Sex selection", en W. T. Reich (ed.) *Encyclopedia of Bioethics* (revised edition), New York, MacMillan, pp. 2212-2216.