

REAL ACADEMIA DE DOCTORES DE MADRID

**LA SELECCIÓN
DEL SEXO
EN SU
PROBLEMÁTICA
JURÍDICA**

DISCURSO

LEÍDO EN EL ACTO DE SU RECEPCIÓN

POR EL

Excmo. Sr. Dr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

Y

CONTESTACIÓN

DEL

Ilmo. Sr. Dr. D. Gonzalo Higuera Udías

EL DÍA 5 DE JUNIO DE 1991



MADRID

1991

DISCURSO

DEL

Excmo. Sr. Dr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Doctores;
Excmos. e Ilmos. Doctores Académicos
Señoras y Señores

PALABRAS DE GRATITUD

El reciente acuerdo de 4-12-1990 de la Real Academia de Doctores por la que he sido nombrado académico de número de esta docta Corporación exige (sin que ello incurra en el conocido tópico) expresar previamente el alto honor que ha supuesto esa distinción para quien en este momento dirige la palabra a este auditorio; estima y gratitud que me embargan en estos momentos y que huelga intentar exteriorizar con las ajustadas palabras de reconocimiento a ese inmerecido nombramiento, en el que ha sido propulsor y, cómo no, «culpable» en su cuota correspondiente mi entrañable amigo y compañero, el Secretario de la misma, Ilmo. Sr. Dr. D. Luis Gómez de Aranda.

DELIMITACIÓN DEL TEMA

Se me ha planteado la elección de una materia adecuada para este Discurso de Ingreso, y al respecto he creído conveniente centrar su temática sobre una cuestión de extraordinaria actualidad, de vital importancia por el cúmulo de connotaciones que provoca: por ello me he decidido, por las razones que habrá ocasión de reiterar, por elegir lo que en la rúbrica que antecede se denomina, *La selección del sexo en su problemática jurídica*. La misma expresión de dicha rúbrica demuestra su referencia estricta a la selección del sexo, con lo cual no es posible confundirlo, como a veces ocurre en el lenguaje convencional, con «cambio de sexo» o la posibilidad más o menos real de que la persona,

por supuesto ya nacida y con un sexo determinado, pueda por los recursos de la ciencia intentar, e incluso conseguir, que se altere el sexo que ostenta; sin embargo, cuando se habla de «selección del sexo», se alude a una eventualidad científica, pero, justamente, operativa en el proceso de la procreación de quien luego va a ser tal persona; y sobra remarcar que tampoco vamos a marginar dicha temática con todo lo referente a la *transexualidad*, problema éste que ha sido abordado suficientemente por la ciencia, por la jurisprudencia (fundamentalmente varias sentencias del T.S.) y que, sin más, puede definirse, siguiendo al especialista Magistrado Martínez Pereda, como aquella «desviación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos, no son los que corresponden a la persona, por lo que la conducta se dirige ya al cambio de los órganos sexuales mediante la adopción del vestido y modales del sexo opuesto».

SENTIDO JURÍDICO DE LA RÚBRICA

Además de esa delimitación, es preciso, desde la contemplación en el campo del derecho, plantearnos si esta selección del sexo constituye o no un derecho de la persona. En este sentido habrá, pues, de resolverse, si es un derecho y en su caso de quién, o bien si solamente existe una especie de posibilismo jurídico; de antemano se descarta que se trate, sin más, de un derecho y cuando decimos sin más nos estamos refiriendo a que no cabe, cualesquiera que sean las circunstancias que concurran en el supuesto, entender que dentro del ordenamiento jurídico, se consagre ese conjunto de facultades que permitan a los interesados pretender o aspirar a esa selección sexual; y en cuanto al sujeto a quien quepa atribuir tales facultades, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, en la predeterminación conceptual de la materia, se trata de una situación selectiva del sexo dentro de proceso de procreación humana, esto es, a los fines de poder determinar que aquel ser que va a nacer (en rigor no ya *nasciturus*, sino *concepturus*) pueda ser de un sexo y otro, el soporte subjetivo de aquellas hipotéticas facultades habrá de asignarse, justamente, a los progenitores del mismo, por cuanto que ese futuro ser carece, naturalmente, de dicha personalidad; ahora bien, se dice que no es un derecho indiscriminado, pues como se verá, dentro del tratamiento jurídico positivo solamente se reconoce un cierto poder selectivo cuando concurran las circunstancias excepcionales y desde otros campos, bien discutibles, que se fijarán en su momento.

I. ACTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

A) CONTROVERSIA JUDICIAL

El problema se suscita en el verano del pasado año de 1990 a propósito del Auto que dictó el Juzgado nº 2 de Mataró de 2 de agosto, en virtud del cual se autorizaba a una madre a que a través de las nuevas técnicas de procreación asistida, pudiera seleccionar el sexo de su futuro hijo, sentencia que, como se sabe, estimatoria de la pretensión, fue revocada en su día por el Tribunal Superior de Cataluña en Auto de 12-11-1990, levantó un cúmulo de opiniones desde los distintos sectores de difusión del país, que, efectivamente, convulsionaron toda la línea de entendimiento, hasta entonces más o menos pacífica al respecto, que se derivaba de la reciente publicación de la Ley de 22-11-1988; y aunque sea estrictamente para recordar sus circunstancias, es preciso transcribir los razonamientos de aquella resolución: «En la resolución, el juez autoriza a la mujer a dar a luz una niña previa inseminación artificial, con semen del marido, y previa selección por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo. El magistrado basa su autorización en el hecho de que la petición de la mujer tiene un claro objetivo terapéutico cuya finalidad tendería a curar el síndrome depresivo-ansioso que sufre al no tener otro miembro femenino. Este cuadro depresivo fue determinado por los forenses de la Audiencia de Barcelona L. O. M. y L. B. R., en un informe elaborado a petición del magistrado, en el que se muestran favorables a que la mujer pueda elegir el sexo del hijo. En este informe los forenses afirman que la petición de la mujer, realizada el pasado mes de febrero, se fundamenta en el deseo de equilibrar una familia excesivamente varonil y la supuesta seguridad afectiva de la mujer, que estaría mejor acompañada por una hija durante su vejez, según el juez. La depresión reactiva que afecta a la mujer, según los forenses de la Audiencia de Barcelona también es fruto de la frustración que sufre debido a que durante su último embarazo se le diagnosticó el nacimiento de una niña y, finalmente, el recién nacido fue un varón. El auto entiende que esta situación obsesiva no comporta un cuadro delirante, tal y como señaló en su informe el Ministerio Fiscal, que se manifestó en contra de la pretensión de la madre argumentando que la técnica de selección de sexo no se puede utilizar por puro capricho, y calificó de inadecuado el estado psicológico de la demandante. En este sentido, no pueden establecerse como fundamento para determinar un cuadro delirante las manifestaciones vertidas por la solicitante en orden a ser cuidada cuando sea mayor, ya que fueron hechas en un contexto coloquial, lo cual denota más un deseo de seguridad afectiva. Asimismo, se considera que la aplicación

de la inseminación artificial para la obtención del sexo deseado no infringe en este caso la ley y tampoco entra en contradicción con la negativa de facultativo alguno para su realización. A pesar de que el Fiscal se pronunció en contra de la petición, se refería en su informe al art. 20 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y afirmaba que la manipulación genética, al ser con una finalidad terapéutica, no infringiría tal artículo. Dicho artículo señala que constituye una infracción muy grave la selección del sexo o manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, y es que entiende que la solicitud de la mujer, vecina de Mataró, no se trata de un caso de manipulación genética, y también quedaría excluida como infracción muy grave por tener una finalidad terapéutica».

En definitiva, privó para esa decisión una patología familiar, por cuanto que la pretensión de la interesada se fundaba en que por ser un matrimonio en el cual ya existían cinco hijos varones, anhelaban los padres con legítimo interés que el futuro ser fuese una hija y, por tanto, acogidos a la posibilidad de este cambio, en su sentir, aspiraban a la obtención de una resolución judicial permisiva; en cuanto al fundamento de la pretensión se esgrimía al respecto el trastorno psicológico que estaba padeciendo esa madre, no solamente, por la sensación de que su futuro ser fuese del sexo masculino, sino, sobre todo, porque de ser así ello le produciría, además del quebranto de no tener una hija, verse privada el día de mañana de las asistencias y solicitudes derivadas de la conexión o relación con una descendiente del sexo femenino; y todo ello produjo una significativa impresión en el cuerpo social, hasta el punto que inicialmente esa aspiración por parte de la madre, encontró una comprensión y una adhesión evidentemente sentidas y emanadas desde los distintos resortes de este cuerpo social, por cuanto que, en resumen, se pensaba era una legítima aspiración, la de esta madre, el tener un futuro hijo del sexo hembra.

No obstante, con posterioridad, dicho juzgado admitió a trámite el recurso presentado por la Fiscalía de Barcelona contra el Auto que autorizaba a Esperanza Martín Cornejo, de 43 años y madre de cinco hijos varones, a elegir el sexo de su futuro hijo. Al mismo tiempo paralizó la ejecución del auto dictado por él mismo el pasado 2 de agosto hasta que el Tribunal Superior de Cataluña mantenga o revoque el mismo. La admisión del recurso fiscal, es una medida cautelar para evitar que un futuro fallo de la Audiencia quedase en el vacío. «No quisiera que Esperanza Martín quedara embarazada y posteriormente el Tribunal Superior revocara el auto inicial, porque se crearía un perjuicio irreparable, añadió el juez», como, en efecto, ocurrió con posterioridad por el Auto del T.S. de Cataluña de 12-11-1990 de la

Sección 14.^a de su Audiencia Provincial que será objeto de transcripción aparte.

B) ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Desde el punto de vista jurídico se planteó una interesante cuestionabilidad respecto al procedimiento judicial a seguir al respecto, y parece elemental razonar el porqué se recabó por la interesada esa autorización judicial y si es que existía al punto un mandato correspondiente, pues de lo contrario alguien, más o menos mal intencionado, pudiera pensar que eludiendo la intervención judicial podía, dentro del más absoluto privatismo, haberse conseguido la misma finalidad; no obstante ello, hay que descartarlo a la vista de lo que se dispone en la siguiente ordenación de la citada Ley de 22-11-1988; porque, en efecto, como se verá, por un lado, el art. 20 considera como infracciones muy graves, según su nº 2, apartado B, la de su letra n), esto es, la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados; luego claramente se está refiriendo a una posibilidad de selección autorizada y al respecto esta autorización, en particular, al no haberse desarrollado todavía la llamada Comisión Nacional de Reproducción Asistida, a que se refiere el art. 21, ha de entenderse dimanará de una pertinente intervención judicial; lo cierto es que razonada esa judicialización del tema, sus incidencias tengo ahora ocasión de explicitarlas, precisamente en razón a las Jornadas que se celebraron organizadas por la Cátedra de Derecho Penal de Girona, el pasado día 13-12-1990, bajo el epígrafe «El Dret a l'elecció de sexe en la fecundació» en donde participaron, aparte de algunos Catedráticos, el Fiscal del T.S. Justicia de Cataluña, juntamente con el que habla y cuyo fiscal expuso, de una manera amplia y detallada, los inconvenientes que de antemano existían para tramitar judicialmente esta petición de la madre, ya que confesó que en todo momento estuvo en contacto con el juez de Mataró, e incluso con distintos miembros de ese T.S.J. Cataluña ante el cual se resolvió luego el recurso de apelación; y al punto, hay que decir que la inicial dificultad radicaba en encontrar el cauce procedimental adecuado para albergar esa pretensión de la madre, porque no cabía entender el juego del art. 484, núm. 2 L.E.C. que impone el trámite del juicio de menor cuantía para las cuestiones relativas a la filiación, por cuanto que, como se sabe, se trata de un juicio contencioso en donde existe contradicción entre partes interesadas, y aquí, inicialmente, sólo existía una petición de esa madre o de los padres del futuro ser, sin ningún contradictor al respecto, por lo cual no cabía encajar la petición en el cauce procesal de esta jurisdicción contenciosa, por lo que para obviar esta dificultad, se llegó a pensar que podía,

perfectamente, haberse arbitrado la subsunción en este proceso de juicio de menor cuantía, si el propio médico que inicialmente fue el receptor de la petición y que aconsejó que se hiciese mediante autorización judicial, figurase él mismo como opositor para, de consiguiente, entablar la contienda frente al mismo, lo cual, naturalmente, se tuvo que descartar, porque el médico actuaba profesionalmente y en caso alguno se oponía a ello, sino que exigía que existiese la preceptiva autorización judicial.

Según ese relato, entonces, se pensó en la posibilidad única que existía al respecto de acudir a los trámites de la jurisdicción voluntaria que se regula en los arts. 1811 y ss. del Libro III de la L.E.C., y en efecto, por ese cauce se entabló dicha petición, en donde surgió otra dificultad sobre quien sería el destinatario de esa petición, ya que no podía entenderse como destinatario al Ministerio Fiscal porque, como es sabido, el art. 1815 le da entrada en este procedimiento mediante la audiencia preceptiva, con lo que de paso se provocaban otros inconvenientes, sobre todo, para en su día tramitar el recurso de apelación frente a la sentencia dictada que había de seguir los trámites de los incidentes según el art. 1821 de la citada Ley; de cualquier forma, tramitándose dicha apelación por la vía incidental al amparo de lo dispuesto en el art. 1821, y salvando algunos aspectos en cuanto a la existencia de las respectivas partes en los términos que previenen los arts. 742 y ss. se resolvió el recurso en el sentido estimatorio anticipado.

II. TESIS ENCONTRADAS

Sin duda, por lo novedoso del asunto, la primera dificultad que surge es la de intentar plasmar una controversia doctrinal, en la idea de sistematizar los argumentos a favor y en contra de la tesis sustentada en la resolución desestimatoria de la pretensión por el T.S.J. Cataluña, o bien, en la, en principio, legítima petición de la madre; no obstante con la idea de reflejar con la mayor claridad las posibilidades que existen en el mero campo de la opinión, especialmente jurídica al respecto, se diseñan a continuación las eventuales tesis que pueden encontrarse sobre tal problemática.

A) TESIS POSITIVA

La tesis positiva, como su nombre alude, aspira a justificar la viabilidad de la petición de esa madre y, en general, a reconocer que, cuando concurren circunstancias análogas o parecidas, es perfectamente posible admitir una petición semejante y, por lo tanto, viabilizar la selección genética del sexo.

Argumentos

a) *Transfondo popular y entraña familiar ante la repetición procreadora unisexual: legítima aspiración de los padres a la diversidad*

Confrontando el tema desde el eco que produce en el seno de la misma sociedad y, por supuesto, dentro de la propia intimidad familiar, parece ser que no debía discutirse esa legítima aspiración por parte de los padres de no verse privados a procrear un hijo de sexo distinto a los varios que ya tienen de sexo contrario; y ha de puntualizarse que esa justificación provendrá de ese matrimonio arquetípico, a nuestros efectos, que ya posee hijos de un sexo idéntico y que aspira (como cualquier otro matrimonio, al considerarse un bien apetecible tener hijos de sexo opuesto, tal y como ocurre en el caso examinado en donde ya se han procreado hijos de sexo varón, en número de cinco) a que el futuro sea una hembra; y sería ocioso, pues, acumular argumentos que justifiquen ese anhelo tan natural por parte de esos padres, por lo que, se dice, que desde el mismo trasfondo popular, desde el mismo juicio y convicciones de ese cuerpo social, las opiniones que se emiten al respecto se cohonestan con esa justificadísima aspiración que dentro de la entraña familiar de ese matrimonio; demandaban tales padres para que se les reconociese su aspiración a tener una hija hembra.

b) *Tutela del voluntarismo acorde con los nuevos tiempos*

Es otro argumento que puede, perfectamente, equiparar esta tesis positiva, en el sentido de que en un Estado de derecho, liberal y democrático, y hasta casi con apoyo en la Constitución desde los arts. 9, 10, 14, 15, 1 y sobre todo el 24-1, que dice así: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», es perfectamente defendible la tesis de que cualquier voluntad expuesta por los ciudadanos que pretenda la consecución de un fin o «interés legítimo» que colme sus íntimos deseos y que no trasgreda, en principio, ninguna normativa imperativa, debe encontrar la adecuada tutela jurídica.

c) *No perjuicio a nadie en concreto*

Asimismo, siguiendo el dictado del anterior argumento, se puede decir que esa aspiración tampoco choca con un interés contrapuesto que pudiera esgrimirse como obstáculo a su viabilidad, ya que habiendo de descartar la eventualidad, bien quimérica, de que por el aumento de la prole pudiera cualquiera de los hijos ya nacidos entenderse perjudicado por el incremento del número de hermanos y por tanto con la consiguiente privación de su cuota hereditaria en su día, no es posible, hablando seriamente, entender que por colmar de sentido estimatorio esta petición, alguien pudiera esgrimir un interés o un perjuicio evidente derivado de tal consecución.

B) TESIS NEGATIVA

La tesis negativa pretende, al contrario de la anterior, demostrar que también existen argumentos desde, incluso, distintos campos sociales, éticos y científicos, al margen de los jurídicos que pugnan, pues, por esa tutela satisfactiva y que, en sentido opuesto, por ende, debería rehusarse tal petición; son argumentos suyos los siguientes:

a) *De carácter médico-científico*

Ya se ha pronunciado al respecto, entre otros, el Dr. Dexeus, especialista en la materia así: (*El País*, 30-8-1990) «Personalidad en crisis: la primera pregunta, me atrevo a contestarla, aún no siendo psiquiatra, con un no. Considero que el problema angustioso u obsesivo es propio de una personalidad en crisis, más o menos grave, y que la curación se obtiene con un tratamiento psiquiátrico. La segunda pregunta, tiene una clara respuesta. Otro no, y está basado en que los presupuestos

dedicados a sanidad deben cubrir necesidades prioritarias, como pueden ser el diagnóstico precoz del cáncer femenino o la atención a los crónicos. Todo acto médico no prioritario debe posponerse en aras a lo que realmente necesita el usuario de la medicina pública. Si quien solicita la elección de sexo, lo hace en la medicina privada, la respuesta para mí también es clara y se incluye en la contestación de la tercera pregunta que proponía. Los médicos hemos de luchar constantemente contra la medicalización fútil, innecesaria de cualquier prestación sanitaria. La elección de sexo "a la carta", la inscribo en este contexto, y en mi fuero interno pienso que si la naturaleza sabiamente hace que el porcentaje de niñas y niños sea igual, toda manipulación me parece forzada, inútil y probablemente peligrosa desde el punto de vista demográfico, si la moda se extendiere con rapidez. Añadamos que la selección del sexo mediante manipulación genética está totalmente contraindicada, puesto que existe un riesgo real de lesión sobre el embrión, ya que las técnicas no están perfeccionadas y de momento, totalmente proscritas. La selección mediante medios físicos es relativamente fácil, pero al parecer con un porcentaje de fracaso alrededor del 30%. Si tenemos en cuenta que la naturaleza por sí sola nos da un 50% de éxito, es bien poco lo que las técnicas actuales ofrecen. Es humano querer satisfacer el deseo de una futura madre, pero cuando conlleva implicaciones, los científicos deben ser cautos y la sociedad disponer de los medios para regular el trabajo de aquéllos sin depender del criterio de unos pocos.

b) *Delimitación de esa tutela*

Como ya tuve ocasión de exteriorizar a través de la prensa diaria, es preciso cerrar el paso a aspiraciones como la enjuiciada y en general todas aquellas que pretendan que por razones de la diversidad sexual, incluso anidadas básicamente en el quebranto que pueda producir la reiteración del sexo con un indiscutible o discutible componente de alteración psicológica en los progenitores, deban justificar la estimativa; y así como entonces se expuso podía por esa misma trayectoria entenderse que también existen argumentos poderosos para pretender alteraciones genéticas de los futuros hijos, para, de esta forma, colmar o evitar el sustraendo o déficits que, en su caso, pudieran padecer padres que se encontrasen en los casos que se relatan a continuación: (ABC, 10-8-1990) «Hoy por hoy, los datos científicos son muy provisionales pues se habla de estadísticas que ponen de relieve que unos porcentajes de éxito en el experimento genético del 70 ó del 80%, con lo que, aun admitiendo esas cifras por válidas, el riesgo de fracaso es hasta probable. Aparte, pues, de esa incertidumbre del proceso genético de selección, han de añadirse los inconvenientes o enigmas científicos siguientes:

a) ¿Será totalmente normal el proceso de gestación de esa madre, cuando sólo se le han transferido unos cromosomas del semen y no los restantes, pese a que ambos componen el tejido celular natural de la materia genética correspondiente?

b) Si el resultado es positivo, o sea se logra el fin deseado, ¿se puede asegurar que el recién nacido es igual de normal que si hubiese sido engendrado con la totalidad seminológica de transferencia?

c) Y siguiendo esa línea de permisividad en el futuro pueden satisfacerse también legítimas demandas de manipulación genética por familias cuyas madres estén psíquicamente desquiciadas por encontrarse en alguno de estos casos:

1. Si son de raza negra, por la discriminación que padecen socialmente, aspiren a que con ayuda de la ciencia —selectiva de la microanalítica genética— les depare un hijo blanco...

2. Por la vanidad del uso social, pretender un hijo de porte nórdico, con cabellos rubios, ojos azules...

3. Ante la precaria dosis de inteligencia de la prole, o vulnerabilidad física de sus miembros, a que se les provea de hijos muy inteligentes o formidos...»; y no se dude que con independencia del puntual conocimiento de los adelantos científicos, hoy en día los avances de la microanalítica y la microcirugía, dentro de lo que hoy ya se llama la ingeniería genética, pueden perfectamente atender peticiones del sexo análogo a los descritos; y tampoco se olvida que ese «mal» de la filiación unisexual no es tal, pues «el repudio social de que yo hablo muy resumidamente podría consistir en que, permitáseme la expresión, el rol de la familia de identidad sexual —sólo hijos o sólo hijas— no es excepcional, y cualquier persona conoce de sobra a un cúmulo de estas familias, las que, sin dudar de sus íntimos deseos por procrear en variedad no por ello padecen en absoluto, ni lo consideran un mal, y viven en total armonía, con cotas de felicidad y bienestar preceptibles y ratificados por el propio consenso o estima social en donde las mismas conviven. Entonces, ante la intrascendencia o irrelevancia sociológica y familiar de esa privanza, no parece serio hablar de perturbaciones psicológicas en el *statu quo* de tales padres».

c) *Desquiciamiento del propio sentido individualizador de la especie humana*

Efectivamente, una de las razones que se esgrimen ya desde el punto de vista científico, como habrá ocasión de reforzar cuando al final se hable del componente de esa identidad genética, es que, merced

a esas manipulaciones realizadas en el proceso de procreación, se puede llegar a situaciones verdaderamente perturbadoras del sentido individualizador de la especie humana, en la idea de que con esos experimentos el nuevo ser así seleccionado distará en su propia entraña por transmisión de su ley hereditaria, de la esencial fidelidad que integra el cuadro determinado por sus propios precedentes.

d) *Convulsión del Código de Identidad Genética. El Genoma Humano y la alteración de los cromosomas X e Y como quehacer científico determinante de ese cambio*

Asimismo y reiterando lo que al final se expondrá como conclusión de la tesis que se mantiene contraria a la permisividad, en principio, teniendo en cuenta que esa manipulación supone una alteración de los cromosomas que, como es sabido, anidan en el hombre y en la mujer, esto es, en los procreantes, ya que se precisa aislar en la correspondiente transmisión los cromosomas respectivamente de la clase X de la mujer, con los cromosomas X e Y del varón, de tal forma que alterando a través de la microcirugía el número de cromosomas que se juxtaponen, conseguir el resultado adecuado para que, efectivamente, prevalezcan unos u otros en pos a la determinación del sexo seleccionado, es evidente, pues, que el fruto de esa procreación no responde fidelísimamente a la previa composición que de esos distintos cromosomas tienen el padre y la madre, y eso, naturalmente, puede provocar una serie de alteraciones en el Código de Identidad Genética, se repite tal y como habrá ocasión de insistir en la parte final de esa conferencia.

e) *Riesgos residuales o enigmáticos*

Se apuntan una serie de cuestiones más o menos probables que pueden presentarse y que acaso produzcan un riesgo de deterioro en lo que suele ser un proceso normal de concepción y de embarazo, como los siguientes:

1. En primer lugar, *trastornos en el embarazo*, pues no se puede asegurar si, efectivamente, a resultas de esa manipulación genética selectiva del sexo, el proceso de embarazo de esa madre gestante va a ser o va a seguir el decurso normal de cualquier otro embarazo que no haya sido objeto de tal manipulación, por cuanto que, por lo menos, no existe noticia conocida de que en realidad un embarazo, previa manipulación genética en pos de seleccionar el sexo, haya discurrido por unos cauces de normalidad y sin trastornos de tipo alguno perjudicantes o damnificantes del futuro ser.

2. En segundo lugar, en torno a la *normalidad del recién nacido con sexo alterado*, esto es, también, es enigmático, se pueda confirmar que efectivamente una persona nacida mediante esa alteración sexual por manipulación genética, tiene un componente psico-físico totalmente idéntico al de otro ser concebido sin dicha alteración, e igualmente, tampoco es posible determinar si en el posterior decurso de su vida fisiológica y psíquica ese nacido de esta manera puede discurrir su posterior desarrollo por cauces totalmente normales.

3. *Otros posibles riesgos psicológicos*, apuntan que asimismo cabe atisbar perturbancias en la psique de la madre, pues acaso puede el día de mañana no comprender que ese ser así seleccionado para ella no le supone la misma realidad o situación a los demás hijos que tiene, engendrados sin dicha alteración, así como en el ser seleccionado tampoco es posible determinar si su «psique» ha podido verse alterada por o a consecuencia de la manipulación genética que tuvo o padeció en el laboratorio.

III. POSICIONES INSTITUCIONALES

A) ENEMIGA DE LA IGLESIA, EXAMEN DE LA INSTRUCCIÓN 22-2-1987, APTO. 1-6

Se reitera en este trance la postura totalmente condenatoria que la Iglesia ha proclamado sobre toda posibilidad de utilizar no ya la manipulación genética con respecto a la selección de sexo, sino hasta el uso de cualquiera de las técnicas de la procreación asistida; para ello es suficiente remitirnos al contenido de la Instrucción de 22-2-1987 en donde de una manera rotunda por parte del Pontífice en la Audiencia de la Congregación de la Doctrina de la Fe, se emite una condena total y radical, hasta el punto que hay quien atisba en ello un cierto retroceso a algún resquicio de permisividad que anteriormente existía y que dimanaba de las propias recomendaciones de la autoridad eclesiástica; pero por lo que respecta a la materia concreta de la selección del sexo, es elocuente lo que al punto se establece por dicha Congregación para la Doctrina de la Fe en su apartado 1-6, que literalmente dice lo siguiente: «Algunos intentos de intervenir sobre el patrimonio cromosómico y genético no son terapéuticos, sino que miran a la producción de seres humanos seleccionados en cuanto al sexo o a otras cualidades prefijadas. Estas manipulaciones son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad. No pueden justificarse en modo alguno a causa de posibles consecuencias beneficiosas para la humanidad futura. Cada persona merece respeto por sí misma: en esto consiste la dignidad y el derecho del ser humano desde su inicio». Y también por insignes especialistas se ha reiterado la anterior condena: (ABC, 4-8-90) «El jesuita Manuel Cuyás, miembro del Instituto Borja de Biotécnica de Barcelona, dijo que el descubrimiento del gen TDF es algo científicamente poco probado, ya que se duda que el determinante del sexo sea un único gen. Cuyás señaló también que legalmente, aquí y en todos los países europeos sólo se acepta la elección de sexo por razones médicas, pero no porque se tengan muchos hijos de un mismo sexo y se quiera tener otro del sexo contrario».

Asimismo, la selección de espermatozoides para determinar el sexo del hijo, antes de fecundar el óvulo, y que, según Cuyás se consigue en un 80% de los casos, tampoco es aceptada por él: tampoco en este caso —añadió— creo que se deba hacer por un simple capricho y sólo podría aceptarse desde un punto de vista ético, por razones médicas.

Otro jesuita, Carlos Alonso Bedate, profesor de Investigación del Centro de Biología Molecular del Consejo Superior de Investigaciones

Científicas, considera que el descubrimiento del TDF es importante, pero no se sabe qué interferencia puede tener con otros genes.

No obstante, piensa que si no existiese riesgo alguno —lo que no puede garantizarse, dado que el nivel de las investigaciones está en una fase muy primaria— para el futuro ser, no veo por qué no podría determinarse su sexo».

De la misma manera, la elección del espermatozoide, antes de fecundar el óvulo, para seleccionar el sexo es visto como algo «normal» y éticamente aceptable por ese profesor. «No veo razón alguna para prohibir o poner trabas a la elección del sexo, ya que, al fin y al cabo, es algo que de forma natural se produce por azar. No veo por qué el ser humano tiene que estar ligado a un destino determinado».

Por su parte, Francisco Javier Gafo, ilustre experto en temas de biotécnica, opinó que «es un avance importante el descubrimiento del TDF», aunque consideró que la modificación del sexo manipulando este gen «no es ético desde mi punto de vista, ya que puede crear desequilibrios importantes en el ser humano».

«Tengo una reserva absoluta hacia este método, insisto en que está muy poco desarrollado en sus investigaciones, porque es jugar un poco a la ruleta rusa», añadió Francisco Javier Gafo. Sin embargo, dijo que otra cosa es la elección del sexo «mediante la inseminación artificial, antes de la fecundación del óvulo, ya que implica poco o ningún riesgo».

No obstante, considera que debería haber por parte de los padres «una cierta aceptación del hijo que viene sea cuál sea el sexo, porque no es nada negativo tener sólo hijos o hijas».

Por su parte, los obispos españoles condenaron en 1988 la fecundación asistida y la congelación de embriones o su uso para fines experimentales. Asimismo, en la última reunión plenaria de la Conferencia Episcopal Española, celebrada el mes de febrero del pasado año, los preladados estudiaron el borrador de sendas notas, elaboradas por la Comisión para la Doctrina de la Fe, sobre «Técnicas de Reproducción Asistida» sobre «Donación y utilización de órganos y embriones humanos», cuya publicación ha ido demorándose».

B) DERECHO COMPARADO Y ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. RECOMENDACIÓN 1046 DE 1986. NÚM. 13

En el campo internacional cabe afirmar con María José Varela que: «La posibilidad de venir al mundo de un modo diferente ha aparecido siempre ante la opinión pública como un avance de la ciencia

en su lucha contra la esterilidad. No obstante, la desviación de las nuevas tecnologías reproductivas a otras finalidades ha sido puesto de manifiesto de modo reiterado por algunos colectivos, entre ellos, muy especialmente organizaciones de mujeres.

Su regulación legal llegó a este país de modo pionero; sólo Suecia, con una Ley de 1984 y Noruega, con otra de 1987 habían precedido la tarea normativa general.

En la mayor parte de los países europeos los comités de expertos emitían dictámenes y la discusión era intensa, las propuestas legales fueron modificadas una y otra vez y se extremaban las cautelas para evitar las prácticas no idóneas sobre las que si existía un cierto consenso. La selección del sexo, como la clonación, la creación de híbridos, la creación de seres humanos con fines distintos a la procreación, etc., fueron consideradas desde su inicio como actividades a prohibir.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Civiles del Parlamento Europeo, en su documento de trabajo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética de julio de 1987, indicaba: «Los padres no pueden en manera alguna regular el tipo de la combinación de los genes en la dotación genética de sus hijos. De esta manera queda garantizado que la persona no deba sus predisposiciones físicas e intelectuales al plan y a la voluntad de otros seres humanos. Se trata más bien del resultado del azar natural; así, se puede ocasionar en algunas circunstancias graves sufrimientos humanos, pero precisamente porque la persona no es el resultado de un experimento realizado por sus padres, sino por el producto de azar de la naturaleza, quedan garantizados tanto la independencia de las personas entre sí como su valor individual». El que la técnica que pretende utilizarse en este caso concreto no implique manipulación genética, en el sentido de modificación de los genes, no impide que le sea de aplicación la recomendación, ya que supone la actuación dirigida a la predeterminación de una cuestión tan importante como el sexo.

En ninguno de los textos europeos vigentes actualmente (Suecia, Noruega, Dinamarca) se autoriza la elección del sexo; tampoco se permite en los que está en trámite parlamentario (RFA, Austria, Reino Unido...).

Incluso en el Derecho Comparado de nuestro entorno, observamos una mayor dureza con las infracciones a la Ley que tienen un castigo en el orden penal, al tiempo que más restricciones y control en su utilización en los hospitales.

Y en cuanto a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, asimismo es elocuente la delimitación que se efectúa en la Recomen-

ción 1046 nº 13, como se transcribirá más adelante, en donde se prohíbe, sin más, la selección del sexo por manipulación genética con fines no terapéuticos, esto es, se prohíbe dicha manipulación y, por lo tanto, solamente se posibilita la misma en cuanto la finalidad sea terapéutica.

C) LEGALIDAD ESPAÑOLA. EXAMEN DE LAS LEYES DE 22-11-88 Y DE 28-12-88.

a) *Su amplitud permisiva censurable en general sobre las nuevas técnicas de procreación asistida*

Son ejemplos elocuentes de esa censura los siguientes artículos de la Ley 22-11-1988. *Artículo 1*: partiendo de que en su apartado 2º preceptúa que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación con otras terapéuticas, cuando éstas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces, en principio, ha de admitirse, en nuestro entender, que el fundamento de esta actuación es objetivo, por cuanto que su finalidad es justamente colmar las deficiencias por la esterilidad humana o la privación de hijos por parte de las parejas; sin embargo, ya en su núm. 3 se preceptúa que estas técnicas podrán utilizarse también en la «prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas», con lo cual, naturalmente se amplía el uso de estas técnicas pues ya no es preciso que tengan por finalidad el remedio contra la esterilidad humana sino también la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y, tal vez, de esto es de lo que cabe derivar la permisión de esta manipulación genética objeto de nuestro estudio; el *artículo 2* establece, en primer lugar, que estas técnicas de reproducción asistida se realizarán sólo «cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia» (bien indiscutible que ha de prevalecer) y, sobre todo, en su apartado b, se dice que se realizarán dichas técnicas sólo en «mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psico-física», con lo cual, naturalmente, hay que descartar la posibilidad del evento objeto de examen, por cuanto que la perturbación psico-física de esa mujer le privaba ya de estar en posesión de una de las condiciones que se exige en este art. 2 apartado b); y sin perjuicio de resaltar lo que en nuestra obra sobre «La nueva Inseminación Artificial» hemos calificado como «Ley de Médicos» que prevalece en todo lo relativo a su capítulo IV, arts. 11 y ss. (en donde se establecen una serie de circunstancias estrictamente científicas y médicas impropias de una Ley sustantiva; y se reproduce

lo que al punto entonces decíamos: «En el Cap. IV sobre la Crio-conservación y otras técnicas, empieza la plétora de tecnicismos científicos, y el uso de una terminología o nomenclatura que no debía albergarse en el marco común de una Ley como la presente, al margen de que ello acontezca en el plano de organización actuatoria del estamento profesional. Porque rubricar un capítulo con el término de «Crio-conservación», ya es para asustarse, pues además de que no se define qué es —y desde luego para un jurista o para un operador jurídico, por mucha que sea su erudición, no debe ser familiar este exotismo interdisciplinar—, no hay duda de que por su mismo sentido o inteligencia denota que ya se está dirigiendo la ley o el encargo legal al médico; y la denuncia más resalta al comprobar que lo sancionado sobre los llamados «Bancos de Semen» y las vicisitudes del material almacenado, no debía con tanto detalle formar parte del marco de legalidad básica o común que la Ley representa. El cientifismo y la inflación médica que informa toda la ley, aún se acrecienta más cuando en los otros dos apartados o «secciones» se habla de «diagnóstico» y «tratamiento» o de «investigación y experimentación», que de por sí revelan que con tales rotulaciones, se está como redactando una especie de protocolo o *vademecum* de conducta profesional dirigido a los médicos, para que sepan lo que pueden hacer —*licere*— o lo que no pueden hacer —*non licere*— lo que si es conveniente, porque, en definitiva, el médico es el gran protagonista o artífice de la ejecución de las nuevas técnicas, no debe olvidarse que las mismas, en su dimensión de pura sociología y de Derecho, forzaron la exigencia de su positivización, al crearse así con los descubrimientos de la ciencia, auténticas necesidades sentidas en el cuerpo social. Por último, y al margen de cuanto se ha expuesto, un detalle del uso de tecnicismos médicos o más bien su abuso por la nueva Ley, se puede hallar en ese modelo de paradigma invasor: «Transferencia Intratubárica de Gametos» TIG: art. 1-1; «Garantías diagnósticas y terapéuticas»: art. 1-3; «Investigación y experimentación con gametos u óvulos»: art. 1-4; «Donantes de gametos y preembriones» y «Características fenotípicas»: art. 5-1; «Protocolo obligatorio»: art. 5-6; «Células reproductoras»: art. 5-8; «Similitud fenotípica e inmunológica»: art. 6-5; «material reproductor». art. 9-1; «Crio-conservación»: Cap. IV; «Crio-conservación, descongelación»: art. 11-2; «Fines diagnósticos»: art. 12; «Fines terapéuticos»: art. 13; «Terapéutica»: art. 13-3; «Investigación básica o experimental»: art. 14-1; «Ovocitos», «Crio-conservación de óvulos»: art. 14-2; «Test del hamster»: art. 14-4; «Patrimonio genético no patológico»: art. 15-2 b); «Modelo animal»: art. 15-3-b); «Cronología óptima»: art. 16-1-a; «División celular, la meiosis, la mitosis y la citocinesis»; art. 16-1-b; «Organización celular»: art. 16-1-c; «Estructura de los genes y los cromosomas»: art. 16-1-e;

«Contracepción o anticoncepción, zona pelúcida del óvulo, contracepción de origen inmunológico, implantes hormonales»: idem, letra f; «Histo-compatibilidad o inmunitarios», «La nueva mucosa uterina»: idem. ap. g; «Procesos de gametogénesis»: ap. h; «Corioepiteloma»: ap. i.; «Cromosopatías, metabolopatías, agentes externos mutágenos, teratógenos»: ap. j; «Equipos biomédicos»: Cap. V; «Lavado uterino»: art. 20-2-B-b; «Clonación»: art. idem. ap. B-k; «Partenogénesis»: ap. m; «Fusión preem-briones»: ap. q; «Ectonogénesis»: ap. s; es sólo un muestreo del disparate terminológico denunciado: el recurso al diccionario de expertos en Medicina es indispensable para todo intérprete jurídico, por muy erudito o lúcido que sea; para suplir nuestra ignorancia en ese área, el auxilio al «Glosario» de voces y términos que inserta en su obra J. Gafo: «Nuevas técnicas de reproducción humana» Ed. Univ. Pont. Comillas, Madrid 1986, ha sido muy valioso, como lo es toda esa publicación en su conjunto»). Finalmente, es preciso destacar al respecto la impropiedad —por no decir la equívoca redacción— que supone el famoso *art. 14* en donde, literalmente se dice que «se autoriza el *test del hamster* para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos... y que se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente», lo cual en su entendimiento a la letra o rectilíneo es un despropósito de tal envergadura, pues implica que en el futuro, por quien sea u ostente la autoridad para dictar esta autorización correspondiente, pueda permitirse cualquier cruce entre gametos humanos y animales: el horror del resultado es fácil de entrever.

b) *Expresa prohibición del cambio genético del sexo por motivos psicológicos de la madre*

Ello está perfectamente recogido siguiendo el dictado de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en el art. 20-2 B n) Ley 22-11-1988, porque, como se ha dicho, se consideran como infracciones muy graves la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, con lo cual ha de descartarse, en primer lugar, la posibilidad de seleccionar el sexo con fines no terapéuticos, y fin no terapéutico es, naturalmente, el fin psicológico, esto es, la posible perturbación por parte de la madre, ya que es muy distinto una finalidad psicológica y la eminentemente curativa para evitar una enfermedad genética o hereditaria en los términos que se han visto que especifica el anterior art. 1-3 (y, sobre todo, que esta ley, incluso, ratifica aún más, con los límites de la autorización, por cuanto prescribe que es también infracción muy grave, cuando la finalidad sea terapéutica pero no esté autorizada, lo que cabe reconducir al dato,

como se dijo al principio, de la exigencia de dicha autorización); por lo tanto, se precisa, pues, determinar el sentido justamente sancionado, de que no constituye infracción y es posible la selección del sexo con fines terapéuticos autorizados —con independencia de que la autorización, en tanto en cuanto no esté constituida la citada Comisión Nacional de Reproducción Asistida a que se refiere el art. 21 de la Ley, habrá de provenir de un mandato judicial, tal y como aconteció en el incidente procesal que se ha hecho referencia— y al punto habrá de entenderse, en cuanto a la finalidad terapéutica, su esencial naturaleza curativa, esto es, de sanación de enfermedades genéticas o hereditarias, las cuales, por supuesto, habrán de referirse a las que pudiera padecer el nuevo ser y nunca, en relación con la madre gestante, descartándose, como se ha dicho, que por el trastorno psicológico de la madre, en el caso de que no se atendiese su demanda, acaeciera el riesgo de que un embarazo contraído por persona así psicológicamente quebrantada, pudiera reportar o inferir al feto un componente perturbador de su propia naturaleza somática y, entonces, entender, que debido a esa causa de alteración psicológica de la madre, se produce durante la gestación, una especie de tara o enfermedad ya susceptible de la correspondiente terapia en el nuevo ser, lo que se apunta como mera hipótesis bien enigmática, por cuanto que, científicamente, no es posible entender a efectos de su relevancia jurídica, que esa causa psicológica en la madre, productora de la tara fisiológica en el nuevo ser, justifique entonces la finalidad terapéutica; se ratifica lo dispuesto por repetida Ley de 22-1-1988 en relación con lo establecido al punto por la Ley de 28-12-1988 sobre donación y utilización de embriones en cuyo art. 8-2 se especifica, en su apartado c), que: «la aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar con fines terapéuticos para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente el cromosoma X, evitando su transmisión», con lo cual, al parecer se pretende evitar la posible transmisión de enfermedades sobre todo de tipo sanguíneo.

IV. OPINIÓN DOCTRINAL DE LA LEGALIDAD ESPAÑOLA

Son argumentos finales que, en una especie de síntesis, pueden potenciar aún más la tesis negativa, los siguientes que se derivan, estrictamente, de campo de la propia literatura jurídica:

A) UNA TERAPIA NO ADMITIDA POR LA LEY

El Dr. Marcelo Palacios «diputado socialista y ponente de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, señala que ésta se refiere únicamente a las enfermedades que afectan al posible hijo y no a las que sufra la mujer que desee recurrir a dichas técnicas. La Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida regula la utilización de estas técnicas, señalando «como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces» (art. 1, párr. 2º).

La Ley establece que «estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas» (ar. 1 párr. 3º). Es evidente que la ley se está refiriendo a las enfermedades que afectan únicamente al posible hijo y no a las enfermedades genéticas, hereditarias u otras de la mujer que desee recurrir a dichas técnicas. En consecuencia, cualquier actuación de ese tipo recae expresamente en los gametos o el preembrión que originaría el hijo. Tal puede ser el caso de la selección del sexo, que obviamente sólo puede realizarse en los gametos masculinos o en los preembriones afines que les afectan a ellos exclusivamente, terapéuticos o no, y nunca a la mujer (que ya tiene su sexo inequívocamente acreditado). En tal sentido, la argumentación de una posible enfermedad psíquica de la mujer como justificación para la selección del sexo del hijo deseado no está amparada en esta Ley.

En consecuencia, y tal y como se establece en la ley (art. 20-2-B-n), se tipifican como infracciones muy graves «la selección del sexo o las manipulaciones genéticas con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados», con lo que queda fuera de duda que la selección del sexo de los espermatozoides o de preembrión es con fines que sólo a ellos les atañen directamente.

El espíritu de la Ley. Esta textualidad de la ley no debiera propiciar especulaciones ni equívocos sobre lo que en ella se establece. Por otra parte, una lectura detenida de la misma pone de manifiesto que entre sus principios esenciales están el de que las actuaciones con fines diag-

nósticos se dirigen entre otros cometidos a «la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible» (art. 13-1), y el de que las actuaciones, terapéuticas «no tendrán otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión» (art. 13-1). La Ley se está refiriendo, en éstas y en otras partes de su articulado, a las células reproductoras y al diagnóstico o terapéutica que sobre ellas se realice, sin cabida para la selección de sexo con fines de satisfacer el mero deseo de la mujer ni alusión a la posible patología de ésta, para insistir que la terapéutica sólo se autorizará «si no busca la selección de los individuos o de la raza (art. 13-3 d).

Por lo demás, el argumento (ya refutado) de un trastorno psíquico para justificar la selección del sexo del hijo deseado se vuelve contra las aspiraciones de la mujer misma a tenor de la ley, que establece que «las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica» (art. 2-1-b).

En definitiva, según la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, las técnicas no se autorizan a mujer que padezca una enfermedad psíquica ni ésta puede ser justificante de la selección del sexo de la descendencia; si, por el contrario, la mujer no padece tal tipo de enfermedad, desaparecen los argumentos para que la selección del sexo se plantee siquiera».

B) LOS DERECHOS HUMANOS CONCLUCADOS POR DOS LEYES

En un ejemplar artículo publicado el 12-9-1990 por la experta abogada M.^a Dolores Vilacoro, se efectúa un análisis completo tanto de la Ley de 22-11-1988 como de la Ley de 28-12-1988 en el sentido de no solamente censurar en lo concerniente a su dictado, sino en robustecer la tesis negativa que se sustenta; y al respecto se decía lo siguiente: «En la exposición de motivos de la Ley de 22-11-1988 se dice que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana y que “el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir en ella modificándola”. Sin embargo los recursos de manipulación que se ha dado el ser humano, no es la herencia del investigador la que va a ser modificada, sino la herencia y la trayectoria vital de otras personas. Esto nos hace pensar si no estaremos ante una nueva forma de dominio del hombre por el hombre.

En la Exposición de Motivos se pide una colaboración entre la sociedad y la ciencia “desde el respecto a los derechos y libertades fundamentales de los hombres en estricto beneficio del ser humano”. En mi opinión, la Ley no respeta los derechos fundamentales de los

hombres. La Ley encierra un sofisma que consiste en establecer una barrera terminológica llamando preembrión a la primera fase del desarrollo humano, a lo que no es más que una parte del proceso; con ello establece distintas fases embriológicas que considera diferenciales y extiende esa diferenciación y valoración a la ética y a la protección jurídica.

Una vez degradado el estatuto ético y jurídico del concebido no nacido, entiende que su manipulación está justificada. La manipulación se refiere no sólo a la modificación de su trayectoria vital. De este modo se manipula el sofisma, ya que no es al preembrión a quien se han reducido sus derechos, sino al hombre que será mañana. A ese hombre se le ha condenado a una orfandad legal como hijo de mujer soltera; a no conocer la identidad del padre que lo ha engendrado, rompiendo así su relación de causalidad filogenética, o se le ha expuesto a enlaces consanguíneos como consecuencia del anonimato del donante de los gametos que le han dado vida...

La Ley utiliza una terminología sugestiva que oculta, en ocasiones, situaciones incongruentes o paradójicas. Un ejemplo lo ofrece el aludido art. 20 cuando permite la selección del sexo o la manipulación genética con fines terapéuticos. La medicina, como es sabido, tiene una función terapéutica que consiste en curar o aliviar la enfermedad, y otra profiláctica cuya misión es evitar que las enfermedades se presenten o disminuir su incidencia. Si la selección del sexo se realiza eligiendo los gametos aptos para generar un hijo del sexo preferido, aunque con la elección se evite una enfermedad ligada al sexo no deseado, no se está ejerciendo ninguna función terapéutica. No se mejora ninguna dolencia con esta actividad.

Según el doctor Juan Ramón Lacadena, la elección de gametos es difícil de llevar a la práctica, lo que se hace en un laboratorio es seleccionar los embriones u óvulos ya fecundados. Seleccionando los embriones del sexo preferido y destruyendo los portadores de la enfermedad no se mejora tampoco ninguna dolencia, sino, al contrario, se elimina al enfermo, con lo que, evidentemente, la enfermedad no se preserva. ¿Se está realizando de este modo una función profiláctica? Este sistema equivale, en caso de epidemias, a matar a todos los enfermos para que la epidemia no se propague. Si los criterios inspiradores de esta ley se extienden a otros cuerpos legales, corremos el riesgo de que se dicten también normas «terapéuticas» contra el analfabetismo, el desempleo y el fraude fiscal...

Un mes más tarde de la promulgación de la ley más arriba citada, se promulga la Ley 42/88, de Donación y Utilización de Embriones y

Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos. Así como la anterior levantó una tremenda polvareda de discusiones, ésta se filtró subrepticamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin que la mayoría de la gente se haya percatado de la gravedad del contenido de algunos de sus artículos.

Según la biología, la célula resultante de la unión de los gametos de los padres tiene ya su código genético completo, se denomina cigoto, e inicia el proceso continuado de vida humana independiente. Durante la etapa siguiente hasta su transformación en feto, se denomina embrión; feto es el producto de la fecundación en desarrollo desde la sexta u octava semana de embarazo hasta el nacimiento. A partir del nacimiento se le llama recién nacido. Quitar la vida a un recién nacido no constituye un delito de aborto: es un infanticidio, homicidio o asesinato. Si vive durante 24 horas totalmente desprendido del seno materno, cumpliendo los requisitos de los arts. 29 y 30 del Código Civil, su personalidad jurídica quedará determinada a los efectos civiles oportunos.

La Ley de Reproducción Asistida autoriza a investigar sobre óvulos ya fecundados, preembriones vivos y obliga a destruir los óvulos ya fecundados y vivos mayores de catorce días. La ley pretende justificar esas conductas diciendo que se trata de preembriones... En cambio, la Ley de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos permite la donación de «embriones o fetos vivos incluso hasta después del nacimiento con vida». Podrán utilizarse para experimentación o para fabricar medicamentos sus tejidos, sus órganos y estructuras. El único requisito es considerar al niño prematuro como no viable. Según esta Ley «será el Gobierno quien establezca los criterios de viabilidad». El art. 5-4 determina que los fetos expulsados prematura, espontáneamente y considerados biológicamente viables por su grado de madurez (art. 5-3), no recibirán asistencia médica y serán sacrificados y utilizados para los fines previstos. Téngase en cuenta que la norma que sentencia a muerte al recién nacido al impedir el tratamiento médico al prematuro ni siquiera se refiere a defectos teratológicos. Una simple opinión al juzgar su grado de desarrollo le permite vivir o que sus células, tejidos u órganos sean utilizados...

Los criterios de viabilidad, como gran parte de las conclusiones a las que llega la medicina, se basan en la estadística, ciencia que tiene su fundamento en la observación de la realidad, que le obliga a corregir constantemente sus postulados. Actualmente, los avances de la tecnología permiten que completen su desarrollo niños prematuros que hasta hace muy poco se hubieran considerado no viables. En Houston el oftalmólogo Dr. Antonio Aguirre opera de los ojos a niños con un peso

inferior a quinientos gramos. La constatación de que el prematuro está vivo es un hecho real. Se puede llamar a esa constatación diagnóstico si la hace un profesional de la medicina. Opinar acerca de la viabilidad de la criatura es simplemente un pronóstico. El pronóstico es referir al futuro una situación de presente con la carga de incertidumbre que conllevaba; esta ley en base a un pronóstico, en contra de la prueba irrefutable de los hechos, sentencia a muerte a un recién nacido, para que pueda ser utilizado.

¿Es que la sociedad no debe pronunciarse ante un atentado semejante a los derechos humanos de seres indefensos? ¿No será el paso siguiente legalizar el execrable tráfico de niños para extraerles sus órganos para trasplantes? ¿Debemos asistir pasivamente al triunfo del utilitarismo frente al valor de la persona humana?», termina preguntándose la ilustre jurista.

V. TESIS JUDICIAL

Por su interés se transcribe la documentada *ratio decidendi* (exponente, pues, del criterio judicial existente) del:

AUTO DE LA SECCIÓN 14.^a DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA DE 12-11-1990 EN EL ROLLO Nº 499/89
DE LOS AUTOS 316/89

1. *Antecedentes de hecho*

1º Se aceptan los hechos del auto dictado el 2-8-1990 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 2 de Mataró en autos de jurisdicción voluntaria 316/89 promovidos por doña Esperanza Martín Cornejo y en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal, siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente: «DISPONGO: Que debía autorizar y autorizaba a doña Esperanza Martín Cornejo para que previa inseminación artificial con semen del marido y previa selección por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo, al alumbramiento de un ser humano del sexo femenino».

2º Que interpuesto recurso de apelación contra el anterior auto por el Ministerio Fiscal, y admitido el mismo en ambos efectos, fueron emplazados la instante y el referido Ministerio Fiscal, elevándose los autos originales a la Audiencia Provincial, y turnados a esta sala, donde comparecieron, seguidos los trámites legales, tuvo lugar la celebración de la vista pública el día seis de los corrientes con asistencia de un representante del Ministerio Fiscal y del Procurador Sr. S. y del Letrado don M. G. A. por la instante doña E. M. C..

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. don J. P. S.».

2. *Trascendencia del caso*

Razonamientos jurídicos

1º La autorización a la instante del expediente de jurisdicción voluntaria doña Esperanza Martín Cornejo, en la resolución impugnada por el Ministerio Fiscal y que constituye la materia u objeto del presente recurso para que «previa inseminación artificial, con semen del marido y previa selección por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo, al alumbramiento de un ser humano del sexo femenino», por su propio contenido, trascendencia y proyección, fuente y principio de profunda preocupación lógica, por cuanto la naturaleza afectada es la propia humana, la del «ser pensante», que a consecuencia de los espectaculares avances científicos, puede ser objeto de técnicas que, aparte

de su motivación o causalidad, dentro de su propio ámbito, pueden trastornar de forma radical esquemas y conceptos «esenciales» de la vida misma, entendida en su dimensión »ontológica integral», y por ende desde su base y principio bilógico, hasta su existencia y desarrollo como valor esencial de todo el Derecho.

3. *Ciencia y ética*

«Ello en principio plantea una colisión o “encuentro” entre desarrollo científico y regulación normativa, ya que la tremenda complejidad y trascendencia de las, en general, denominadas «nuevas formas de reproducción humana», con su medular, infinita y general incidencia, impone una exigencia de meticulosidad y prudencia, con el fin de conjugar al máximo las premisas de libertad individual e interés o conciencia general o social, lo que determina que en la materia concreta, afloren con especial y necesaria intensidad, junto al conocimiento y aplicación del derecho positivo, la influencia de los «principios generales» y en la última instancia, de los valores ideológicos trascendentes con su esencial referencia a una “ETICA” que incorpore y represente los mínimos éticos racionales aceptados e indispensables para proteger la dignidad propia de todo individuo y, consecuentemente, de toda sociedad; el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial de 10 de abril de 1986, todas las actas de las sesiones al respecto tanto del Congreso de Diputados como del Senado, de inestimable utilidad dada su cercanía en el tiempo, para ser utilizados como instrumentos de una INTERPRETACIÓN “cuasi-auténtica” de la vigente Ley de R.A. de 22-11-1988, expresan y hacen constante referencia a unos “principios” que en armonía con la evolución y desarrollo de la civilización cristiano-accidental, tienen como punto de máxima definición el concepto de la “dignidad humana en armonía con la proyección solidaria y por ende social del ser”».

4. *El valor de la dignidad humana: límite e información*

«Dichas líneas o “infraestructuras esenciales”, en cierto modo desempeñan por sí una función normativa, aunque sea por la vía de la “enunciación” y aunque no “concretan derechos”, desde su ámbito y repercusión de generalidad, pueden completar e integrar el contenido inspirador y fundamentos del ordenamiento jurídico, supliendo o “complementando” el sentido de las normas; de aquellos “valores” derivan y como presupuesto de su “realización” los “principios” que estén “en, con, e incluso por encima de la norma”, lo que determina la necesidad de su “presencia y vigencia” para precisar el sentido tanto objetivo

como subjetivo —teleológico— de una determinada Ley, máxime como la que estructura la presente resolución, frente a una petición de “selección genética” que, como ya sentó el simposio celebrado en el Colegio de Abogados de Madrid el día 18 de febrero de 1985, sobre “Inseminación y fecundación artificial”, presupone y contiene en sí misma una *infinita e imprevisible problemática*, siendo necesario provocar un diálogo, una “sincronización” entre la *dignidad de la persona humana y el desarrollo científico*, que avanza espectacularmente en los campos de la biología molecular y la genética».

5. *El espíritu de la Ley: su ética y respeto a la dignidad*

2º «Y es desde dichos parámetros, donde adquieren realidad trascendente las indicaciones de aquel referido Informe, inspirador de la Exposición de Motivos de la Ley de 22-11-1988, en su constante remisión a una “ética” que en una cierta línea de aconfesionalidad, califica de “civil”, en cuanto emana de un espontáneo consenso social, que al converger y expresarse en la norma suprema de la Constitución Española, define a través del pronunciamiento de sus Derechos Fundamentales, una serie de “principios”, una moral, en definitiva, ajena a toda dogma o religión, que resulta de libre aceptación y ejercicio (art. 16-1 C.E.), centrándose el núcleo de dicha ética, conforme al art. 10 del Texto Fundamental en el valor y principios de la *dignidad de la persona humana*, que en definitiva constituye y explica el valor esencial de la libertad; se trata de cohonestar desde la afirmación de una *ética colectiva*, con soporte en los nuevos valores sociales y culturales, existentes o en devenir, un diálogo o armonía entre el desarrollo científico y el Derecho desde su esencial componente de la ética; tanto el preámbulo de la concreta Ley de Reproducción Asistida, como el que precede a la de 28 de diciembre del mismo año sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos”, expresan que “la investigación científica y tecnológica deben continuar su expansión y progreso que no debe ser limitado, salvo en cuanto puedan implicar *colisión con los derechos humanos y la dignidad de los individuos y las sociedades que constituye, a la que no puede renunciarse*”... “acatando y aceptando una realidad que una vez confrontada con criterios de racionalidad y procedencia, sirva al interés general: una ética en definitiva que por responder al sentir de la mayoría, recogido y definido en el Texto Constitucional, pueda ser asumida sin tensiones asociales”... afirmándose con reiteración que... “la manipulación y el tráfico de embriones o fetos humanos, incita a reflexiones éticas y sociales, a cuyo margen no pueden desarrollarse actividades científicas”; el principio absoluto de la *dignidad humana* es una conquista del mundo democrático y

civilizado en el que el progreso individual y social, debe estar basado en su respeto y desarrollo; como afirma la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 11-4-1985, “el derecho fundamental a la dignidad de la persona humana, es un valor espiritual y moral *inherente* a la misma, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida... siendo los derechos fundamentales, lo *competentes estructurales básicos* tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la *expresión jurídica* de un sistema de valores, que por decisión del constituyente, han de informar al todo de la organización jurídica y política, son en fin, cual dice el art. 10 de la Constitución Española, el **fundamento del orden jurídico de la paz social**, obligando no sólo a los particulares, sino también al Estado y al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y líneas directrices...”; tal trascendente texto jurisprudencial, sincroniza de forma absoluta con la filosofía de todas las declaraciones y conclusiones adoptadas respecto del tema concretamente planteado en el presente recurso: la recomendación 1096 de la Asamblea del Consejo de Europa, los coloquios de Derecho Europeo, celebrados en Lieja en el año 1980, prácticamente la totalidad de los estudios sobre la problemática de la denominada “ingeniería genética”, coinciden en afirmar *la necesidad de imponer al investigador el respeto con la ética imperante*, de lo contrario, el futuro puede ser impensable o sencillamente nonstruoso, al disponer los especialistas de material genético o instrumental, que les permita o sencillamente tiene a ceder a curiosidades o ensayos aberrantes, temor que, según cita Martínez-Calcerrada en su obra sobre “La nueva inseminación artificial”, produjo en el gran filósofo don Miguel de Unamuno, la sospecha de que algún día la humanidad sería “un gran hormiguero o una colmena gigante”; como ha manifestado el Ministro de Justicia alemán Hans Egelhard con motivo de la recientísima aprobación (octubre 1990) por la Cámara Baja del Parlamento de la Ley sobre Protección de Embriones, y en la que expresamente se prohíbe la selección de sexo, ***no se puede autorizar todo aquello que es técnicamente posible***».

6. Principios de la Ley 22-11-1988: art. 20-n

3º Afirmada la esencia, vigor y exigencia de los principios éticos como inmanentes en el concepto de la «dignidad humana» en todas aquellas actividades que afectan al proceso genético del hombre, como informantes e integradoras de toda norma al respecto, y entrando en el contenido concreto de la Ley 22-11-1988, y ratificando la magistral y técnicamente irreprochable exposición del Ministerio Fiscal en su alegato

impugnatorio, es de concluir que son *principios o premisas fundamentales y rectoras del Texto Legal*, y con referencia al ámbito de aplicación de las técnicas los siguientes: a) remedio a la esterilidad humana, facilitando la procreación cuando otras terapias hayan sido descartadas por ineficaces, inadecuadas; b) la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías estrictamente indicadas; y c) prohibición absoluta de fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación, así como la selección del sexo con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados (art. 20-n)».

7. Ley 28-12-1988: explicación del art. 20-c), prohibición/permisión:

«Dichas líneas o principios directrices, se reiteran en lo que afecta a la cuestión planteada en la presente alzada, en el art. 8º de la Ley 28-12-1988, sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos”, que permite la tecnología genética con material genético humano o combinado... apartado c)... con “fines terapéuticos, principalmente para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, *evitando su transmisión...* sin entrar en un juicio de valor sobre los planteamientos que contempla la norma, en colisión y quiebra en determinados aspectos, con cardinales principios de nuestro ordenamiento jurídico y en la inadecuación de su terminología, más propia del derecho sobre las “cosas” que de lo referente a la trascendencia del ser humano, es de concluir que el marco de su “permissividad” queda definido explicado en *una finalidad terapéutica en beneficio exclusivo del fruto de la concepción*; el norte de toda regulación legal, lo integra ***el interés de la descendencia*** para conseguir la máxima “optimidad” de su completa salud, y ello, en cuanto la mujer puede ser transmisora de dolencias muy concretas y relacionadas con el cromosoma X (hemofilia, distrofia muscular de Duchenne...), la bondad y legalidad de la denominada terapia genética, tanto en su fase de detección o diagnóstico (chequeo genético), como en la de definición de la pertinente y adecuada praxis para remediar aquellas enfermedades *transmisibles y ligadas a la herencia*, exigiéndose en aquel informe de la Comisión, que la terapia, “se realice para los fines previstos, sin que haya intención de modificar la herencia, ni de caracteres como el fenotipo, la personalidad o la inteligencia...”, imponiéndose tal exclusiva dirección y finalidad, en la tan citada Ley sobre Reproducción Asistida; no debe olvidarse, y éste es el espíritu del legislador, que el objeto de la experimentación se encuentra en un “futuro ser humano” y no de carácter meramente patrimonial y, por ende, de libre disposición o manejo; consecuentemente

se proscribe toda manipulación lesiva de la *inviolabilidad ontológica que la vida humana intrínsecamente merece y comporta* (Lledo Yagüe); lo que legitima obviamente una actuación curativa en función de correcciones de anomalías congénitas, y ello resulta bueno y admisible por cuanto se respeta la dignidad de la vida humana en su integridad y entidad “óntica”; se puede actuar para mejorar su viabilidad, no para mutar su “patrimonio genético”. En conclusión, *los derechos al niño, deben prevalecer sobre los derechos del niño, los derechos sobre los resultados de la fecundación, deben anteponerse a los de los progenitores, la madre es para el hijo, no el hijo para la madre*; una intromisión científica capaz de “desintegrar o modificar la entidad o patrimonio genético de la concepción”, salvo aquella exclusiva y trascendente finalidad terapéutica, conlleva una problemática ético-moral muy grave, por incidir *ab initio* en una estructura de “personalidad”. Jacques Testart afirma y se refiere a la *ética del no descubrimiento*, resaltando a pesar de su propia confesión de “agnosticismo” el carácter “sagrado” del huevo humano, rechazando tajantemente su manipulación para establecer el sexo del niño, que solamente puede justificarse, y así se reitera, por una exclusiva finalidad terapéutica en su beneficio; fuera de tales precisos parámetros de *ratio legis*, no puede alterarse un patrimonio que es absolutamente intangible a la manipulación genética (Blázquez Fernández)».

8. *Afectación del Genoma Humano*

«Las células germinales llamadas gametos portadores de la “fuerza genética”, contienen en el plano biológico un particular “código”, el “**Genoma**” que en el caso de los espermatozoides y del ovocito, determinan la transmisión de unos **genes** al embrión humano que se forma con la fusión de aquellas células germinales, dotado a su vez de un “personal y concreto código o identidad” con las características de unicidad y mutabilidad constantes y permanentes y que corresponden a un ser único e irrepetible que forma la “individualidad de cada ser”; consecuentemente, la manipulación o alteración mediante las adecuadas técnicas, de la natural proporción que cada espermatozoide contiene en sí de los cromosomas X e Y, potenciando cualquiera de sus respectivas “presencia” a los efectos de incentivar al máximo la posibilidad de engendrar un nuevo “ente” del “género especialmente deseado”, supone y comporta una “manipulación” siquiera sea desde el factor “origen” de aquel concreto “código” o “estructura de definición”, lo que, indudablemente, excluida aquella finalidad terapéutica, incorpora e integra una maniobra un “hacer” que lesiona, desconoce y conculca todo el sentido de pautas y principios que inspiraron y se definieron en

la Ley de 22-11-1988, que en su expresa prohibición tipificada en el apartado n) del art. 20, conjuga, contiene y realiza las esencias y valores de aquellas premisas integradas dentro de la “dignidad humana” proclamada en nuestra Constitución como Derecho Fundamental».

9. Corolario judicial. Examen probatorio

4º «Entrando en el análisis y estudio del contenido del expediente de jurisdicción voluntaria instado por doña E. M. C., solicitando autorización judicial para “ser sometida a la técnica de inseminación artificial de forma que si se produce el embarazo, sea con toda seguridad para que nazca una niña” a los efectos de realizar su gran deseo y superar su frustración por cuanto es ya madre de cinco hijos, todos ellos varones, son de referir como premisas de conclusión en relación con la concreta resolución judicial, objeto del presente recurso, las siguientes aportaciones, bien en forma de certificación, bien en la de dictámenes médicos: a) certificaciones de los doctores don C. A. G. S. y don V. G. M., de las que, en síntesis, se deduce que su anhelo o necesidad, “le produce una grave depresión reactiva que va cronificando paulatinamente debido a que ha caído en una frustración depresiva que no puede superarse con ningún tipo de terapia intentada hasta el presente”; ambos facultativos sitúan el origen de tal estado psíquico a la carencia o inexistencia de una hija y al consiguiente deseo de un embarazo de sexo femenino; b) informe sobre la técnica de inseminación con la finalidad de conseguir descendencia de sexo femenino del Dr. don Simón Marina, explicando que “previa la separación espermática mediante el adecuado método de los espermatozoides con cromosoma X (que daría lugar a descendencia femenina) de los Y (masculina), se insemina el seleccionado en la mujer el día que esté ovulando; califica la técnica de sencilla, sin riesgos, inocua y con el *único inconveniente de que no se puede dar el 100% de seguridad de conseguir la descendencia del sexo deseado*; c) dictamen del médico forense acerca de la “finalidad terapéutica aducida por la solicitante”, llegando el facultativo a las siguientes conclusiones: 1.ª) que la sintomatología que presenta la interesada, carece de entidad suficiente para excluirla como beneficiaria de las técnicas de reproducción asistida a los efectos de lo dispuesto en el apartado b) del nº 1 del art. 2 de la Ley de 22-11-1988, núm. 35/1988, reguladora de las técnicas sobre **Reproducción Asistida Humana** (B.O.E. nº 282); 2.ª) que la dolencia que padece “depresión reactiva” que pasada la fase aguda no lograr superar con el paso del tiempo, sumiéndola en un estado de tristeza y angustia psíquica por la inexistencia de descendencia femenina, *no es transmisible ni entraña peligro alguno para su posible descendencia*; 3.ª) que la selección de sexo como

medida terapéutica, *aunque excepcional*, parece aconsejable y nunca lesiva; y 4.^a) que las técnicas de reproducción asistida humana, conducentes a la selección de sexo, *no entrañan ninguna manipulación genética*; d) informe de los facultativos médicos forenses y especialistas en psiquiatría don L. B. R. y don L. O. M. con las siguientes conclusiones: 1.^a) doña Esperanza Martín Cornejo presenta un trastorno o síndrome depresivo-ansioso, con ideas sobrevaloradas sobre el deseo de tener una hija, sin que lleguen a alcanzar el rango delirante propio de la psicosis, sino que, como máximo pueden en algún momento llegar a un rango deliroide...; 2.^a) el trastorno no responde adecuadamente a la psicoterapia, no habiendo resultado exitosa la precedentemente exigida...; existiendo en la paciente y en la estructura de su personalidad elementos caracteriológicos de psicoticismo; que no suponen una psicosis propiamente dicha, pero que sí suponen una *dureza de carácter*, que es lo que realmente dificulta el éxito de la psicoterapia... estructurándose una verdadera dinámica de “neurosis de deseo” cuya *potencial curación*, cabe esperar resolver satisfactoriamente con el embarazo...; 3.^a) la insania o falta de salud psíquica cabe esperar desaparecería con la maternidad de un vástago hembra... que a su vez actuaría como profilaxis de una patología mental más severa que la padecida actualmente y que potencialmente podría desencadenarse si persiste la actual vivencia o existencia frustrada; 4.^a) el estado actual de la paciente es el de una patología-neurótica o de rango menor a efectos médico legales o de afectación del autogobierno que no impediría asumir los cuidados propios del rol materno; y 5.^a) como conclusión final... sería positivo para su salud mental, que fuera madre de un vástago del sexo femenino, añadiendo que desde el punto de vista psíquico, la patología “menor” que padece la paciente no afectaría al ejercicio de sus responsabilidades».

10. «Ratio decidendi»

a) Juzgado de Primera Instancia

5^o «En base a tales antecedentes, el Juzgador de Instancia autoriza la “selección de sexo solicitada” por entender: a) que tal “selección”, separando mediante las adecuadas técnicas los cromosomas X e Y del esperma, no comporta “manipulación genética” lo que excluye la aplicación del art. 20 de la Ley de Reproducción Asistida; b) que la finalidad terapéutica, única que legitima y permite conforme a la norma, la concreta operativa, no debe entenderse exclusivamente en beneficio de la descendencia, sino también respecto de los progenitores; relacionando y cohesionando tales premisas de conclusión, son las “líneas o

parámetros” que inspiran y determinan el contenido y sentido de la regulación específica conforme se han analizado y definido, es de afirmar el error del Juzgador de instancia, tanto en las estructuras como en la conclusión de su decisión».

b) «*Ratio decidendi*» de la Sala

«Aparte la desconcertante relatividad y contradicción existente en las conclusiones médicas sobre el estado psíquico de la instante, muy atinada y profundamente denunciada por el Ministerio Fiscal, y que sitúan la incidencia de la “depresión reactiva consecuencia de la frustración de un deseo”, en una frontera entre lo patológico y lo normal, imprecisando excesivamente el presupuesto del art. 2º de la Ley, que exige “un buen estado de salud psicofísica” en la mujer receptora de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que regula y permite, lo que sí resulta totalmente distorsionante del sentido de la norma, es el proyectar la finalidad terapéutica legitimadora a la madre, ya que, como anteriormente se ha razonado, el destinatario de tal beneficio, sola y exclusivamente puede ser “El o La que va a venir”, el párrafo 3º del art. 1 se refiere a la prevención de *enfermedades de origen genético o hereditario*, y resulta evidente e incuestionable que lo hereditario, solamente pueda afectar o incidir sobre la realidad natural del descendiente, jamás puede ser entendida en “reversión” sobre el o la “ascendiente”, por no tratarse de un concepto jurídico-patrimonial de herencia, sino estrictamente biológico; esta misma y exclusiva línea de interpretación resulta del apartado c) del art. 8 de la Ley de 28-12-1988 sobre “Donación y utilización de embriones...” ya referida, que admite y permite la “tecnología genética”... “con fines terapéuticos, principalmente para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, evitando su *transmisión*; lo que determina y contiene en sí mismo el concepto de “generación”, es decir, en interés de los futuros hijos, y aparte esta desviación normativa de la resolución objeto del presente recurso, es igualmente de resaltar que la misma, tal como precedentemente se ha expuesto y razonado, implica lesión o agravio al valor supremo de la dignidad humana y a los principios éticos conforme a los conceptos que por precisados no se reiteran, lo que determina la revocación del auto apelado.

Contra esta resolución se interpuso Recurso de Casación.

INFORME DEL MINISTERIO FISCAL. TRIBUNAL SUPREMO SALA PRIMERA, DE 21-3-1991

El Fiscal, dice: dada la especial naturaleza del objeto del procedimiento y del mismo procedimiento, son de tener en cuenta los hechos y consideraciones siguientes:

1º Solicitada en 11 de noviembre de 1989, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Mataró (Barcelona) autorización judicial para seleccionar el sexo de un futuro descendiente, el Juzgado, a pesar de la oposición del Ministerio Fiscal, continuó la tramitación como expediente de jurisdicción voluntaria y resolvió —en auto de 2 de agosto de 1990— autorizando a la solicitante, Dña. Esperanza Martín Cornejo, «para que, previa inseminación artificial, con semen del marido y previa selección por sexo de los espermatozoides contenidos en el mismo, el alumbramiento de un ser humano de sexo femenino».

2º El Fiscal interpuso recurso de apelación contra el auto y la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona —en auto de 12 de noviembre de 1990— revocó el del Juzgado, dejando sin efecto sus pronunciamientos.

La Audiencia, en otro auto del mismo día, dispuso que contra el primero cabía recurso de casación.

3º El primer problema que se plantea es el del acceso a la casación. Por otra parte, ha de examinarse si el procedimiento seguido es el correspondiente o adolece de nulidad.

Los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a negocios de comercio no son recurribles en casación —artículo 2116 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Pero para los regulados en la primera parte del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 1822 establece que «contra la sentencia que dictaren las Audiencias se dará el recurso

de casación». Este precepto estaba en concordancia con el artículo 1690 n^o 4, texto anterior a la reforma producida por la Ley de 6 de agosto de 1984, que suprimió esa referencia en el actual artículo 1690. Desde su introducción en la Ley de Casación Civil de 18 de junio de 1870, la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en materia de jurisdicción voluntaria —artículo 3— fue conservada en los propios términos en la Ley de Casación de 1878, de 22 de abril —artículo 3— y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La eliminación en el actual artículo 1690 no es inocua. Puede significar que ya no cabe el recurso de casación en materia de jurisdicción voluntaria, en ningún caso. Pero la persistencia del artículo 1822 parece contradecir esa conclusión. Sin embargo, como reiteradamente ha dicho la Sala, las únicas hipótesis que son susceptibles del recurso de casación están contenidas solamente en el artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, habrá que acudir a él, y observar que no puede entenderse comprendida la jurisdicción voluntaria en ninguno de los tres primeros apartados, pudiendo solamente referirse al quinto —el n^o 4 fue derogado por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988—, que permite la casación de «las resoluciones para las que **expresamente** —autos de 19-4-1988 y 12-12-1989— se admita en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos».

El adverbio **expresamente** rechaza las formulaciones generales y, por tanto, es opinión compartida que la admisión legal de la casación ha de ser concreta y expresa, lo que no ocurre en el artículo 1822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Más aun se entiende por la jurisprudencia de la Sala que esa admisión expresa no es suficiente si no está comprendido el objeto del pleito en alguno de sus otros números del artículo 1687 —así, autos de 1 de noviembre de 1989, 19 de abril de 1988, 1 de febrero de 1991, sentencia de 26 de noviembre de 1990, contra lo dicho en auto de 20 de septiembre de 1988.

La fórmula del artículo 1822 ya se considera exagerada con la vigencia del texto anterior de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y así se entendió que no cabía recurso de casación cuando la resolución no fuera definitiva, cabiendo su debate en juicio declarativo ordinario, que es en el que, por otra parte, ha de transformarse el expediente de jurisdicción voluntaria, si mediare oposición —artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Puede, por tanto, entenderse que contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias en expedientes de jurisdicción voluntaria, no cabe recurso de casación. En el presente caso, además, no se trata

de una sentencia, sino de un auto, si bien esta diferencia formal no es necesario tenerla en cuenta para el repudio del recurso.

4º Ya se señaló al principio del número anterior que el procedimiento seguido por el Juzgado y la Audiencia, no se acomodó a lo ordenado en el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es conveniente recordar que la jurisdicción voluntaria exige que no haya contienda entre partes —artículo 1811— porque en este último caso, ya no se trata sino de jurisdicción contenciosa. Y es a través de esta vía, como, en su caso, podrá tener acceso a la casación el objeto del procedimiento.

Es de observar, además de ciertas deficiencias formales en que ha incurrido la tramitación del expediente, que a partir de la oposición del Ministerio Fiscal, ya no era posible legalmente continuarlo por las normas de la jurisdicción voluntaria.

Se ha incurrido, por tanto, en causa de nulidad —artículo 238 nº 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— al prescindirse de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, cuya denuncia y consiguiente declaración de nulidad puede producirse en el ámbito de los recursos —artículo 240 nº 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—.

Por todo lo anterior es de concluir que contra el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictado en 12 de noviembre de 1990, en expediente de jurisdicción voluntaria, no cabe recurso de casación —artículos 1710, 1697 y 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Además, el procedimiento es nulo a partir de la oposición del Ministerio Fiscal a la solicitud formulada por Dña. Esperanza Martín Cornejo, habiendo desde ese momento de transformarse en contencioso el expediente y dar lugar a un juicio declarativo —artículo 484 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— que, en su día, podrá tener acceso al recurso de casación, lo que, por otra parte, es de interés, dada la naturaleza del objeto del pleito, que, ya acaso, podría estar planteado si se hubieran evitado las deficiencias procesales observadas.

6º Es útil señalar que no se trata con este dictamen de crear obstáculos procesales innecesarios o caprichosos. Probablemente la función de la Sala Primera del Tribunal Supremo cumple, en casos como es el objeto del procedimiento, con las razones de su existencia, al proveer de criterios de interpretación en cuestiones de interés general. Pero el proceso es, ante todo, un sistema de garantías que no es lícito eludir en una sociedad regida por los criterios de un Estado de Derecho. La subsanación de los defectos formales —artículos 11 nº 3 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— no alcanza los supuestos de nulidad

de las actuaciones —artículo 240 nº 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, cuanto más que estuvo al alcance de los intervinientes impedir unas causas de nulidad, sin que ello limitara, sino al contrario, la posibilidad del debate con todas las garantías procesales y medios de impugnación adecuados.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO
Recurso nº 3.313/90

AUTO

Excmos. Sres. Sala de lo Civil

En la Villa de Madrid, a siete de mayo de mil novecientos noventa y uno.

ANTECEDENTES DE HECHO

Unico: ante esta Sala se formalizó recurso de casación contra el auto pronunciado por la Sección nº 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha de 12 de noviembre de 1990, por el Procurador D. L. S. V. en nombre y representación de Dña. E. M. C.; comunicados los autos al Ministerio Fiscal, el mismo estima «que contra el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictado en 12 de noviembre de 1990 en expediente de jurisdicción voluntaria, no cabe recurso de casación —artículo 1710, 1697, 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Además, el procedimiento es nulo a partir de la oposición del Ministerio Fiscal a la solicitud formulada por Dña. Esperanza Martín Cornejo, habiendo desde ese momento de transformarse en contencioso el expediente y dar lugar a un juicio declarativo —artículo 484 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—».

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado don J. M. M.-P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: La resolución recurrida se ha dictado en acto de jurisdicción voluntaria. Contra resoluciones de dicha naturaleza el viejo texto del artículo 1690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil daba acceso a la casación «en los casos establecidos por la ley», pero desde la reforma de 1984 se ha suprimido la casación para los actos de jurisdicción voluntaria.

Derogado el número 4º del artículo 1687 por la Ley de 5 de diciembre de 1988, no son incluibles ni en los tres primeros números del citado artículo ni en el quinto, según autos de 14-4-88 y 12-12-89. Para que se admita la casación respecto de otras resoluciones es preciso que la ley lo declare expresamente y no alcanza la categoría de declaración expresa la contenida en el artículo 1822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la Sala ha interpretado reiteradamente (autos de 1-11-89, 19-4-88 y 1-2-91, y sentencia de 26-11-90) en el sentido de que el pleito donde se dictó la resolución ha de ser incluible en alguno de los tres primeros números del artículo 1687.

Por todo ello, y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la inadmisión del recurso.

La Sala acuerda: no admitir el recurso de casación contra el auto dictado por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 12 de noviembre de 1990.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, de lo que como secretario certifico.

Con lo que, obvio es, la tesis judicial expuesta es, hasta ahora, la prevalente.

VI. RESUMEN TESIS PERSONAL

Como compendio de la tesis personal que se sustenta al respecto, se reitera: «En la documentada Instrucción aprobada por el Papa Juan Pablo II en la Audiencia de la Congregación para la Doctrina de la Fe de 22-2-1987, en su Apartado I sobre el respeto de los embriones humanos, núm. 6, se lee el texto antes transcrito. El pasaje, aparte de que coincide, en sustancia, con la información general del problema de admitir, estrictamente, la selección del sexo con fines terapéuticos, realza el principal efecto que produce esa tarea selectiva al trastocar la propia identidad de la persona o ser humano, aparte del menoscabo de su dignidad —desde luego— consecuencia ésta menos perceptible en la pura dimensión somática por su indudable connotación axiológica inmersa en la idea que se profese. Mas esa afirmación de la Instrucción y al margen del juicio laudatorio o de censura que desde la asepsia profesional, que no teológica, depare la misma, produce la consecuente reflexión de una verdad mayúscula: tras la distinción básica de los seres biológicos en racionales e irracionales, es evidente que en ambos la cualidad sexual —macho o hembra— es la primaria realidad que funda todo devenir posterior en pos a un decantamiento de su pura individualidad al igual que todo el resto de atribuciones integradoras de su patrimonio corporal, y proviene del juego de la ley natural de la herencia, que con su funcionalismo reproductor, o de concepción o procreación, transmiten al nuevo ser los componentes de la sustancia genética originaria de aquel proceso. A los meros designios ilustrativos, se divulgan las entidades concurrentes en aquel funcionalismo y el legado hereditario que se transmite en su debida integración de menos a más:

— El *DNA* o *ADN*, molécula básica de la vida, el llamado «Acido Desoxirrebonucléico» o «ácido nucléico» (cuyas unidades constituyen los desoxirribonucleótidos —pentosa con 2 desoxi-D-ribosa— que, a su vez, se componen de adenina —base nitrogenada púrica—, citosina

—base nitrogenada pirimidínica-guanina—, otra especie de aquella nativa de la citada base nitrogenada pirimidínica: la 2,6 —dihidroxí-5-metilpirimidina—), destacando, sobre todo, que este ácido es el material que compone los genes y, por tanto, contiene la información genética que se transmite por la ley de la herencia biológica.

— El *Gen*: es la unidad básica o primera de la herencia —por ello ya empieza a hablarse de la «herencia genética»— formada por dicho ADN y que se encuentra en los *cromosomas*, los que, a su vez, componen el material hereditario tras la evolución desde simples moléculas —las llamadas moléculas de la vida— a asociaciones de ácidos nucleicos, y cuya función esencial es la de conservar, transmitir y expresar su contenido genético; ya acerca de los *cromosomas sexuales*, o aptos para la reproducción humana, son los determinantes del sexo de los seres, X e Y, de tal forma que las mujeres tienen dos cromosomas X, y, en cambio, los varones tienen uno X y otro Y, de tal modo que el que sea prevalente en estos últimos en la función procreadora condicionará el sexo del futuro ser, bien entendido que en el ayuntamiento copular, el hombre, por ley natural, aporta ambos cromosomas, surgiendo un sexo u otro según cuál sea el cromosoma predominante en la yuxtaposición.

Los actuales adelantos científicos han conseguido, por unas u otras razones, alterar la presencia cualitativa y cuantitativa de tales entidades genéticas, produciéndose, por ende, un resultado desviatorio de la ley de transmisión genética, o de la herencia y, de rechazo, al posibilismo inmediato de desvirtuar la misma personalidad del nuevo ser que no sólo es único e indivisible como tal, sino en razón a su prole o procedencia de sus procreadores, lo cual integra su propia identidad, y sobre cuya ruptura emerge, por los flecos de la actualidad social, el episódico auto o resolución judicial, comentado en otro lugar, de autorizar la inseminación artificial para que una madre que tiene ya cinco hijos varones, pueda seleccionar el sexo del sexto; en el cometido científico necesario al efecto se hable o no de manipulación genética —que es discutible no acontezca—, de investigación o indagación con el propósito de un descubrimiento, o de experimentación, la comprobación de determinados principios, al tener que incidir en una labor quirúrgica o acto médico, precisa aquella manipulación, pues como es conocido, el objeto selectivo con un riesgo de quiebra del 70 u 80% implica aislar *in vitro*, en su caso, los cromosomas X, eliminar los Y, de varón o a la inversa, y transferirlo al útero de la madre previa composición de embrión o fusión con sus óvulos tras 14 días de desarrollo. Al igual que la Instrucción del Pontífice, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —Recomendación

1046 de 1986— en su núm. 13, apartado IV, prohíbe la «selección del sexo por manipulación genética con fines no terapéuticos», que se acoge en nuestra Ley 22-11-1988, en su art. 20, apartado 1 a) n), si bien añadiendo: «...o terapéuticos no autorizados», y es más, en la posterior Ley 42/1988, de 28-12, de Donación y Utilización de Embriones... se expresa en su art. 8-2 c): «La aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar... con fines terapéuticos para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y, especialmente, el cromosoma X, evitando su transmisión...». Sólo, pues, con una finalidad terapéutica o de curación de enfermedades o taras hereditarias es posible esa selección del sexo, porque, se entiende, que ante el dilema de preservar la ley de progenie o impedir esa deficiencia genético-hereditaria en el futuro se, es prevalente la terapia o curación del afectado; se reitera que la inclusión del fin psicológico es un despropósito a todas luces condenable, máxime si como en el suceso, el mal afecta a la madre, pues nunca es lo mismo la curación de una enfermedad de este tipo, de claro componente somático, con un síndrome de alteración psicológica, y nuna ello es predicable, según la ley, a la propia madre, sino en el feto, salvo que se recurra al argumento, bien discutible etiológicamente, que por ese quebranto de la gestante el aporte congénito durante el embarazo propicie una alteración somática en el futuro ser.

El genoma humano, finalmente, absorbe en su respectiva proyección toda la problemática apuntada, pues por tratarse del código genético de cada individuo, y que, a su vez, lega o transmite a sus descendientes, como conjunto cromosómico de un organismo vivo, reúne o acoge la totalidad de entidades intervinientes en el proceso de procreación que, en su debida selección en el ser portador, sirven para identificarlo o diferenciarlo de los demás, como titular, en respectiva, de un exclusivo *genotipo* (la suma de los genes de un individuo, que como impronta genética se alberga en los cromosomas de su organismo), o sea, el genoma humano, caracteriza al ser no sólo en cuanto lo ostenta como tal y lo diferencia de los demás, sino en cuanto es revelador de una descripción biológico-somática a sus progenitores —ley de la herencia genética, como se expuso—. Ese genoma, reporta según los últimos descubrimientos de la ciencia, una serie de ventajas de indispensable utilidad, como son las relativas a esa básica calidad diferenciadora de la persona —etiqueta de su identidad—, la prevención de enfermedades transmitidas por el legado genético (la investigación sobre los genes constitutivos de los padres coadyuvan a la terapia de los déficits producidos en los genes derivados de los hijos; a todo ello apunta la permisibilidad legal en el citado art. 8.2 d) de la Ley 42/1988, al decir:

«Con fines de investigación y estudio de las secuencias del ADN del genoma humano, su localización, sus funciones y su patología; para el estudio del ADN recombinante en el interior de las células humanas o de organismos simples, con el propósito de perfeccionar los conocimientos de recombinación molecular de expresión del lenguaje genético, de desarrollo de las células y sus estructuras, así como su dinamismo y su organización, los procesos de envejecimiento celular, de los tejidos de los órganos y los mecanismos generales de la producción de enfermedades, entre otros». Y en otra esfera de distinta jurisdicción, en la identificación de la persona, preventiva y postdelictiva, superadora de la obsoleta dactiloscopia, con el amplio espectro de auxilio a las siempre cuestionables «pruebas biológicas» de investigación de paternidad-maternidad (arts. 39 C.E. y 127 C.C.) y con los inevitables abusos, salvo control o límite jurídico, de invadir esferas de puro intimismo de la persona; se concluye, pues, en una seria reserva para ponderar el alcance de la comentada manipulación genética, en orden a la selección del sexo: porque al disociar en su mismo germen, mediante la microanalítica o microcirugía, el componente cromosómico del varón expulsando el de la especie Y y aislando sólo el de la X, o al contrario, la proyección procreadora truncará, a seguro, las repetidas fidelidades de la ley de la herencia y, por tanto, provocará *ex post*, una suerte de equivocidad al no reflejar, cabalmente, el patrimonio genético del hijo el asignado a su padre, con la inevitable fisura o riesgo de la no obtención de todas o algunas de las ventajas antes apuntadas; y siendo lamentable que una contradicción así en los cometidos de investigación científica en la hora presente, como son, por un lado, los avances sobre el Genoma Humano—huelga reiterar su auge, tras el Congreso de Valencia, la presencia del profesor S. Grisolia del Comité de Coordinación de la UNESCO para el «Proyecto Genoma», y el coetáneo Seminario de la UIMP del 6 al 10-8-90, siguiendo así los logros, entre otros, de los profesores Sinheimer, J. Watson y el Premio Nóbel Dulbecco— y, por otro, los relativos a la manipulación selectiva del sexo, aun con fines terapéuticos, produjeran un desconcierto, en ocasiones, otras, un escepticismo en la sociedad paciente y, sobre todo, una negativa pugna o antítesis en estos dos senderos, por lo que la ciencia camina en su incesante devenir».

EPÍLOGO

Finalmente, y tras reiterar el honor de haber ocupado esta tribuna, se manifiesta públicamente el deseo del Académico que habla de aportar con todo interés y voluntad sus modestos medios para potenciar esta nuestra Real Academia; muchas gracias, *he dicho*.

CONTESTACIÓN
DEL
Ilmo. Sr. D. Gonzalo Higuera Udías

Excelentísimo Sr. Presidente;
Excelentísimos e Ilustrísimos Doctores Académicos;
Señoras y Señores:

La Sección de Derecho de esta Real Academia de Doctores de Madrid recibe hoy, como miembro de número de la misma, al Excmo. Doctor D. Luis Martínez-Calcerada y Gómez con un apretado *curriculum vitae* que hemos de condensar en pocas líneas.

Nacido en Herencia (Ciudad Real), es doctor en Derecho Civil, con premio extraordinario, por la Universidad Complutense, con la tesis *El derecho de representación sucesoria*; ingresó en la carrera judicial con el número dos de la undécima promoción. Actualmente es Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Vocal Permanente de la Comisión General de Calificación y Profesor Titular de Derecho Civil, además de Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

A lo largo de todo este caminar, el Dr. Martínez-Calcerada ha ejercido con competencia técnica —y con amor— la tarea de publicista y conferenciante. Preferentemente en el trípode del Derecho Constitucional, del Derecho Civil y del Derecho Laboral. Salvo error de cómputo, que sería siempre por defecto, podemos contabilizar esta vertiente profesional de nuestro nuevo académico con estas elocuentes cifras: 14 libros, 80 artículos técnicos y científicos, y más de 40 conferencias del mismo nivel.

Toda esta labor es muchas veces una labor de investigación profunda hacia abajo, así como larga y ancha de envergadura. Y, por añadidura, acerca de temas apasionantemente actuales.

Como ejemplos seleccionamos media docena, aunque en realidad, como pasa con los botones, uno sólo bastaría de muestra o, según nos

dejó escrito el clásico latino: *ab uno disce omnes*. Recordamos *El nuevo derecho de familia*; *Derecho médico* (tres volúmenes); *La objeción de conciencia en el aborto*; *Axiología de la jurisdicción laboral*; *El nuevo papel de la mujer en el derecho* y *La nueva inseminación artificial*.

Pero más cercano a nosotros, en lugar y tiempo, es el discurso que acabamos de escuchar todos los aquí presentes, el que nos puede servir como modelo preferente dadas las circunstancias de nuestra reunión.

Porque, en efecto, la lectura —necesariamente abreviada por razón del tiempo— nos ha hecho ver la meritoria estructuración de todo el trabajo. Tal estructuración bien seguro que ha despertado curiosidad «bien-sana» por el tema y por su actualidad. Por ello no resulta temerario afirmar que, cuando a la conclusión de este solemne acto nos entreguen un ejemplar del discurso, podamos apostar doble contra sencillo que cumpliremos el propósito si lo hemos hecho, o caeremos en la tentación de leerlo con más tiempo y más despaciosamente y con más reflexión de la que hayamos podido poner ahora.

Nos confirmaremos entonces en la primera impresión de que se trata de un modélico y ordenado discurso en forma y fondo o en fondo y forma, según lo prefieran los respectivos gustos particulares.

Al dramatismo del problema vital y humano que se estudia, lo recubren muy bien las dos palabras de «tesis encontradas»: la positiva y la negativa con sus respectivas razones, tanto en favor como en contra.

Ponderado el conjunto de todas ellas, la balanza de la justicia debe inclinarse hacia el «no» del reconocimiento legal de la selección del sexo, tanto desde el poder legislativo, como desde el ejecutivo y el judicial.

Merece la pena recalcar el acierto que tiene el doctor Martínez-Calcerrada hablando de la argumentación negativa, al aportar el parecer del Dr. Dexeus, sabido el pensamiento de ese doctor en ética genética, así como las avanzadas prácticas de su equipo y clínica en Barcelona, bien públicas y notorias todas ellas.

También hemos podido ver, como la legislación comparada tampoco abre la puerta a la elección del sexo, tanto la que ya se encuentra en vigor en determinados países, como la que aún se halla en trámite. Y, por supuesto, en el mismo sentido las recomendaciones de al Asamblea de Europa.

Para quienes profesan una «ética civil» basada en el consenso, la convergencia de bajar la barrera frente a la elección de sexo *a la carta*

y a la legalización o permisividad positivas debe significar un signo muy elocuente que le muestra a las claras el *non licet*.

Ni siquiera la legislación española, tan abierta y permisiva en el par de leyes promulgadas hasta el momento, permiten legalmente tal elección artificial del sexo de manera explícita desde luego, pero tampoco implícitamente. Ni la ley del 22 de noviembre de 1988, tan esotérica y pletórica de tecnicismos que la ha granjeado ya la denominación, entre los especialistas, como ley de médicos, hecha por y para médicos, ni la del 28 de diciembre del mismo año. El análisis y la interpretación oída nos ahorra repeticiones.

Y es que nuestras leyes bioéticas, tan criticables en otros aspectos, no han derrapado en el tema de la elección del sexo, sencillamente porque no despreciaron o, al menos, atendieron con más cuidado, a los dictámenes previos que el legislador debía tener presentes en el *iter* de esas leyes: el biológico, el psicológico, el sociológico, el filosófico (de la filosofía en general y de la filosofía del derecho más en particular) buscando el entronque con el religioso de la correspondiente comunidad política, en nuestro caso el católico.

La selección del sexo, no sólo en su problemática jurídico-legal, sino en la jurídico-judicial encuentra encendido el disco rojo. En España sólo ha habido la oportunidad de intervenir en un único caso y ése de jurisdicción voluntaria. Quizá lo conocíamos ya por las referencias de los medios de comunicación social, pero quizá también ignorábamos el tecnicismo jurídico subyacente que nos ha desvelado magistralmente la intervención del doctor Martínez-Calcerrada.

Ciertamente el derecho positivo español no ampara la elección del sexo, aunque su literalidad pudiera dar lugar a interpretaciones más o menos equívocas capaces de provocar una discusión judicial, según hemos escuchado.

El caso de jurisdicción voluntaria aludido agrietaba un poco el depósito legal. A través de esa fisura hubiera podido comenzar a filtrar y a derramarse *sensim sine sensu* el derecho objetivo rector acerca de la selección de sexo. La apelación serena y a tiempo del Ministerio Fiscal a la Audiencia de Barcelona, evitó el desagüe.

El desarrollo de este punto es el culmen de la intervención del doctor Martínez-Calcerrada.

Otro punto del discurso que llama la atención es la maestría con que se ha hermanado la implícita doctrina católica sobre la elección de sexo según la Instrucción *Donum Vitae* con la postura del legislador

positivo español. Convergencia que se ha hecho patente y que nos complace, por muy digna de aplauso.

Por último, las páginas finales tituladas «Tesis personal» resultan a la vez síntesis clara y precisa.

Con una importante consideración subterránea a lo largo de toda la intervención: el «no» jurídico a la selección del sexo, lo mismo que el «no» ético-moral es, en su significación, en su contenido y en su finalidad un SÍ —que debe escribirse con grafía de mayúsculas— a la paternidad/maternidad, a la filiación y a la propia institución familiar que, por ser «célula primigenia» de la sociedad resulta, de rebote, un SÍ a la propia sociedad en su conjunto.

El trabajo para el ingreso en esta Academia del doctor Martínez-Calcerrada comporta todo lo recogido y mucho más. Por eso no extrañará que se le felicite por la intervención misma y por los frutos abundantes que, con fundamento, se pueden prever a lo largo de la vida del nuevo académico que deseamos y pedimos a Dios sea muy larga.

Enhorabuena y bienvenido.

Gonzalo Higuera Udías

ÍNDICE

PALABRAS DE GRATITUD	7
DELIMITACIÓN DEL TEMA	7
SENTIDO JURÍDICO DE LA RÚBRICA	8
I. ACTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA	9
A) Controversia Judicial	9
B) Aspectos procedimentales	11
II. TESIS ENCONTRADAS	13
A) Tesis positiva	13
B) Tesis negativa	14
III. POSICIONES INSTITUCIONALES	19
A) Enemiga de la Iglesia. Instrucción 22-1-1987	19
B) Derecho comparado y Asamblea Parlamentaria Consejo de Europa. Recomendación 1046	20
C) Legalidad Española. Leyes 22-11-88 y 28-12-88	22
IV. OPINIÓN DOCTRINAL DE LA LEGALIDAD ESPAÑOLA	26
A) Una terapia no admitida por la ley	26
B) Los Derechos Humanos conculcados por dos leyes	27
V. TESIS JUDICIAL	31
Auto 12-11-1990, Audiencia Provincial de Barcelona	31
1. Antecedentes de hecho	31
2. Trascendencia del caso	31
3. Ciencia y ética	32
4. El valor de la dignidad humana	32

5. El espíritu de la ley	33
6. Principios de la Ley 22-11-1988	34
7. Ley de 28-12-1988	35
8. Afectación al Genoma Humano	36
9. Corolario judicial/Examen probatorio	37
10. «Ratio decidendi»	38
INFORME DEL MINISTERIO FISCAL. TRIBUNAL SUPREMO	41
AUTO DE LA SALA I DEL TRIBUNAL SUPREMO	45
VI. RESUMEN TESIS PERSONAL	47
VII. CONTESTACIÓN DEL ILMO. SR. DR. D. GONZALO HIGUERA UDÍAS	52