

ESTERILIZACIÓN DE DEFICIENTES MENTALES

Miguel Ángel Esbrí Montoliu
Abogado. Letrado Asesor del Ilustre
Colegio de Médicos de Murcia

Recientemente se ha planteado el problema de la esterilización de subnormales que viven en un ambiente expuesto a agresiones sexuales. Se trata de una cuestión muy seria, ilícita, porque supone una grave violación por parte de la autoridad pública de los derechos de una persona que se encuentra además en una situación de inferioridad. La cuestión de si esa persona es capaz o no de consentimiento informado debe ser considerada, pero lo esencial es que el Estado debe emplear sus poderes en el terreno de su competencia -la asistencia a enfermos, el orden público, etc.- para asegurar a todos los ciudadanos, y especialmente a los más indefensos, unas condiciones de vida dignas.

Antes de abordar directamente el problema de la esterilización de deficientes mentales pienso que será de interés dar unas breves nociones sobre la esterilización en general.

La esterilización antiprocreativa ha llegado a ser, en los momentos actuales, un problema particularmente vivo. En la difusión cada vez más frecuente de este fenómeno, ha influido el desarrollo progresivo de una praxis antiprocreativa que, en la búsqueda del anticonceptivo ideal, encuentra en la esterilización el método más seguro, inocuo y eficaz.

Una muestra del nivel de popularidad alcanzado en los últimos años por la esterilización, es la declaración de la Organización Mundial de la Salud: *"la esterilización es actualmente uno de los métodos principales para controlar la fecundidad en el mundo"*¹.

Se entiende por esterilización humana aquellas intervenciones que tienen como objeto privar al que las sufre de la facultad procreativa.

Cuando la esterilización se procura mediante la extirpación o modificación -quirúrgica o no- de algunos de los órganos indispensables para la procreación, se llama esterilización orgánica. Si es obtenida mediante la administración de sustancias farmacológicas que, respetando la integridad de los

órganos, impiden su normal funcionamiento, se denomina esterilización funcional.

Desde el punto de vista ético se distingue la esterilización directa de la indirecta. La directa tiene por objeto inmediato impedir la procreación, no sólo como fin en sí -la esterilización estrictamente antiprocreativa-, sino también como medio para obtener otros bienes derivados de ella, como pueden ser evitar los daños físicos o psíquicos que previsiblemente se derivarían del estado de gravidez en una mujer con la salud debilitada o de la presencia indeseada de un hijo. Es indirecta cuando la esterilización no es buscada directamente, ni como medio ni como fin, es consecuencia inevitable de una intervención que tiene por objeto conservar o recuperar la salud, gravemente comprometida por la disfunción de un órgano imprescindible para la procreación.

ESTERILIZACIÓN Y CONTRACEPCIÓN

Esterilización, en sentido estricto, significa supresión de la facultad procreativa; es incorrecto considerar como esterilización funcional prácticas abortivas². Exponemos a continuación el proceso generativo humano que nos permite distinguir esterilización de contracepción:

- Maduración de las células germinales: óvulo y espermatozoide.
- Paso de los gametos, al interior de las vías genitales masculinas o femeninas.
- Penetración del gameto masculino en las vías genitales femeninas internas. - Unión del espermatozoide con el óvulo: fecundación. - Implantación del óvulo fecundado y comienzo de la gestación.
- Parto.

¹ OMS, Special Programme of Research Development and Research Training, 1977.

² CAFARRA, C. Il problema morale della sterilizzazione, en "Medicina e Morale", 1979. TETTAMANZI, D. en La sterilizzazione anticoncezionale, ED. Saicom. Varese, 1981.

Hablamos de esterilización en sentido estricto cuando la intervención en el proceso generativo es a nivel de la primera o segunda fase; a estos niveles se produce artificialmente una infecundidad biológica: incapacidad de fecundar o de ser fecundada.

Si la intervención se realiza en la tercera o cuarta fase se habla de contracepción: se impide el encuentro entre ambas células.

Cuando la interrupción del proceso sucede en la quinta fase se trata de un aborto, y de un infanticidio si se trata de la sexta fase.

En este trabajo nos referimos sólo a la esterilización en sentido estricto. Se considerará, por tanto, como esterilización funcional solamente la provocada por sustancias farmacológicas que suprimen la capacidad de procrear; dejando de lado, como contraceptivas o abortivas, aquellas sustancias que actúan impidiendo la unión de la célula germinal masculina con la femenina o impidiendo la implantación del óvulo fecundado. Así pues, sólo los fármacos que tienen propiamente efecto anovulatorio son considerados como esterilizantes³.

La esterilización puede ser orgánica o funcional, según cómo se provoque; directa o indirecta; temporal o perpetua. En otros tiempos fue para los hombres punitiva, eufónica, etc.

Pero podemos hablar también de una esterilización coactiva eugenésica, impuesta por la autoridad pública, para evitar la transmisión de taras hereditarias y, de este modo, mejorar la calidad y condiciones de vida de un país. A comienzos de siglo, los descubrimientos sobre genética y la preocupación por mejorar la raza humana, condujo a muchos estados a tratar de impedir la transmisión de las enfermedades hereditarias siguiendo las líneas generales de la eugenesia⁴. La primera ley de esterilización eugenésica se estableció en California, en 1905; después en 1907 se legalizó en Indiana; y en 1909 en Washington. En Europa la primera ley legalizadora de la esterilización la dictó Dinamarca en 1919; en 1929 en el cantón de Vaud, en Suiza; en 1935 en Suecia; en julio de 1933 en Alemania. Tras la Segunda Guerra Mundial, el conocimiento de los horrores del nazismo creó un clima de opi-

nión en contra de la esterilización coactiva eugenésica; sin embargo muchos países la siguieron aplicando, dentro de su política sanitaria, como esterilización forzosa en los casos de enfermedades mentales que impiden el autocontrol del comportamiento, sobre todo cuando se podría perpetuar una patología grave, o si se prevé; además muchos Estados reducen, así, el número de personas a mantener en instituciones oficiales⁵.

Aunque podemos hablar también de esterilización coactiva con fines demográficos, que se realiza como un medio para el "birth control". A comienzo de los años 60 la esterilización es incluida dentro de los programas destinados a evitar la explosión demográfica⁶. Así en la India desde que en 1958 se puso en vigor el primer programa de planificación familiar, se han practicado, hasta 1980, más de veinte millones de esterilizaciones (en 1976 tuvieron lugar ocho millones)⁷. En China, las estadísticas oficiales de esterilizaciones obligadas, hablan de treinta millones de mujeres y diez millones de hombres, entre 1979 y 1984⁸.

Podemos hablar también de una esterilización voluntaria, realizada con consentimiento, bien por propia iniciativa, o por indicación médica o por mutuo acuerdo entre una pareja. En muchos países europeos, por ejemplo, se ha incluido en el plan de asistencia social gratuito. Algunas asociaciones dan su asistencia⁹.

Por último hablamos de esterilización antiprocreativa, cuyo objeto es incapacitar a una persona para la procreación; puede ser practicada con el fin de evitar directamente los hijos, o como un medio para impedir otras consecuencias que puedan derivarse inevitablemente del embarazo o del nacimiento de la nueva prole. Las motivaciones son variadas: miedo físico a la maternidad; el rechazo de un embarazo o de los hijos, por las consecuencias de limitación de la libertad; la escasez de medios económicos; problemas de vivienda; temor a transmitir enfermeda-

³ La inhibición de la ovulación no suele ser el único mecanismo de acción de las píldoras contraceptivas. También actúan alterando la motilidad tubárica y uterina, con lo que interfieren la fecundación e implantación; modificando el moco cervical, impidiendo de este modo el paso de los espermios; y, sobre todo, actúan sobre el endometrio produciendo un asincronismo entre la maduración del estroma y la del componente glandular, con lo que se impide la implantación del blastocito (TOELLO LLUSIA, J., Mecanismo de acción de los contraceptivos orales, Revista "Medicina de España", Julio 1967).

⁴ La eugenesia es la ciencia que, a partir de los conocimientos adquiridos sobre la herencia, tiene por objeto que se engendren hijos sanos. Es positiva cuando se trata de mejorar las condiciones ambientales y sociales en las que el individuo nace y vive. Es negativa cuando para impedir la transmisión de enfermedades se prohíbe el matrimonio, o se exige un certificado médico matrimonial o se impone la esterilización antiprocreativa del cónyuge que pueda transmitir la enfermedad; en el fondo se quiere evitar hijos tarados por considerarlos una carga para la sociedad.

⁵ SUTTER, J., L'Eugénique, Presses Universitaires de France, París, 1950. CASAS TORRES, J., Población, Desarrollo y Calidad de vida. Rialp. Madrid. 1982.

⁶ Cuando los avances de la ciencia médica consiguen disminuir notablemente las tasas de mortalidad infantil en todo el mundo, se presenta consecuentemente un crecimiento acelerado de la población; ésta es una situación nueva en la humanidad. Los neomalthusianos sostienen que el crecimiento acelerado de los países tercermundistas es causa que impide el desarrollo.

⁷ VELLA, Ch. G., Breve panorámica storico-sociale sul fenómeno della sterilizzazione, Milano. 1983. FONSECA, A., Sterilizzazione obbligatoria in India?, 1976.

⁸ WEISSKOPF, M., China's Crusade against children, "The Washington Post Weekly", January 28, 1985.

⁹ ASSTER (Associazione per la Sterilizzazione maschile e femminile) en Italia o la A VS (Association for Voluntary Sterilisation) en USA. Los argumentos utilizados son que se trata de un verdadero derecho humano, que no puede llevar ninguna pena, es el método de contracepción más seguro y difundido, y la intervención quirúrgica es sencilla, su costo es bajísimo y el riesgo de embarazo es nulo de por vida.

des congénitas o hereditarias; riesgo para la salud de la madre, etc. La última de estas razones es conocida como esterilización médico-preventiva, o "esterilización preventiva por razones médicas", realizada para evitar el embarazo y, con él, los peligros graves que pudieran resultar a una mujer que padece una enfermedad incompatible con la gestación, como una afección cardiocirculatoria, respiratoria o renal, estrechez pélvica, infección tuberculosa, fragilidad uterina, etc.

ASPECTOS TÉCNICOS DE LA ESTERILIZACIÓN FEMENINA

Nos referimos solamente a la esterilización femenina, por ser ésta la más extendida en la esterilización de deficientes mentales. Dejamos de lado, pues, las técnicas referidas a la esterilización masculina: habitualmente la vasotomía (simple sección del conducto deferente) y la vasetomía (extirpación de un segmento de dicho conducto).

Hoy en día, referirse a la esterilización femenina con fines antiprocreativos es prácticamente sinónimo de ligadura tubárica. La primera intervención de la que se tiene noticia fue realizada en Londres, en 1823; aunque entonces fue una intervención complicada, difícil y con riesgo. Sólo hacia los años treinta, con la aparición de la técnica "Pomeroy", se comienza a utilizar la resección tubárica *postpartum* o *postcesárea*, generalmente en mujeres multíparas. La técnica se ha perfeccionado y hoy se realiza con una "minilaparotomía". Diversos organismos nacionales e internacionales¹⁰ en sus programas ofrecen cursos de asistencia técnica sobre técnicas laparoscópicas destinados a médicos, obstetras y asistentes sanitarios, sobre todo en Asia y América Central. También la ONU, UNICEF y la OMS¹¹.

La amplia demanda por procedimientos de esterilización tubárica simples, eficaces y económicos, que pueden ser realizados incluso bajo régimen ambulatorio, ha dado origen a un sinnúmero de técnicas quirúrgicas. Los métodos tradicionales para obtener la oclusión tubárica exigían una incisión abdominal de casi 10 cms. (laparotomía); actualmente se tiende a sustituir la vía de abordaje efectuando una incisión muy pequeña o punción (laparoscopia), o bien mediante acercamiento s transvaginales (colpotomía, culdoscopia) o transcervicales (histeroscopia, entrega ciega), las cuales no requieren incisión. Estas técnicas permiten la oclusión de la trompa en cualquiera de sus partes. Por ejemplo, el infundíbulo (extremo distal de la trompa) puede ser extirpado, quemado, obturado, o cubierto con un casquete; la ampolla o istmo (porción media del oviducto) puede ser ligada, extirpada, cauterizada, o puede colocarse un anillo o grapa; y la porción intersticial

(cerca de la unión útero-tubárica) puede ser coagulada o bloqueada con sustancias químicas o taponos. En los últimos años se ha ensayado el empleo de rayos láser¹². En los países occidentales el método más empleado es la ligadura y resección de la trompa, siguiendo la técnica de Pomeroy, que puede ser efectuada en el puerperio inmediato (*postpartum* o *postcesárea*) y admite abordaje quirúrgico mediante culdoscopia¹³. La utilización de grapas y taponos se va extendiendo en cuanto parece ser que, en un tanto por ciento todavía no despreciable, deja abierta la posibilidad de revertir la esterilización mediante un nuevo procedimiento quirúrgico¹⁴.

Las complicaciones de los métodos anteriores son muy bajas; varían entre el 0'5 y el 1 % (v. gr. quemaduras intestinales no diagnosticadas a tiempo cuando se emplea la diatermocoagulación). Las complicaciones leves pueden ser la fiebre, anemia, algias, etc. A largo plazo pueden aparecer trastornos como aumento de flujo menstrual, algias pélvicas, alteraciones psicológicas por el desequilibrio hormonal, y, sobre todo, una mayor tendencia al embarazo estópico por la formación de fístulas o una recanalización parcial espontánea¹⁵.

En cuanto a la eficacia antiprocreativa la frecuencia del embarazo en el primer año después de haber efectuado la esterilización tubárica es del 0'04 al 0'8% (sólo de 4 a 8 mujeres esterilizadas de esta manera, entre 10.000 quedarían embarazadas). Esta cifra, coloca a la ligadura de trompas en el vértice de las técnicas contraceptivas, frente al 1-7% de la píldora anticonceptiva; al 1-10% del dispositivo intrauterino; el 1-35% del diafragma vaginal o del preservativo masculino.

EL PROBLEMA DE LA REVERSIBILIDAD

La microcirugía ha simplificado mucho, hoy en día, este problema, no como posibilidad técnica de recanalización, sino como recuperación efectiva de la función generativa.

A modo de resumen, diremos que recuperar la capacidad generativa, habiendo sufrido anteriormente una esterilización quirúrgica, es algo que no puede ser garantizado a priori; por eso, podemos asegurar que someterse -o someter a un deficiente mental- a esta intervención, es someterse a una esterilización permanente, no temporal. Las entidades anteriormente citadas -como la Associazione per la Sterilizzazione maschile e femminile, en Italia; y la Association for Voluntary Sterilization, en USA-, exigen a los que se sometan a esta operación

¹² Cfr. POULSON, A. M., Analysis of female sterilization techniques. *Obstetrics and Gynecology*, 42.

¹³ Cfr. HUSBANDS, M., y Cols., Failure of tubal sterilization accompanying cesarean section, *American Journal of Obstetric and Gynecology*.

¹⁴ Cfr. HULKA, J.F., Current Status of Elective Sterilization in the United States, *Fertility and Sterility*.

¹⁵ SHALN, R. N., "Acceptability of Reversible versus Permanent tubal sterilization: An Analysis of Preliminary Data", *Fertility and Sterility*.

¹⁰ IP/AVS (International Project of the Association for Voluntary Sterilization) y la FPIA (Family Planning International Assistance)

¹¹ "Population Studies" y "Population Reports".

que la acepten como irreversible, y no garantizan, en el caso de que el paciente cambie más adelante de opinión, el éxito de un tratamiento que intente recuperar la capacidad procreadora.

DISTINCIÓN ENTRE ESTERILIZACIÓN TERAPÉUTICA y ESTERILIZACIÓN PREVENTIVA

Existen circunstancias que, no sólo para los moralistas sino también para los médicos, presentan una cierta dificultad de apreciación ética. Son casos de alternativa entre abstinencia sexual o esterilización. Es lo que sucede en algunas situaciones de carácter médico en las que un nuevo embarazo podría suponer un grave riesgo para una mujer que sufre una seria patología de tipos circulatorio, renal, respiratorio, etc. Dentro de estos casos veremos a los deficientes mentales.

La esterilización terapéutica es una operación que tiene por objeto la eliminación de un órgano indispensable para la generación, en cuanto que su presencia constituye un grave riesgo para la salud del organismo; se trata de la mutilación de un miembro enfermo que debe ser extirpado para preservar la salud de todo el resto del organismo. No ponemos objeción, ni tampoco la hemos encontrado en ninguna creencia.

La esterilización preventiva es la que se practica con el fin de prevenir un embarazo que podría ser fatal o provocar graves consecuencias para la salud física o psíquica. El peligro para la salud de la mujer no es actual, ni tiene un órgano enfermo que debe ser eliminado ahora o después (como el cáncer de útero o el cáncer de mama); el peligro deriva únicamente del eventual embarazo que pudiera presentarse como consecuencia del libre uso de la capacidad generativa. Lo propiamente beneficioso no es la esterilidad sino la ausencia de embarazo; en estos casos la esterilización no es la única respuesta, pues existe el recurso a los métodos naturales, la continencia, etc.

ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES Y PROBLEMÁTICAS PARA LA ESTERILIZACIÓN

Es el caso del útero debilitado, atrófico o con cicatrices múltiples, en estos casos no ofrece ninguna duda el recurso a la histerectomía; es un caso de esterilización terapéutica. Son los casos de cáncer uterino, cuyo único tratamiento eficaz es la extirpación del útero, que provoca la esterilización permanente. Existen casos más dudosos, como por ejemplo, el útero con malformaciones, o debilitado con cicatrices múltiples como consecuencia de repetidos partos o cesáreas que podría acarrear graves peligros para la madre, por el riesgo de romperse en el curso de un futuro embarazo.

Otro caso de estudio es el de alteraciones psíquicas que pueden presentarse durante el embarazo. Unas son de origen orgánico, como sucede con la eclampsia gravídica, caracterizada por una grave psicosis que puede padecer alguna mujer como consecuencia de los cambios hormonales que se suceden durante la gestación. Otras tienen su origen en ciertas fobias o miedos patológicos que pueda tener una determinada mujer ante la posibilidad de quedar encinta. Un caso distinto se produce cuando los problemas mentales se presentan independientemente del embarazo. Algunas personas padecen alteraciones psíquicas que están ligadas al mal funcionamiento de los órganos genitales, porque aparecen en la pubertad o en la menopausia o con los ciclos menstruales. Si la coincidencia de las menstruaciones con las alteraciones psíquicas tiene relación con el mal funcionamiento de los órganos, la histerectomía no presenta dudas; para un sector de estudiosos los disturbios mentales no deben ofrecer pretextos para la realización de histerectomías que buscan únicamente prevenir el embarazo¹⁶. Veamos un ejemplo clásico de los manuales: Una madre de familia padece una grave alteración psíquica producida por la precaria situación económica en la que se encuentra, por lo que no comunica con su marido; al mismo tiempo sabe que es la única heredera de un rico pariente que no la ayudará mientras él viva. Esta señora acude al psiquiatra que le asegura que sus problemas desaparecerán cuando reciba la herencia; sin embargo, no es lícito provocar la muerte del pariente para curar la enfermedad de la señora; por eso dice Perico que "antes de recurrir a la supresión de una facultad, y tan importante como la generativa, debe tenerse la certeza de que no existen otras vías para proteger la salud o la supervivencia del sujeto"¹⁷.

EL PROBLEMA DE LAS RETRASADAS MENTALES

El moralista que más se ha preocupado de la esterilización de mujeres que sufren un grave retraso mental ha sido CURRAN, Ch.¹⁸. Opina que ésta puede estar recomendada cuando por violencia o ignorancia, una deficiente mental estuviese expuesta al acto sexual; o para prevenir las hemorragias menstruales y los problemas de higiene que se derivan de este hecho fisiológico. Propone que es un derecho que la sociedad debe tutelar.

El problema se plantea bajo un doble aspecto: por un lado, como una esterilización defensiva ante una agresión injusta, y, por otro, como una medida higiénica en los casos de retraso mental profundo en mujeres que no pueden valerse por sí mismas. Existe un paralelismo entre la esterilización de una

¹⁶ PAQUIN, J., *Morale e Medicina*, De Orizzonte Medico, Roma.

¹⁷ PERICO, G., *Problemi de etica sanitaria*, Ed. Ancora, Milano, 1985.

¹⁸ Cfr. CURRAN, CH. *New Perspectives in Moral Theology*. Notre Dame, Indiana. USA.

joven retrasada mental, para prevenir el embarazo que proviniere del hecho que por miedo o ignorancia algún desaprensivo abuse de ella, y la esterilización defensiva. La condición de retrasada mental irreversible podría indicar una esterilización permanente.

En el caso de la esterilización para prevenir hemorragias menstruales de las jóvenes que no tienen capacidad para cuidar su higiene, Curran cree que se trata de una esterilización indirecta, ya que las hemorragias menstruales provocan problemas higiénicos no sólo para ellas sino para su familia; el efecto esterilizante sólo es una consecuencia indirecta de ello. Sigue diciendo Curran que este tipo de hemorragias son normales y no constituyen una situación patológica; considera que la esterilización es indirecta ya que el normal funcionamiento de los órganos generativos producen una alteración para la salud de toda la persona, como sucede en los cánceres de próstata o de mama. Aunque la salud física de la joven no estuviere dañada, las hemorragias supondrían un detrimento del bienestar total de la persona. Este autor sustenta su tesis apoyándose en el dominio del hombre sobre su función generativa y sobre la sexualidad.

Opinamos que la alteración o desorden que pueden provocar las menstruaciones a estas retrasadas mentales profundas, aun siendo molestas, sobre todo para aquéllos que tienen la misión de cuidarlas, no constituyen un motivo proporcionado para justificar una mutilación de este género, máxime cuando se la practica a una mujer ya de por sí minusválida.

Opina SGRECCIA¹⁹ "que parece absurdo que para impedir un abuso se procure un daño físico, no a la persona que realiza tal abuso, sino a la que lo sufre, y más tratándose, en el caso de la inhábil de mente, de una persona que está disminuida".

No olvidemos que dentro del retraso mental caben distintos grados, y que el recurso a la esterilización no es el único medio eficaz para defender a estas pacientes de posibles agresiones. Los padres o las personas que las tienen bajo su tutela, y la misma sociedad, tienen la obligación de velar por el bien integral de estas personas. No es motivo suficiente para justificar la esterilización, aunque moralistas como Curran mantengan lo contrario, la grave molestia que estas pacientes puedan ocasionar a los que han recibido el encargo de cuidarlas, o el elevado costo social que pueden suponer para el Estado.

CONCLUSIÓN ÉTICA

En un principio se pone de manifiesto la ilicitud de la esterilización por el dominio limitado que el hombre tiene sobre los órganos de su propio cuerpo y, en este ámbito, los moralistas exponen la correcta aplicación del principio de totalidad²⁰ y distinguen entre la esterilización directa e indirecta.

La esterilización antiprocreativa, en cuanto priva del poder generativo a la relación sexual voluntariamente querida, supone una actitud contradictoria y de rechazo al orden natural; ni siquiera en caso de retrasadas mentales. Solamente puede estar permitida la esterilización cuando ésta es exigida, en virtud del principio de totalidad, como único medio para proveer la salud del cuerpo y, en último término, el bien de la persona como totalidad unificada. En el caso de las retrasadas mentales no es suficiente argumento la esterilización como legítima defensa contra la agresión injusta, pues se deben buscar vías más legítimas y menos cruentas de autodefensa.

EL CONSENTIMIENTO SUSTITUTORIO

El artículo 419 del Código Penal Español (versión 1994) establece que el que esterilice a otro sin su consentimiento será castigado con pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años), según redacción de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Por su parte el artículo 428 del mismo Código establece:

"Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el

¹⁹ SGRECCIA, Elio, Director del Instituto de Bioética de Roma. Manuale di Bioética, ED. Vita e Pensiero. Roma, 1986. Sterilizzazione volontaria e mentalità contraccettiva. La Famiglia.

²⁰ Se define como aquel criterio moral en virtud del cual las diversas partes componentes de una entidad compleja quedan subordinadas a la unidad de la que forman parte, según esto las partes pueden ser manipuladas o modificadas, incluso suprimidas cuando lo exija el bien del todo. "La parte existe para el todo y, por lo tanto, el bien de la parte queda subordinado al bien del todo, el todo es determinante para la parte y puede disponer de ella en su interés" (Discurso a los participantes en el I Congreso Internacional de Histopatología del Sistema Nervioso, 13.09.1952, AAS 44 (1952), PIO XII)

dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 de este Código. "

El Tribunal Constitucional Español se pronunció a favor de este artículo declarando que era constitucional²¹.

Lo que no se duda es que: "La persona retrasada mentalmente tiene, por encima de todos los demás, el derecho a ser respetada"²².

El tema que se discute es que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a ... tratos inhumanos o degradantes"²³.

Se está discutiendo, por tanto, que no se puede mutilar a una persona; no se la puede degradar físicamente. Pero cuando entra en colisión con el "derecho a la sexualidad", ¿qué ocurre? La opinión más generalizada es que no hay un derecho a la sexualidad.

Los defensores de la esterilización de incapaces arguyen que es posible evitar embarazos, pues no es posible que los vigilantes y guardadores del incapaz estén siempre controlándole. Sin embargo, esto no justifica el atentado a la integridad física del incapaz; que tiene un valor y rango superior. Además, un incapaz esterilizado para evitar su control acaba siendo un portador de enfermedades venéreas, SIDA, etc. A la postre el remedio es peor. Estas leyes son semejantes a las promulgadas por HITLER para la esterilización de disminuidos psíquicos. Y no hay duda que los avances de la medicina permitirán que en el futuro los retrasados mentales mejorarán en algunos casos y podrán ejercer una maternidad/paternidad responsable.

Se alega que no es degradante la esterilización de incapaces porque la propia legislación permite la esterilización de sanos e incapaces con su propio consentimiento. Luego el problema está en ¿Quién otorga el consentimiento de los incapaces?; pues lo único que distingue una esterilización de un capaz a un incapaz es que el primero es libre, expreso y consciente de lo que decide (es un autoatentado), pero no el segundo (es un atentado). Si una mujer puede tener derecho a ser madre o a no serlo (por la abstinencia sexual, o la utilización de técnicas), por qué no puede ejercer ese derecho a no ser madre una incapaz que no sabe lo que hace o puede ser violada. Por lo

²¹ Sentencia 215/94, de 14 de julio 1994 (Pleno). Cuestión de constitucionalidad 1415/1992. La sentencia tuvo 5 votos particulares, de los 12 miembros del Tribunal.

²² Artículo y de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971. Artículo 2 de la Ley Española 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

²³ Artículo 15 Constitución Española.

tanto se trata de sustituir el consentimiento del incapaz, para decidir algo de lo que no es consciente; en última instancia para tranquilidad de los guardadores (padres, representantes legales, etc.).

En el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional Español se trataba de una excepción a la regla general de prohibición de las esterilizaciones. El juez que la autorice debe decidir por su propio criterio. Se tratará de retrasados con graves deficiencias psíquicas, sin que baste que el supuesto incapaz se encuentre legalmente incapacitado. Conviene tener en cuenta que ni la vigilancia más constante para los guardadores puede impedir que cualquier desaprensivo abuse sexualmente del incapaz.

RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y APUNTES A LA MISMA

Se trata de incapaces y no de menores de edad. Los retrasados mentales tienen los mismos derechos que las personas capaces y no pueden sufrir atentados a su integridad física, ni mucho menos que el Estado las autorice o permita o imponga. Por eso dice el TC²⁴ "toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de las personas mentalmente retrasadas". Por eso se plantea que la medida es muy desproporcionada para el fin que se persigue, y se descarta que en el futuro el incapaz pueda mejorar, pues las esterilizaciones son normalmente irreversibles. Por lo tanto el problema está en la autorización judicial para que los guardadores del incapaz puedan esterilizarlo. Esto es, saber si una autorización judicial es bastante. Veamos las garantías de la ley española:

1.- Sólo puede autorizar una esterilización de un incapaz un juez, se excluyen políticas gubernamentales generales para esterilizar a incapaces. Sólo un juez tiene la máxima independencia, imparcialidad y garantías constitucionales. Esta autorización es inexcusable.

2.- La solicitud al juez tiene que pedirla el representante legal del incapaz, y que este incapaz sea mayor de edad y haber sido declarado incapaz en un anterior proceso judicial.

3.- La solicitud no es automática. Debe ser una deficiencia grave y que además no comprenda la sexualidad humana ni la intervención quirúrgica a la que será sometido.

4.- La deficiencia psíquica debe ser verificada por dos especialistas, y además y obligatoriamente por una exploración judicial.

²⁴ TC= siglas del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

5.- El Ministerio Fiscal debe emitir su parecer sobre los requisitos formales (1. previa declaración judicial del incapaz, 2. nombramiento por el representante legal, 3. asegurar que la solicitud lo es del representante legal del incapaz, 4. emisión de dictámenes por dos especialistas, 5. exploración del incapaz por el juez) y los requisitos materiales.

Además se debe garantizar que así se favorecerá mejor la condición de vida del incapaz. Si el juez no tiene esto claro podrá denegarla. Habrá que probar el carácter irreversible de la incapacidad y habrá que asegurarse que la técnica a utilizar permita la reversibilidad. El TC obliga al juez a que tenga esto en cuenta antes de autorizar la medida; y, además, en caso de duda, la interpretación debe ser restringida como una medida de excepción a la norma de prohibición de toda agresión física a una persona (incluida la esterilización) sea capaz o incapaz. Estamos ante normas que deben interpretarse siempre de forma muy restrictiva. El citado TC recuerda que esta medida no es susceptible de interpretación extensiva.

La esterilización de un incapaz atenta a su derecho a la integridad física, le impide el ejercicio libre de la procreación.

Pero se plantea una duda: si las personas capaces pueden solicitar que se les practique una esterilización por qué no se les permite a los incapaces. No puede ser motivo denegatorio el hecho de que la esterilización sea una intervención quirúrgica sin consentimiento, pues nadie duda de que una intervención quirúrgica a un incapaz, sin su consentimiento, para salvarle la vida es aceptada; incluso, a veces, la esterilización -la terapéutica- es aceptada como medida de restitución de la salud; como cuando se tiene que extirpar un órgano dañado (v. gr. un útero cancerígeno). Entramos de lleno en el campo de la proporcionalidad y la justificación de la medida.

En este sentido se dice que la medida pretende que el incapaz disfrute de una vida igual que la de los capaces y del mismo bienestar, porque, además, el incapaz no puede asumir los derechos y deberes de una maternidad.

El citado TC establece dos medidas para justificar la medida:

a) no es posible someter al incapaz a una vigilancia constante que iría contra su integridad moral (artículo 15 CE²⁵) y contra su dignidad (artículo 10 CE). El TC compara los derechos fundamentales y constitucionales citados y dice que son superiores a la procreación. Además, dice que estos incapaces no podrán entender lo que es la maternidad/paternidad, ni las mujeres entender las mutaciones de su cuerpo, ni las molestias de una gestación (el TC dice que se justifica aún más la esterilización en una mujer). El argumento no nos vale; con ese argumento se puede interferir siempre sobre el cuerpo del incapaz porque no entenderá el dolor.

b) Además dice el TC que la medida para ser proporcional debe ser reversible a ser posible. No olvidemos que el caso que estudió esta sentencia del TC fue ante una medida reversible²⁶. ¿Hubiese dicho lo mismo el TC si la medida propuesta fuese irreversible? ¿Sabe el TC que hoy por hoy la mayoría de las medidas para ser seguras son irreversibles?

El propio TC ya dice que la esterilización es la medida más segura al fin que se pretende, y por lo tanto no es desproporcionada porque es la más segura.

Por otra parte el TC obliga al juez para que requiera a los dos peritos especialistas a que se pronuncien sobre si la medida a aplicar al incapaz dañará su integridad física. Me remito aquí a lo señalado anteriormente sobre las molestias y efectos secundarios de la esterilización. Además no todos los especialistas médicos dictaminan lo mismo; o lo que es lo mismo, bastará que se busque a especialistas más proclives a aplicar la medida para aplicar la ley como se quiera.

Se han examinado, pues, las garantías de la ley, la finalidad seguida por la ley, la proporcionalidad del medio a utilizar y los fines que persigue esta ley.

Por último se plantea el TC si esta intervención supone un trato inhumano o degradante al incapaz. Se estudia para ello la doctrina del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sobre la "tortura" y los "tratos inhumanos o degradantes". Y dice el TC que la diferencia con la esterilización está en el consentimiento, y en el caso de los incapaces ese consentimiento está sustituido por una autorización judicial, y porque la finalidad no es inhumana ni degradante. Por eso el TC impone otra obligación al juez, que se fije si será degradante para el incapaz la medida o la técnica.

Y acaba planteándose si no es mejor reprimir la sexualidad de estos incapaces a través de una vigilancia. El TC dice que la única vigilancia que es posible es para prevenir abusos de ellos, no para que ejerzan su sexualidad.

Vuelve a señalar el TC que otras medidas anticonceptivas no ofrecen la misma seguridad.

En definitiva el TC dice que la medida permite que los incapaces puedan desarrollar una vida semejante a la de los capaces.

OBLIGACIONES QUE LA DOCTRINA DEL TC IMPONE AL JUEZ

1.- Que la técnica a utilizar no sea degradante para el demente.

²⁵ CE= Constitución Española de 1978.

²⁶ El TC estudió una cuestión de constitucionalidad propuesta por el Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Barcelona por un auto en el que se discutía si era lícito aplicar a un incapaz una esterilización reversible. Y ésta es la cuestión a la que contestó el TC no a una medida irreversible.

- 2.- Que el incapaz padezca una grave deficiencia psíquica, no basta una incapacidad legal.
- 3.- Que se verifique que en el futuro el incapaz no mejorará sus facultades mentales.
- 4.- Que la autorización la pida el representante legal del incapaz.
- 5.- Que el incapaz haya sido declarado anteriormente incapaz en otro procedimiento anterior y por un juez.
- 6.- Que se verifique que el incapaz no entienda la sexualidad humana.
- 7.- Que se asegure que el incapaz no entienda la intervención quirúrgica a que va a ser sometido.
- 8.- Que la deficiencia psíquica sea verificada por dos facultativos especialistas.
- 9.- Que el incapaz sea sometido a una exploración por el propio juez autorizante.
- 10.- Que se emita informe por el Ministerio Fiscal.
- 11.- Que con la medida esterilizante se garantice la mejor vida para el incapaz.
- 12.- Que se cerciore de que la técnica a utilizar sea reversible.
- 13.- Que utilice el criterio restrictivo ante cualquier duda.
- 14.- Que se compruebe que no basta la vigilancia del incapaz; si con la vigilancia basta para controlar al incapaz, entonces no se autorizará la intervención.
- 15.- Que los dos especialistas garanticen que la medida no dañará la integridad física del incapaz (efectos secundarios, molestias ...).
- 16.- Que se cerciore del fin perseguido por los guardadores, que no sea su comodidad y sí la mejora de la calidad de vida del incapaz.

Con todos los condicionamientos anteriores una denegación a la autorización es fácil.

Veamos la aplicación de la doctrina anterior a un caso concreto.

SENTENCIA 25 DE NOVIEMBRE DE 1993 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA.

Ante una demente llamada Lidia O.T. de 25 años de edad que padece Síndrome de Down desde el nacimiento con un déficit valorado en un 85% por dos doctores. Es diagnosticada de "Síndrome epiléptico con deficiencia mental severa, con disminución de la capacidad orgánica y funcional en un 80%" por el Sistema Sanitario Público. El centro asistencial en el

que está internada Lidia dice que puede tener problemas acerca de su sexualidad, y el médico forense dice que no es capaz de entender un embarazo.

El Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Olot (Girona, España), aunque reconoció que Lidia padecía un retraso mental "persistente e irreversible" denegó la autorización a la esterilización porque existían otros métodos anticonceptivos.

D. Carmelo O.A., padre de Lidia, recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial de Girona y ésta revocó la sentencia y concedió la autorización; entre otras cosas la Audiencia dijo: Que no se puede confundir sexualidad con procreación; que Lidia no puede entender lo que es una esterilización; que no se puede garantizar que Lidia no quede embarazada con la simple vigilancia de sus guardadores con el riesgo de un futuro aborto; y que se han seguido las formalidades del artículo 428 del Código Penal.

Pues diremos que la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona no ha aplicado la doctrina del TC porque:

1.- Para la Audiencia basta el informe de dos especialistas, la exploración del juez, el informe del Ministerio Fiscal, la petición del representante del incapaz y la previa incapacitación judicial.

Es obvio que el TC impone 16 requisitos al juez.

2.- Y dice la Audiencia que la esterilización es un acto definitivo, irreversible, que causa disminución funcional y de la integridad física de carácter permanente.

Es obvio que el TC no dijo lo anterior.

En definitiva, los Tribunales aplicarán la doctrina del TC a su antojo y se ha abierto una ventana muy peligrosa.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1995 (APELACION 1475/1994) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA.

Se planteó una esterilización de una incapaz ante un juez de instancia que la denegó, la sentencia fue recurrida y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juez de instancia.

Se trataba de Maribel, una joven de 22 años afectada de Síndrome de Down y declarada incapaz por otro juez en sentencia de 31 de marzo de 1990. Los informes médico-forenses fueron suscritos por un ginecólogo -que no se identificó- y por un psiquiatra, que lo único que dijeron fue el estado de virginidad de la incapaz, una breve descripción de la técnica a realizar (laparoscopia, por coagulación), fiabilidad de la técnica y grado de reversibilidad; se describió el grado en que Maribel entendía la maternidad y un embarazo, y la influencia de éste en el estado psíquico de Maribel.

La sentencia ahora comentada recuerda las palabras del TC de que esta medida "pueda extenderse, exclusivamente en beneficio de ellos, a quienes en razón de grave enfermedad psíquica no están capacitados para prestar el consentimiento libre que exige el precepto. Recuerda la AP que la demanda de instancia formulada por los padres de la incapaz no explica ni desarrolla los motivos que les llevan a pedir la autorización judicial, ni describe el ámbito relacional, relaciones sociales o terapias a las que está sometida Maribel. La sentencia basa su argumento "en la falta de hechos y ambientes" que permitan a la Sala valorar el riesgo y la proporcionalidad entre la medida y el mal que se trata de evitar.

Recuerda que la despenalización de la esterilización de incapaces no equivale a la automática autorización de estas operaciones.

La Sala de la AP cree que hay un triple enfoque del problema: **a)** Los que creen que la sexualidad y la integridad física es un derecho de la personalidad indisponible (como ocurre con el aborto o las operaciones transexuales). Aquí se sitúan los tres Magistrados del TC que votaron en contra en la famosa sentencia del TC. **b)** Los que creen en un nuevo derecho fundamental "a la sexualidad" separando la sexualidad de la procreación. Aquí se sitúa la doctrina de la sentencia de la AP de Girona de 25 de noviembre de 1993. **c)** Los que hablan del mayor interés y bienestar del incapaz ("Welfare amb best interest"). Aquí se sitúa la doctrina del TC español. Por lo tanto ha de probarse que la esterilización es lo mejor para el bienestar y desarrollo del incapaz. La sentencia de la AP de Barcelona no autorizó la esterilización por no demostrarse esto último.

De pasada el Tribunal se plantea si las nuevas terapias pueden aconsejar que las relaciones sexuales pueden favorecer a los incapaces; pero el Tribunal no se pronuncia porque ni se ha planteado en los autos y ese tema no está claro ni, además, se prueba que hubiese un peligro de embarazo.

LA CONSULTA NÚMERO 3/1985, DE 30 DE ABRIL, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL EN TORNO A LA CAPACIDAD DE LOS OLIGOFRÉNICOS PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 428, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL.

Analicémosla.

La Consulta parte de la siguiente premisa: el consentimiento prestado por las personas con plena capacidad tiene eficacia justificante en los límites del artículo 428, párrafo 2º, pero el consentimiento que provenga de los menores, incapaces o de

sus representantes legales no otorga un derecho para realizar las conductas allí descritas. Se trata de decidir sobre la esfera del consentimiento de los incapaces, teniendo en cuenta que el artículo 428 regula actividades (trasplantes de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) y sujetos (menores e incapaces) distintos, y dice la Consulta que "la situación para los incapaces es al menos de cierta permanencia cuando no de irreversibilidad. en tanto que para los menores se caracteriza por su temporalidad. en cuanto podrán ejercitar la facultad de disposición al alcanzar la mayoría de edad". En definitiva la Consulta se contrae a saber si será posible practicar esterilizaciones justificadas legalmente a los incapaces, y, más en particular, si cabe hacer ligadura de trompas a mujeres oligofrénicas.

Existe una interpretación literal del artículo 428 que es positiva (o a favor); y se llega a una interpretación alternativa del precepto porque hay una laguna legal: el legislador no ha autorizado estas intervenciones para los incapaces, pero tampoco las ha prohibido absolutamente, sólo invalida el consentimiento de los representantes legales si no se someten al control superior de la autoridad judicial que otorgará una autorización a través de un expediente en el que el incapaz será reconocido médicamente con intervención del Ministerio Fiscal en su representación. En resumen, la Consulta concluye así: cabe la esterilización de incapaces realizada por facultativos una vez que la misma haya sido aprobada por el Juez de Primera Instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entienda existe justificación suficiente para la misma. Nos deja en la duda sobre lo que es justificación suficiente, que quedará a criterio del fiscal.

Al razonar sobre el consentimiento la Consulta parte de una premisa muy plausible: una general disposición sobre el cuerpo, en cuanto soporte de la persona, es imposible e ilícita en nuestro ordenamiento jurídico; pero una cierta disponibilidad de la integridad física mediando un consentimiento personal, verdadero y válido, tiene eficacia justificante en el orden penal dentro de los límites del artículo 428. Pero es necesaria una manifestación de voluntad emitida expresamente con tal finalidad, que es conocida como el consentimiento, como requisito que legitima el acto de disposición. Así (*volenti non fit inuria*) ¿qué características habrá de reunir el consentimiento legitimador del trasplante de órganos, la esterilización o la cirugía transexual?:

1. **Ámbito:** sólo los actos enumerados en el artículo 428, alcanzando a los actos accesorios o que sean consecuencia natural de aquéllos.

2. **Forma:** el consentimiento debe ser expreso, producido de manera clara, terminante y explícita; se rechaza el presunto y el implícito derivado de hechos concluyentes del que dispone, ni basta que su actitud revele que soporta y no prohíbe el acto de disposición, no es admisible un silencio que equivalga a conformidad. Se aclara que si el consentimiento se refiere a

órganos regenerables o a limitación temporal los requisitos temporales serán menores.

3. Capacidad y legitimación: el consentimiento sólo es relevante para legitimar el acto de disposición cuando proceda de una persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad; además al dato cronológico se añade la plenitud de las facultades mentales, con inteligencia y voluntad perfectas; son inhábiles para prestar consentimiento los declarados judicialmente incapaces de un modo absoluto. La prestación del consentimiento es un acto personalísimo, no es posible la sustitución del titular ni la delegación en un tercero.

4. Tiempo: sólo el consentimiento previo constituye una verdadera autorización, su nota más característica es la revocabilidad; es imaginable un consentimiento coetáneo a la intervención. Si el disponente manifiesta su voluntad asintiendo después de la operación al acto se configura como una aprobación, pero ni se ha consentido ni se ha autorizado, sólo se aprueba un acto médico consumado. El consentimiento *a posteriori* es ineficaz a efectos justificantes.

5. Modalidades: es posible la revocabilidad del consentimiento *ante tempus*; se puede desistir del propósito inicial hasta el mismo momento de la intervención.

6. Formación: para una correcta formación de la voluntad el disponente ha de ser informado con precisión y detalle de los riesgos, consecuencias y presumibles complicaciones de la intervención. El artículo 428 habla de consentimiento *libre* y que no es justificante el obtenido *viadamente*.

7. Causa: el consentimiento sólo debe tener por causa la gratuidad.

Sin embargo, aunque el artículo 428 niega el consentimiento a menores incapaces o de sus representantes legales, la esterilización de estos últimos es posible si ha mediado autorización judicial. La propia Consulta reconoce que esta autorización va contra el tenor literal del precepto, y no se trata ni de una interpretación alternativa ni evolutiva (acorde con los tiempos) sino de una interpretación dirigida a un resultado sociológico. Y todo ello debido a una laguna jurídica, pero rellenable a partir de una interpretación de las propias palabras del precepto. Se concluye que los absolutamente incapaces se hallan incapacitados para prestar el consentimiento justificante. Se dice que ese consentimiento debe ser suplido por la autorización judicial, y que si el embarazo procedente del delito de violación consumado con una oligofrénica puede interrumpirse sin generar consecuencias penales mediando el consentimiento de la mujer, con mayor razón deberán estar en el área de los actos justificados las meras esterilizaciones de oligofrénicas.

"El juez no puede autorizar un acto contra la ley. como sería el de la esterilización de una mujer oligofrénica", textualmente dice la Consulta. En algunos casos -normalmente de

carácter patrimonial y a modo de complemento de capacidad- si media autorización judicial el acto que no pueden realizar por sí solos los titulares de la patria potestad (artículo 166 Código Civil) o de la tutela (artículos 271-272 Código Civil) es válido. Pero esa autorización debe estar prevista en la Ley como posible, en el artículo 428 Código Penal el consentimiento ineficaz de los incapaces no es sustituible por la autorización judicial supletoria. Además en los supuestos de los artículos 166 y 271-272 del Código Civil se establece que el acto de disposición de los representantes legales del menor o incapaz sobre sus bienes podrá concluirse previa autorización judicial; pero en el artículo 428 del Código Penal se niega que el representante legal del menor o incapaz pueda realizar ciertos actos de disposición sobre su integridad física y esta falta de autorización legal no puede suplida el juez, por cuanto la ley no delegó en él a estos efectos.

La Consulta se plantea la diferencia de eficacia del consentimiento de la mujer en el artículo 417 bis del Código Penal y en el artículo 428 del Código Penal. El primero sobre la no punibilidad del aborto voluntario de la mujer embarazada a causa de una violación, con el solo requisito de haberse denunciado aquélla previamente; el consentimiento en este caso debe reunir las condiciones generales exigidas para su validez; queda abierta la cuestión de si un incapaz puede consentir en su aborto. No obstante la diferencia en ambos casos es patente: las normas son muy estrictas para la validez del consentimiento en la esterilización de incapaces manifestado por éstos o sus representantes legales; pero no así en un aborto "¿justificado?", porque el acto inicial determinante, o no ha sido querido en absoluto (art. 429, 1º CP: violación con fuerza o intimidación) o procede de una voluntad incapaz de consentir (art. 429, 2º CP: violación por abuso de enajenada), por lo que estaremos ante una víctima; por ello la Consulta admite la eficacia del consentimiento del representante legal del incapaz para lograr la impunidad del aborto al que ha precedido un embarazo derivado de violación. Sin embargo en el supuesto del art. 428 CP con palabras textuales de la Consulta "quien consiente lo hace necesariamente *ex ante* y está en situación objetiva de autor al disponer de la propia salud, y la ley entiende que el consentimiento es acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal, sea el Juez".

Plantea la Consulta un buen tema: el artículo 428 CP no se agota en la interpretación gramatical, sino que deberá ponerse en contacto con las normas que, en el campo del Derecho Privado, regulan la incapacitación por enfermedad o deficiencia mental. El asunto no es peregrino pues si se quieren extraer de este precepto más interpretaciones sucederá como con la despenalización del aborto, al final todo está justificado porque el precepto no agota la regulación.

La Consulta se plantea el contenido de la expresión *incapaces*, si todos los declarados incapaces o sólo algunos de los declarados incapaces están impedidos de prestar el consen-

miento válido para los actos disponibles que forman el objeto. El art. 200 Código Civil indica que "*Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*". Interesan a la Consulta las enfermedades que tienen causa en la propia personalidad anormal del sujeto, y, más en particular, las oligofrenias, deficiencia mental que es variable presentando diversos grados (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), y más importante que el puro diagnóstico psiquiátrico es la intensidad del trastorno y sus repercusiones en la conducta, ya que ello influirá en la extensión y límites de la declaración judicial de incapacidad.

El artículo 428 aunque hable de los incapaces contempla a las personas que han sido objeto de una declaración judicial (incapacitados); el artículo citado menciona a los representantes legales, lo que implica un mayor de edad incapacitado (judicialmente) previamente. Sin embargo, se puede pensar que los incapaces de hecho sí pueden dar su consentimiento para esterilizarse -no han sido declarados incapaces-, pero esto no es correcto porque su consentimiento está viciado, no es libre por su deficiencia mental; además su guardador de hecho tampoco puede dar el consentimiento como no lo puede dar el representante legal.

El artículo 210 Código Civil ("La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado") determina que la sentencia del juez que declare la incapacidad determinará el grado de consentimiento de que es capaz; el art. 212 Código Civil permite que en un proceso posterior se pueda revisar la incapacidad si cambian las circunstancias; y esto en la época actual no es excepcional para algunas enfermedades mentales, ya que se introducen en la clínica psiquiátrica métodos biológicos de choque y psicofármacos. Lo cual es interesante para la sentencia del juez autorizante de la esterilización, ya que se tiene que tratar de una enfermedad irreversible en el estado de la clínica actual, lo que es muy difícil de decir.

Por lo tanto la declaración de la incapacidad depende de la enfermedad mental y dentro de ésta, de su grado.

La Consulta concluye: que aunque la ineficacia del consentimiento justificante sólo está prevista en el art. 428 Código Penal para los declarados incapaces, también lo es para los incapaces de hecho; y en estos casos el Ministerio Fiscal deberá promover antes la incapacidad. Además, termina la Consulta, la oligofrenia puede ser causa de incapacidad, pero la sentencia judicial debe de establecer el grado de inteligencia del demente y su limitación de la capacidad de obrar, y que la sentencia será título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá de estarse para precisar si la enfermedad es de las prohibidas o no por el artículo 428 Código Penal.

LA CONSULTA NÚMERO 1/1991, DE 31 DE ENERO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL SOBRE ASPECTOS PROCESALES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA LA ESTERILIZACIÓN DE LOS INCAPACES QUE ADOLEZCAN DE GRAVES DEFICIENCIAS PSIQUICAS

Lo único que se plantea en la Consulta citada, 1/1991, es el cauce procesal a través del cual se debe solicitar al Juez la autorización para la esterilización de deficientes mentales: si la jurisdicción voluntaria o el juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

Reconoce la Consulta que la jurisdicción voluntaria fue propuesta por la mayoría de los componentes de la Junta de la Fiscalía, pero por la trascendencia del tema se decidió someter el asunto a la consideración del Fiscal General del Estado.

Los partidarios de la *jurisdicción voluntaria* dicen que aunque el art. 428 CP es de carácter sustantivo contiene normas procesales como la ausencia de contradicción obligada, la solitud de representante legal, el dictamen preceptivo de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz. Además se argumenta que por remisión de determinados preceptos del Código Civil resulta de aplicación la jurisdicción voluntaria.

Los partidarios del *juicio declarativo de menor cuantía* señalan que éste es el mejor para obtener una autorización judicial para la esterilización de un incapacitado. Señalan que el art. 428 CP no regula el cauce procesal, y eso aunque se entienda que no haya contradicción y además que los casos de jurisdicción voluntaria son sólo los expresamente tasados en la ley, y éste no está regulado. Y como las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, limitativas de derechos, han de realizarse en juicios contradictorios, a éstos debe acudir, ya que, dice textualmente la Consulta, "al suponer ésta (la esterilización) una lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía, que aparte de ofrecer mayores garantías y protección por cuanto el Ministerio Fiscal actúa en él con mayor protagonismo, está autorizado por la declaración del artículo 484, párrafo cuarto, de la LEC". Interesa destacar como la Fiscalía reconoce dos cuestiones: que son necesarias mayores garantías en este tipo de procedimientos y que la esterilización supone una lesión o una agresión a la integridad física.

Reconoce la consulta que el art. 428 CP no resuelve el verdadero tema de la Consulta cual es el cauce procesal preciso, que lo único que se plantea es establecer los requisitos para que opere la condición de no penalidad. La Consulta dice que por ser necesario se dará respuesta a la legitimación y conte-

nido del dictamen preceptivo del Ministerio Fiscal, pero no se contestará a otros temas fundamentales cuales son: 1) el contenido del dictamen de los especialistas, 2) la titulación necesaria legitimadora del dictamen y 3) la determinación de los conceptos de incapaz y de deficiencia psíquicas graves; aunque reconoce que pueden ser objeto de una futura instrucción. Opinamos que son temas fundamentales: hasta dónde debe llegar el dictamen de los especialistas, si deben especificar el tipo de incapacidad, si el incapaz entiende la sexualidad humana y maternidad/paternidad, si la esterilización es lo mejor para el incapaz, si su enfermedad puede mejorar, si es reversible la técnica a utilizar; si los especialistas deben ser psiquiatras o ginecólogos, o basta cualquier especialidad, si deben tener titulación pública reconocida por el Estado o pueden ser especialistas de otros países -no reconocidos-, si deben ser facultativos del Sistema Nacional de Sanidad o pueden ser privados; si basta cualquier deficiencia psíquica, etc. Recordamos que todas estas cuestiones no son especulaciones de este ponente sino que fueron exigidas por la sentencia del TC español de 14 de julio de 1994 citada; y estos temas son tan importantes porque la medicina, como Arte que es, puede dar respuestas de tan diverso índole que según el facultativo elegido será posible el dictamen positivo o no; al que además el juez no está vinculado.

Por otra parte la Consulta se refiere a que es importante tener en cuenta cuál es el fundamento de la despenalización operada, porque el art. 428 CP no lo dice, y esto es importante para determinar el cauce procesal planteado; es decir, son importantes las condiciones en las que podrá acudir a la intervención esterilizadora y cuáles deben ser los principios de la autorización judicial y su procedimiento. Se recuerda lo que se dijo en la Consulta 3/1985, de 30 de abril: los incapaces no pueden dar válidamente su consentimiento ni tampoco sus representantes legales; pero las personas con una incapacidad menos intensa podían prestar su consentimiento eficaz para la esterilización; y cuando fuese necesaria la autorización judicial sería necesario un expediente para autorizaciones análogas.

El art. 428 CP -tras reforma por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio- establece como condición de no punibilidad la autorización judicial y el cumplimiento de una serie de requisitos. "Así la autorización judicial no operará de modo automático o por la simple constatación de la incapacidad declarada del deficiente mental y la prestación del consentimiento de su representante legal, pues ello podría dar lugar a disposiciones arbitrarias de terceros sobre bienes jurídicos eminentemente personales del deficiente, con lo que quedaría la autorización judicial a merced de intereses personales, sociales o económicos de parientes o tutores, lo que está en abierta contradicción con los arts. 10 y 15 de la CE que protegen la dignidad e integridad física y moral y prohíben los tratos inhumanos y degradantes" (palabras textuales de la Consulta). Por lo tanto, el consentimiento de terceros es condición necesaria, valorada

por el Ministerio Fiscal en su informe y por el Juez, pero no suficiente. En caso de colisión, sigue la consulta, entre los intereses de terceros y del incapaz debe resolverse en base al principio de interés superior del deficiente psíquico.

La Consulta se inclina por el procedimiento de jurisdicción voluntaria y establece la no acumulabilidad de la declaración judicial de incapacidad y de la autorización judicial legitimadora de las esterilizaciones. (Sin embargo, el nuevo art. 156 CP, tras reforma de Ley Orgánica 10/1995, permite la declaración de incapacidad y la autorización para la esterilización acumuladas en un mismo procedimiento de juicio ordinario de menor cuantía, y posteriormente, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria solicitar la autorización judicial para esterilizar. Entiendo que la acumulación operada por la LO. 10/95 es inconstitucional porque el TC en su sentencia de 14 de julio de 1994 ya dijo que tenían que ser resoluciones distintas).

Siguiendo con la Consulta, establece ésta que la declaración de incapaz es previa junto con la constitución de la tutela, pues la titularidad para instar la autorización judicial corresponde al representante legal. Sigue la consulta con las presiones de los fiscales que entienden que el juicio de menor cuantía debe seguirse para la esterilización por analogía con el seguido para la incapacitación y porque es el juicio seguido para cualquier tipo de demanda en que no se disponga otra cosa (art. 484, 4 LEC); al mismo tiempo el art. 481 LEC dispone que las contiendas judiciales sin tramitación especial deben ventilarse por el juicio declarativo que corresponda.

Pero en el art. 428 CP se presume la concurrencia de intereses entre representante y representado, no contrapuestos, y como el representante no puede dar el consentimiento se solicita, para la no punibilidad, la autorización judicial. No hay pues verdadera contienda (que es lo típico de un juicio declarativo de menor cuantía) y ello nos conduce a la jurisdicción voluntaria. Pero creo que sí hay contienda: entre los representantes y el incapaz, que es el futuro agredido, por eso hay un juez e interviene el Ministerio Fiscal.

Pero si por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se decía en su Disposición Adicional que los procedimientos de incapacitación y de prodigalidad se encauzarían por el juicio declarativo de menor cuantía, sin que quepa al allanamiento ni la transacción, se decía, además, que los procedimientos derivados de las figuras jurídicas reguladas en los Títulos IX Y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por el cauce de la jurisdicción voluntaria (o sea, incapacitación, tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados); resulta que las autorizaciones para esterilizar se asemejaban más a las autorizaciones previstas en los Títulos IX y X que a las incapacitaciones en sí, luego el cauce sería la jurisdicción voluntaria. Sin que se acepte que la jurisdicción voluntaria sea sólo para los actos del Libro III de

la LEC, no es un "*numerus clausus*", y cabe aquí la figura cuestionada.

Más fuerte parece la crítica de que el juicio declarativo de menor cuantía ofrece mejores garantías y protección ya que en él el Ministerio Fiscal actúa con mayor protagonismo. Sin embargo, la Consulta sale al paso diciendo que en la jurisdicción voluntaria las garantías son paralelas al juicio declarativo ordinario tipo, rigen los principios de prohibición, de indefensión y de audiencia, que no están proscritos en el Libro III de la LEC, al igual que la tutela judicial efectiva amparadora de las pruebas y los recursos; en los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser oídas varias personas, sean o no promotores, incluso a instancias del Juez, interviene el Ministerio Fiscal; se admiten todos los documentos sin solemnidades; hay informes de dos especialistas y exploración por el Juez, además el Juez puede discrepar de lo interesado por quienes intervengan, no así en el juicio de menor cuantía sin oposición (arts. 691-692 LEC). Se admite también el recurso de apelación; y las resoluciones de las Audiencias tienen acceso a la casación. Si el expediente se hace contencioso, se encauzará por el juicio que corresponda (art. 1817 LEC). Hoy en día no cabe la casación, tras la reforma de 1992 de la LEC y, además, no cabe la transacción ni el allanamiento por remisión a la prohibición del Código Civil en estos temas.

El Ministerio Fiscal está legitimado para la declaración judicial de incapacidad y para la constitución de la curatela, pero no para obtener la esterilización de los incapaces, pues para el art. 428 CP el único legitimado es el representante legal (arts. 203, 207 Y 228 del Código Civil). Pero el Ministerio Fiscal interviene siempre en los procedimientos.

Por último la Consulta lanza el siguiente "canto": "El criterio del mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista", y se aclara que el dictamen del Ministerio Fiscal procurará que se tienda a la integración del minusválido en la esfera social en igualdad de condiciones que los demás, incluida la sexualidad, y se opondrá cuando no se vigilen estos intereses. Por descontado, que una vez esterilizada una mujer deficiente será "caldo de cultivo" para abusos de desaprensivos porque no corren ¿"más?" riesgos; evidentemente la integración social buscada será con seres distintos de los mejores para ella.

Por último la Consulta recuerda a los fiscales que no están vinculados a los dictámenes de los especialistas.

Sin embargo, toda esta consulta ha variado con el nuevo artículo 156 del nuevo Código Penal; toda vez que este nuevo precepto establece que la acumulación de la incapacitación con la autorización para la esterilización se regirán por el juicio de menor cuantía, mientras que la autorización para la esterilización de los ya incapacitados se regirá por la jurisdicción voluntaria.

LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE; DEL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL. EL NUEVO ARTÍCULO 156.

El nuevo Código Penal, que entró en vigor el pasado 24 de mayo de 1996, contiene algunas particularidades interesantes. Se regula en el Libro 11, Título III, artículo 156, que contiene alguna novedad -por otro lado ya apuntada por la doctrina-

Se ha aclarado la duda anterior planteada sobre si era necesario un nuevo, o no, procedimiento distinto al de la incapacitación. El legislador permite ahora la autorización del juez en el mismo procedimiento de incapacitación o, a elección de los representantes legales, acudir a un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria para solicitar la autorización del juez para esterilizar. La solución es criticable porque si se permite la acumulación de la esterilización en el mismo procedimiento de la incapacitación, se vicia este último procedimiento, porque se convierte en "incapacitación para esterilizar", y eso no es lo que dijo el TC. Son dos procedimientos distintos: la incapacitación para una cosa, de la que salen derechos y deberes para el Estado y la sociedad; y la esterilización, para otra.

Pero es plausible el que se haya añadido la frase: "tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz". Se acogen los argumentos del TC español y de la sentencia de la AP de Barcelona de 6 de octubre de 1995 sobre "Welfare and best interest" y se rechazan los argumentos de la doctrina de la AP de Girona de 23 de noviembre de 1993. Por lo tanto, el interés no es el "egoísmo" de los padres de no poder atender a su hijo/a-incapaz sino, precisamente y necesariamente, el del propio incapaz, que, naturalmente no es siempre y automáticamente la mutilación. La nueva fase añadida permite, pues, sustentar nuestra tesis de apoyar la esterilización terapéutica y rechazar la preventiva- anticonceptiva. No habrá, sin embargo, que el mayor interés para el incapaz sea su mutilación porque entienda que su inmersión social será más profunda si puede tener una actuación sexual sin "riesgos". Como siempre, dependerá del concepto de sexualidad que se tenga; en cualquier caso, un demente grave no es capaz de entenderla y por lo tanto es absurdo mutilarlo para integrarlo más socialmente, porque lo que se logrará no es que él entienda algo que antes no entendía -esterilizado o no- sino que se aprovechen los desaprensivos de la demente.

En definitiva el resultado es peor, se les priva de su integridad física, se les quita su personal consentimiento, y en el fondo, aunque entendible, lo que hay detrás es la comodidad y el miedo de los guardadores de hecho, que con una lógica preocupada aplican una solución desmedida al problema. Y, por último, se abre una puerta muy peligrosa, una vez que los estados digan que la integridad física no es hermética, sino que en algunos casos un tercero, aunque sea un juez, funcio-

nario estatal muy cualificado, pueden mutilar y agredir físicamente, entonces por qué en otros casos no podrá hacerse lo mismo, porque el derecho a la integridad física no es inmuta-

ble, puede ser limitado, es muy, pero que muy peligrosa esta compuerta abierta.