

III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 215/1994, DE 14 DE JULIO

1. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, que evalúa la constitucionalidad del artículo 428 párrafo segundo, inciso último del Código penal, relativo a la esterilización de personas incapaces que padezcan grave deficiencia psíquica, se dedicará, como ya hemos avanzado al comienzo de la primera parte del mismo, a realizar una serie de consideraciones críticas —ora mostrando nuestro acuerdo, ora criticando las posiciones respectivamente adoptadas— en relación con la fundamentación jurídica de la mencionada sentencia del Alto Tribunal, tanto de la resolución mayoritaria como de los votos particulares existentes, así como de los denominados «antecedentes», esto es, la cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992 promovida por medio de auto de 30 de junio de 1992 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, las alegaciones del Fiscal General del Estado y las alegaciones del Abogado del Estado. Siguiendo el orden ya empleado en la parte inicial —descriptiva—, en primer lugar examinaremos estos últimos, los «antecedentes», para más tarde, en un segundo momento, hacer lo propio con la sentencia del Tribunal Constitucional.

2. ANTECEDENTES

A) *CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 1.415/1992. (AUTO DE 30 DE JUNIO DE 1992 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE BARCELONA)*

Comencemos efectuando algunas apreciaciones relativas al auto de 30 de junio de 1992 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, mediante el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica.

Al tiempo que enjuiciamos las diversas circunstancias dignas de mención o merecedoras de comentario del auto promovente, y con la finalidad de no dividir los problemas o cuestiones a tratar, sino de obtener una comprensión global de los mismos, estimamos más conveniente —toda vez que gran número de los argumentos incluidos en el auto coinciden con otros presentados en alegaciones posteriores o en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional o de los diversos votos particulares, o bien son examinados y, consecuentemente, corroborados, matizados, completados o rebatidos en alguna de las intervenciones posteriores —Fiscal General del Estado, Abogado del Estado, fundamentos jurídicos del fallo del Tribunal Constitucional y de los votos particulares— la reunión de los diferentes puntos de vista acerca de un misma cuestión, del planteamiento y de las objeciones al mismo, de las adhesiones a posturas ya avanzadas, de las distintas réplicas a las argumentaciones apuntadas, y de las soluciones propuestas. Creemos que esta opción metodológica facilitará la tarea que nos proponemos y servirá de ayuda para una más ajustada interpretación y un superior y más sencillo entendimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional. Como consecuencia de ello, los apartados siguientes verán reducidos considerablemente sus contenidos, puesto que éstos ya habrán sido tratados y examinados con anterioridad, por lo que su repetición devendría superflua. Con todo, cualquier aspecto sobresaliente o cualquier aportación nueva o interesante para la solución de la problemática debatida será objeto de estudio en su correspondiente lugar.

En el primer apartado de su fundamentación jurídica (A)), y refiriéndose a la autorización judicial de la esterilización afirma: «... autorización que el Magistrado *se ve forzado a otorgar ...*»¹¹ Esta afirmación es tenida en cuenta y examinada por el Tribunal Constitucional, que en los párrafos tercero y quinto del fundamento jurídico 3 de la sentencia matiza la, a

¹¹ De idéntica opinión parece ser el Magistrado don José Gabaldón López, quien en el fundamento jurídico 4 de su voto particular, en concreto en el último párrafo afirma: «La intervención del Juez, con escasa libertad de decisión en el fondo ... va a verse *limitada a otorgar la autorización salvo que existan groseras informalidades*».

Por ello, las consideraciones que en relación con este concreto aspecto de discrepancia se efectúen aquí aludiendo al auto del Juzgado barcelonés pueden entenderse extensivas al mencionado voto particular.

nuestro juicio, hiperbólica afirmación del auto promovente¹², situándola en su correcto lugar. Se podrá cuestionar la suficiencia o insuficiencia de las garantías previstas en el art. 428.II inciso último CP¹³, pero estimamos una exageración interpretar el mencionado precepto como una norma que tácitamente prescriba al Juez otorgar la autorización de la esterilización solicitada, interpretación que es la que parece derivarse de las afirmaciones recogidas en el auto proponente. En suma, y en lo que a este concreto aspecto se refiere, nos adherimos a la más ponderada y ajustada interpretación de la norma cuestionada que propone la fundamentación jurídica mayoritaria del Tribunal Constitucional.

Una segunda puntualización, sin ánimo alguno de crítica, sino más bien de complemento de la argumentación de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta, haría referencia a las preguntas conclusivas del primer motivo o fundamento jurídico del auto. Creemos que en la enumeración normativa que precede a la formulación de esas dos preguntas, en especial en lo que concierne a la primera de ellas: «¿se acomoda o no a la protección constitucional de la salud?» (la solicitud de esterilización), podría haberse incluido el artículo 43 de la Constitución española, donde, entre otras previsiones, «se reconoce el derecho a la protección de la salud» (art. 43.1 CE). Una mera lectura del enunciado de esta primera pregunta apunta la conveniencia de aludir, entre otros —y fundamentalmente—, al artículo 43 CE.

Un nuevo motivo de divergencia aparece en el segundo fundamento jurídico (B) del auto. A lo largo de él se cuestionan diferentes aspectos de la materia debatida, pero se hace teniendo en cuenta tan sólo a la mujer incapaz, y no al hombre incapaz. Así: «la esterilización ... permitirá a los incapaces el disfrute de uno de los derechos de que tradicionalmente han

12 En concreto, el fundamento jurídico 3 de la sentencia dice en su párrafo tercero: «... la grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del incapaz».

El mismo fundamento jurídico 3 refuerza esta comprensión de la intervención judicial en el párrafo quinto: «Pues bien, prevista en el precepto la inexcusable intervención ... del Juez mediante su autorización que puede o no otorgar y que está precedida de la exploración del enfermo y de una previa declaración de incapacidad también judicialmente acordada».

13 Así se hace tanto en la fundamentación jurídica del fallo del Tribunal Constitucional como en alguno de los votos particulares, por lo que al estudio posterior de los mismos nos remitimos.

estado privados, el derecho a la sexualidad, impidiendo la consecución normal del mismo, que es *el embarazo*». «Se alega que la medida constituye un bien para *la incapaz ...*». Lo mismo sucede nuevamente en el último fundamento jurídico (D)): «... le habríamos privado, con la esterilización, del derecho a *una maternidad futura ...*»¹⁴. Si bien el proceso del que trae causa la cuestión planteada se origina a resultas de una demanda planteada en juicio declarativo de menor cuantía formulada por los padres de una mujer incapacitada¹⁵, lo verdaderamente discutido en estos supuestos no es el concreto caso que origina la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, sino la constitucionalidad o no del precepto cuestionado. Así lo afirma el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, incluido en el Capítulo III: «De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales»: «El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, *debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona*, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión...». Por consiguiente, y atendiendo al texto del artículo 428.II inciso último CP: «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 dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz», no puede discutirse tan sólo la constitucionalidad de la

14 No es el auto promovente el único que propugna esta incompleta y parcial interpretación. También lo hace, si bien con un tono menos taxativo, el Fiscal General del Estado, quien en distintos apartados de sus alegaciones realiza afirmaciones que así lo indican. Entre otras, valgan a título ejemplificador las siguientes: «Por tanto, en principio, cualquier actuación que elimine o restrinja la capacidad genésica de *la mujer* hay que reputarla como un ataque a la indemnidad *femenina* e infractora de lo que dispone el art.15 C.E.»; «Respecto de la esterilización, que es lo que importa, y más específicamente *la de la mujer, ...*». (apartado B)); «Desde estas categorías socio-jurídicas, la cuestión aquí reside en si una *mujer incapaz*, que no puede prestar su consentimiento válido ni a la procreación ni a la agenesia provocada, puede ser objeto de manipulaciones médicas que conduzcan a su esterilidad» (apartado C)); «Lo que hace que deje de ser ilícito penal la privación de la capacidad *generandi* de *la mujer incapaz, ...* es sin duda las obligaciones que genera *la maternidad*» (apartado D)).

15 Así consta en el antecedente número 2 de la STC 215/1994, de 14 de julio, tal y como aparece publicada en el B.O.E. núm.197. Suplemento, de jueves 18 de agosto de 1994.

esterilización de las mujeres incapaces, sino la de éstas y la de los hombres, pues la norma en cuestión se refiere claramente a ambos sexos. Que la cuestión de inconstitucionalidad se interponga atendiendo un supuesto específico —en este caso la esterilización de una mujer—, si bien permite argumentar en torno a él, no ha de servir para cercenar y rebajar el alcance del problema en cuestión, con olvido de la verdadera significación y del más amplio ámbito de aplicación de la norma. En este sentido parecen manifestarse el Abogado del Estado¹⁶, el Tribunal Constitucional¹⁷, así como los Magistrados don José Gabaldón López¹⁸, y don Julio Diego González Campos y don Pedro Cruz Villalón¹⁹, evitando incurrir en el reduccionismo constatado²⁰.

16 Al final de sus alegaciones, en concreto en la segunda consideración, el Abogado del Estado señala: «... dicha esterilización se produce al no ser el incapaz hábil para el ejercicio adecuado de *la patria potestad* ...».

17 El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 4 a) de su resolución, al tratar el tema de la justificación de esterilización del incapaz, indica que «la esterilización del incapaz ... le permite ..., haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, ..., pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever o asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que *la paternidad y maternidad* comportan»; más adelante: «... además de los fines expuestos que justifican la medida de esterilización *para ambos sexos* ...»; o al final del mismo: «Por tanto, si entendemos justificada la esterilización prevista en el inciso cuestionado *para ambos sexos*, ...».

Tras esto afirma que, de ambos sexos, la medida resulta más ventajosa para el sexo femenino: «... en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes por las consecuencias fisiológicas del embarazo», afirmación que es contestada críticamente por el voto concurrente del Magistrado don Vicente Gimeno Sendra. Emplazamos su estudio para un apartado posterior, en concreto para el referente al análisis de los aspectos más sobresalientes de la fundamentación jurídica del fallo del Tribunal Constitucional, en el que compararemos y examinaremos ambas posturas.

18 comprensión: «Prevenir una eventualidad no deseada (*la maternidad o la paternidad*) ...».

19 El apartado C) del segundo fundamento jurídico del voto particular dice que «el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: ... De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave en su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de *la maternidad o paternidad*».

20 Es tajante al respecto la petición nº 9 de la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992: «Que los apartados anteriores se apliquen observando estrictamente el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres».

Al margen de esta concreta cuestión, pero en contacto evidente con ella, existen ciertos aspectos relacionados con el asunto aquí tratado, principalmente el de la posibilidad de un tratamiento discriminatorio de la mujer, que denuncia el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra en su voto concurrente, deducible del fundamento jurídico 4 a) de la sentencia: «la mayor necesidad de esterilización de la mujer deficiente psíquica». Para el análisis de esta interesante cuestión nos remitimos a las siguientes páginas, en donde analizaremos tanto la fundamentación jurídica de la sentencia como la del voto particular mencionado.

Un nuevo reproche hemos de realizar a la fundamentación jurídica del auto promovente. Al final del segundo motivo (B)), en medio de una disertación sobre la sexualidad se afirma: «Si se tratara de un bien, sería ilógico privar de ella a *los menores* ...». No entendemos el sentido de la alusión a los menores de edad en relación con la cuestión debatida, pues si bien es cierto que el primer inciso del art. 428.II CP se refiere indistintamente a los menores o los incapaces, no ocurre así en el inciso último del indicado precepto —verdadero objeto de debate—, que tan sólo menciona a las personas incapaces, sin hacer mención alguna a las personas menores de edad. En suma, creemos que se trata de un argumento completamente fuera de lugar que, aun extrapolable a los incapaces, debiera de hacerse constar expresamente la mención de éstos en la fundamentación jurídica²¹.

En los dos últimos fundamentos jurídicos (C) y D)) aparecen nuevos motivos de disensión, motivos íntimamente conectados entre sí. En primer lugar, refiriéndose a medidas que salvaguarden a la mujer incapaz de un posible embarazo, tras tomar en consideración la producción de un «evento tan extraordinario», señala que tal situación es «evitable en la mayoría de los casos si los guardadores de la incapaz adoptan *una normal vigilancia*». En lo que a nosotros concierne, nos sentimos más conformes con la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional, la cual estudia esta cuestión en el apartado B) de su fundamento jurídico 5, donde expone lo siguiente: «De otro lado, por lo que atañe a la vigilancia «normal» de las

21 En un error similar pensamos que incurre el Fiscal General del Estado, quien al final de sus alegaciones, en concreto en la quinta y última afirma: «El Juez sigue siendo un *peritus peritorum*, que ha de atenerse igualmente al resultado de la preceptiva exploración del *menor*».

personas deficientes, e independientemente del albur de su real efectividad, es éste un argumento del Juez *a quo* que, en definitiva, y sobre la premisa de que la sexualidad no integra el contenido de ningún derecho, conduce a justificar su represión absoluta. Pero semejante represión puede llegar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), cuando no, en la eventualidad de que exista intimidación, al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 C.E.). La vigilancia a que alude el cuestionante únicamente será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad», reiterándolo en el apartado C) del mismo fundamento jurídico quinto²². También apuntan soluciones en sentido similar el Fiscal General del Estado, al tratar la justificación y la proporcionalidad de la medida esterilizadora en la última de sus alegaciones (D): «La atenta vigilancia de los padres que propugna el Juez como alternativa eficaz para evitar un embarazo no deseado es, por de pronto, una carga que en ciertos momentos puede ser irrazonable, además de que no puede asegurar en medida aceptable que produzca el efecto perseguido», y el Abogado del Estado en su primera alegación (A): «Ni la vigilancia más continuada por parte de quienes ejercen la patria potestad puede impedir que cualquier desaprensivo abuse sexualmente de la incapaz».

Continuando el tratamiento de esta cuestión, eludir la circunstancia del embarazo de la mujer incapaz a través de la adopción de una medida esterilizadora, entiende el auto promovente que tal circunstancia «no justifica la adopción de un medio tan radical que atenta contra su integridad física y moral, constitucionalmente defendida con rango primordial, *ello aparte de que en la legislación actual se encuentra autorizada la posibilidad de poner fin, en este supuesto, impunemente, al embarazo no deseado...*». De ninguna manera podemos suscribir la orientación propuesta por el Juzgado barcelonés. En este sentido también se manifiesta el fundamento jurídico 5 B) de la resolución del Tribunal Constitucional, quien, haciendo

22 Aquí dice que la adopción o aplicación de otras medidas anticonceptivas diferentes de la esterilización «requeriría, en todo caso, un control constante y continuado por parte de los guardadores del enfermo, no siempre posible y por tanto aleatorio, a no ser que la intervención de aquéllos en la vida del incapaz sea tan intensa y rigorista que reconducirían estos sistemas a la vigilancia del enfermo de la que ya nos hemos ocupado».

suya una observación previa del Abogado del Estado²³, afirma que no «cabe considerar seriamente como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que *es una medida más traumática*, especialmente para quien, en razón de su padecimiento mental, carece del nivel de comprensión en tal caso preciso», o el Fiscal General del Estado, en la última de sus alegaciones (D): «Y menos aún es compartible el criterio del Juez de que un embarazo de una incapaz profunda pueda resolverse con un aborto despenalizado (art. 417.2ª CP), ya que sería en todo caso violación²⁴. De esta manera se cae en el contrasentido de que, *para evitar lo menos —ataque a la integridad— se consiente en lo más —eliminación del nasciturus—*». La postura del auto promovente parece tributaria de una santificación o deificación de la ley —entendida como la manifestación positiva de la regulación de una conducta—: en tanto que la ley lo autorice o no lo castigue o prohíba, es lícito, o cuando menos válido, acudir en su apoyo para justificar una conducta. No se repara en que la mera declaración de una norma no valida la conducta que regula. Tras ese razonamiento se aprecia una escasa meditación acerca de las consecuencias de la elección realizada, a todas luces más gravosa, amén de una sesgada concepción de la norma jurídica, pues no debemos de olvidar que no es suficiente la mera positivación de una conducta para legitimarla. Al lado de la dimensión de la legalidad, que le otorga validez normativa o legal, se encuentra dos nuevas e inexcusables dimensiones o perspectivas: la eficacia, o validez social y, en último término, la legitimidad o validez filosófica, que han de ser tenidas igualmente en cuenta para determinar la validez y bondad global de la norma, aspectos, al menos este último de la legitimidad, que no parecen haber sido tenidos en cuenta por el Juzgado proponente. A todo esto ha de añadirse la falta de proporcionalidad derivada de la elección de la interrupción del embarazo mediante la práctica de un aborto y la evitación del mismo a través de una operación esterilizadora.

23 El último inciso de la primera alegación (A) del Abogado del Estado sirve para concluir la argumentación esgrimida de la siguiente forma: «En cualquier caso, la práctica del aborto es especialmente traumática para una persona que ni entiende ni conoce el significado del «remedio» que se le aplica».

24 Esto último —la calificación de todo acceso carnal con una mujer incapaz como violación— no ha de ser necesariamente así, conforme veremos a continuación.

Al concretar la cuestión anterior, el empleo de una práctica abortiva para interrumpir el embarazo, se apunta: «En los escasos supuestos en que (el) aborto es exculpado en nuestra legislación actual se encuentra precisamente el embarazo consecuencia de la violación y *sólo como violación podría ser tipificado el acceso carnal con una deficiente mental*». Esta incorrecta interpretación del artículo 429.2º del Código penal es sostenida asimismo por el Fiscal General del Estado, en su cuarta alegación (D)): «Una mujer incapaz grave ni puede valorar el alcance del acto sexual ni enfrentarse responsablemente con la maternidad. La Ley no puede privarle de lo primero (aunque tiene la poderosa limitación de que *cualquier yacimiento con ella constituya delito de violación: art. 429.2º CP*)». Desde la entrada en vigor de la reforma operada en el Código penal por obra de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, esta no puede ser la interpretación de la circunstancia segunda del artículo 429 del mencionado cuerpo legal²⁵. Por ello no hemos de extrañarnos de la censura que de tal afirmación llevan a cabo el Abogado del Estado, al final de su primera alegación (A)): «*No todo acceso carnal con un enajenado es violación. Esta sólo se producirá cuando «se abuse de su enajenación»*, conforme al artículo 429.2 del Código penal» y el Tribunal Constitucional, remitiéndose éste a la intervención del Abogado del Estado, en su fundamento jurídico 5 B): «.. y como bien observa el Abogado del Estado, ni todo acceso carnal con una deficiente grave constituye violación (sino sólo cuando medie abuso de su deficiencia: art. 429.2 CP) ...».

Hasta aquí el análisis de la fundamentación jurídica del auto de 30 de junio de 1992 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, que

25 La redacción actual del artículo 429.2º CP es la siguiente:

«La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

2º Cuando la persona se hallare privada de sentido o *cuando se abusare de su enajenación*».

Antes de la modificación del precepto por medio de la LO 3/1989, el artículo 429.2º decía así:

«La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.

Se comete violación con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa».

promueve la cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992, al hilo del cual hemos examinado asimismo gran parte de las alegaciones formuladas por el Fiscal General del Estado y por el Abogado del Estado, así como un número importante de los argumentos que el Tribunal Constitucional, tanto los Magistrados que suscriben el fallo como los Magistrados discrepantes con él o con su motivación, ofrece frente a los referidos en el auto promovente. A continuación examinaremos las distintas cuestiones de interés restantes, apreciables especialmente en los fundamentos jurídicos de la resolución del Tribunal Constitucional y de los diferentes votos particulares a él formulados, aunque en primer lugar nos detendremos brevemente en los dos restantes «antecedentes»: las alegaciones del Fiscal General del Estado y las del Abogado del Estado».

B) ALEGACIONES DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Los aspectos más sobresalientes de las alegaciones del Fiscal General del Estado han sido ya adelantados y empleados para completar el examen de la argumentación del auto promovente de la cuestión de inconstitucionalidad. Tan sólo recordaremos aquí como algunos de sus fundamentos disientan de la posición del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, como sucedía en lo relativo a la «normal vigilancia» de la persona incapaz o el empleo del aborto como remedios para evitar un eventual embarazo de la mujer incapaz; en otros, en cambio, el Fiscal General del Estado incurría en los mismos errores que el auto proponente, como en la exclusiva mención de la mujer incapaz como sujeto de la esterilización; la referencia al menor, obviando toda mención de los incapaces; o la desmesurada ampliación a que daba lugar la interpretación del art. 429.2º CP, según la cual todo yacimiento con una mujer incapaz como constitutivo de un delito de violación.

C) ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO

Las alegaciones del Abogado del Estado manejadas en el examen del auto promovente han sido todas ellas empleadas para enmendar la

fundamentación que este último proponía para cada cuestión específica. Merecen una consideración global favorable, pues no sólo han sido de utilidad para confrontarlas con los argumentos del auto, sino que también han sido sumamente orientativas para la adopción de la decisión final del Tribunal Constitucional, como éste mismo declara expresamente, en su fundamento jurídico 5 B), en relación con dos concretos aspectos: la rectificación que efectúa al corregir las afirmaciones del auto y del Fiscal General del Estado que entienden que todo acceso carnal con una deficiente mental es violación, indicando que, conforme al tenor literal del art. 429.2º CP, solamente será esto así cuando «se abuse de su enajenación»; y la desproporción de considerar el aborto como remedio más adecuado, frente a la esterilización, para evitar un embarazo no deseado de una mujer incapaz. En otro orden de cosas, el Abogado del Estado también critica la posición adoptada por el auto en lo relativo a la «normal vigilancia» como instrumento válido para evitar ese embarazo no deseado de la mujer incapaz, y, asimismo, acierta al no incurrir en el reduccionismo de referirse tan sólo a la mujer incapaz, como sí se hace reiteradamente a lo largo de la fundamentación jurídica del auto del órgano jurisdiccional barcelonés y de las alegaciones del Fiscal General del Estado, sino tanto al varón como a la hembra incapaz.

Un único aspecto aún no mencionado creemos que merece ser destacado en relación con la segunda alegación (B)), que comienza así: «El problema que se suscita es el de la prestación del consentimiento de un incapacitado». Pues bien, el empleo del término «incapacitado», sin que ello quiera decir que el de «incapaz» sea incorrecto, evita problemas de interpretación del art. 428.II inciso último CP, en lo que atañe a la comprensión de la expresión «persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica», ya que su utilización indica la existencia de una previa declaración de incapacidad de la persona a la que se refiere, requisito ineludible para la solicitud de la esterilización²⁶. En un sentido similar parece expresarse el Magistrado don

26 En este sentido, creemos interesante recordar que el artículo 164 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, que es el equivalente al artículo 428.II CP vigente, proponía la siguiente redacción en lo que se refiere a este inciso: «... Sin embargo, no será punible la esterilización de *persona declarada incapaz* que adolezca de grave deficiencia psíquica ...». Este Código ha sido definitivamente abandonado, pero es de justicia resaltar la mejora que incluía entre sus normas en lo relativo a la comprensión del término «incapaz».

Rafael de Mendizábal Allende cuando afirma al comienzo del fundamento jurídico 2 de su voto particular que «la expresión «persona incapaz» parece referirse a una situación de hecho, sin exigencia de una previa declaración judicial al respecto (art. 199 CC)»²⁷.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 215/1994, DE 14 DE JULIO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STC 215/1994, DE 14 DE JULIO

Al igual que hemos hecho con las alegaciones tanto del Fiscal General del Estado como del Abogado del Estado, recapitularemos en primer lugar las argumentaciones del Tribunal Constitucional ya adelantadas en el enjuiciamiento del auto promovente de la cuestión de inconstitucionalidad, y luego atenderemos a otras de notable interés, ora mediante su cotejo con las posiciones divergentes apreciadas en los diferentes votos particulares, ora en su individualidad.

Cuatro han sido las incursiones del Tribunal Constitucional en las páginas anteriores, todas ellas encaminadas a rectificar las posiciones del auto promovente —y en ocasiones, también de otros intervinientes—. Discrepa, en primer lugar, de la consideración de la autorización judicial casi como una conminación impuesta por la norma que sostienen las fundamentaciones jurídicas del auto barcelonés y del voto particular del Magistrado don José Gabaldón López, matizando estas posiciones y situándose, como allí señalamos, en una posición más ponderada y, según nuestro parecer, más

La simple adición de una palabra —«declarada»— añadía claridad al precepto, evitando cualquier vacilación en torno a la interpretación del término «incapaz», y a la necesidad de la previa declaración de incapacidad para la petición de la esterilización.

27 Es muy loable y acertada la opinión del Magistrado discrepante, pero no del todo exacta, pues existen razones muy importantes para tener en cuenta e interpretar la incapacidad no sólo desde un punto de vista «formal», en cuanto que situación declarada judicialmente tras la celebración y resolución un procedimiento *ad hoc* —el procedimiento de incapacitación (arts.199-214 CC)—, sino también desde un punto de vista «material», teniendo en cuenta la concreta situación de hecho de la persona incapaz, aspecto sin el cual se pervertiría el sentido verdadero tanto de la institución de la incapacitación como el de la eventual solicitud y autorización de la esterilización.

acertada. Un segundo motivo de crítica aparecía en su fundamento jurídico 5 —apartados B) y C)—, donde disienta²⁸ de la bondad del método de la «normal vigilancia» a cargo de los guardadores de la mujer incapaz con la finalidad de evitar un posible embarazo. Finalmente, el Tribunal Constitucional, recabando argumentos ya expuestos por el Abogado del Estado en sus alegaciones, hacía constar en su fundamentación jurídica —fundamento jurídico 5 B)— su disconformidad con la postura del auto promovente en relación con dos nuevas cuestiones: la elección del aborto, en lugar de la esterilización, para evitar la posibilidad de un embarazo no deseado de la mujer incapaz, en la que estimaba desproporcionada e injustificada tal elección; y la calificación como delito de violación de cualquier yacimiento con una mujer deficiente mental, en la que rectificaba la incorrecta interpretación del art. 429.2º CP.

Además de estas puntualizaciones o precisiones al hilo de los diversos fundamentos jurídicos del auto promovente de la cuestión de inconstitucionalidad, la fundamentación jurídica del fallo del Tribunal Constitucional contiene numerosos aspectos de interés, que examinaremos a continuación.

El primer fundamento jurídico lo emplea el Tribunal Constitucional para realizar una sinopsis del auto promovente, para delimitar su función en relación a la cuestión de inconstitucionalidad planteada y para concretar y centrar los problemas a debatir y resolver en su fundamentación y fallo.

En el fundamento jurídico 2 rechaza expresamente el criterio del auto promovente de la existencia de una colisión entre derechos fundamentales de la persona. No obstante esta afirmación, y como no podía ser de otra forma, a lo largo de la fundamentación jurídica gravita esa idea, quizás no como colisión, sino como inevitable coexistencia de los derechos fundamentales de la persona. La pretendida vulneración del art. 15 CE que sugiere el auto se apoya, y es asimismo contestada por el Tribunal Constitucional, mediante la invocación de distintos preceptos constitucionales: arts. 10.1, 43, 49, junto a los cuales se aportan documentos de carácter internacional alusivos a la cuestión: la Declaración de los derechos del retrasado mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Uni-

28 Recuérdese que se sostenía idéntico parecer al apuntado por el Tribunal Constitucional en las alegaciones del Fiscal General del Estado y del Abogado del Estado.

das el 20 de diciembre de 1971, a los que podríamos añadir —sin ánimo alguno de exhaustividad, sino tan sólo de ampliación y complemento— la Declaración de los derechos del minusválido, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 y, sobre todo, la reciente Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992²⁹. Como decíamos, no entiende el Tribunal que exista colisión, pero el carácter limitado de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución obliga a ponderar y aquilatar el alcance y ámbito de aplicación e influencia de cada uno de éstos, teniendo en todo momento en cuenta a los restantes derechos fundamentales con los cuales coexiste. En este sentido —el carácter limitado de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución— se ha manifestado en muy diversas resoluciones el Tribunal Constitucional, entre otras en su sentencia 91/1983, de 7 de noviembre³⁰, que dice en su fundamento jurídico 3: «Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ... no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 CE) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos»³¹.

A lo largo del fundamento jurídico 3 el Tribunal Constitucional se detiene en el examen de cada una de las garantías exigidas por el artículo 428.II inciso último CP para la práctica de la esterilización de la persona

29 El antecedente inmediato de la Resolución se encuentra en el Informe de la Comisión de Peticiones sobre los derechos de los deficientes mentales, del Parlamento Europeo, presentado el 22 de junio de 1992.

A esta resolución se refiere el Magistrado don José Gabaldón López en el fundamento jurídico 5 de su voto particular. En él señala: «... el informe del Parlamento europeo de septiembre de 1992». Se habla del Informe, pero a éste se le atribuye erróneamente la fecha de la Resolución, descuido que no empaña en absoluto la idoneidad de su estudio y alegación en relación con el tema debatido que efectúa por el Magistrado.

30 Pueden también consultarse las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (FJ 15); 2/1982, de 29 de enero (FJ 5) ó 159/1986, de 12 de diciembre (FJ6).

31 Para una comprensión de mayor alcance en torno a esta cuestión puede resultar de gran utilidad la obra «La interpretación de la Constitución», de Enrique ALONSO GARCÍA, en especial el capítulo X: «El contrapeso de valores y la jurisprudencia de intereses. La jurisprudencia del caso concreto y sus diferencias con la «concretización»». (ALONSO GARCÍA, ENRIQUE: «La interpretación de la Constitución». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984, pp. 413-448).

incapaz, tras lo cual concluye afirmando que las garantías previstas en el precepto cuestionado son suficientes desde el punto de vista constitucional, rechazando asimismo cualquier interpretación extensiva del mismo, rechazo plenamente conforme con el carácter excepcional que debe revestir tal conducta. En relación con esta última aportación es necesario añadir la precisión que efectúa al comienzo del presente fundamento jurídico tercero, en la que deslinda perfectamente la esterilización de deficientes psíquicos como decisión legislativa de una determinada política del gobierno, esto es, como medida de alcance y aplicación genérica —tomando en consideración el recuerdo de «esterilizaciones abominables» que se apunta en el auto promovente³²— y la del caso debatido, «referida siempre a un supuesto concreto y excepcional», de manera que la previsión legislativa del artículo 428.II inciso último CP «excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos», ya que tan sólo se refiere a la facultad de solicitarla, no imponiendo en momento alguno su petición —ni su autorización por parte del órgano jurisdiccional, como ya vimos con anterioridad—.

Estamos plenamente conformes con estas precisiones en relación al carácter individual, individualizado que debe revestir cada una de las solicitudes y autorizaciones, individualización y concreción insoslayables si la finalidad que se persigue es la protección de la persona del incapaz. Mas nuestro acuerdo no es ya completo en lo que se refiere a la consideración de las garantías como suficientes. Tal vez no sea tan radical nuestra desavenencia como la manifestada por el Magistrado don José Luis González Campos y el Magistrado don Pedro Cruz Villalón en el voto particular formulado por el primero —al que se adhiere el segundo Magistrado—, hasta el extremo de estimar que el Tribunal Constitucional debiera haber declarado la inconstitucionalidad del precepto. Nosotros creemos que una correcta interpretación del vigente art. 428.II inciso último CP es posible, y que esta correcta interpretación y aplicación salvaguarda suficientemente

32 En el apartado C) del auto se menciona «la primera Ley en el campo de la sanidad y la medicina promulgada por Hitler», esto es, la Ley de prevención de la descendencia con enfermedades hereditarias, de 14 de julio de 1933, indicando que la misma fue promulgada precisamente «para autorizar la esterilización de los disminuidos psíquicos, entre otros supuestos». En concreto, es el párrafo 1 de la Ley el que hace referencia a este supuesto.

los derechos de la persona incapaz. Pero esta disconformidad sí es de entidad bastante como para criticar el carácter indeterminado, impreciso de la regulación, que puede conducir a numerosas interpretaciones equivocadas o ambiguas de la norma —con los consiguientes riesgos, generalmente irreversibles dado el carácter radical de la medida—, y, consiguientemente, para ofrecer, en la medida de lo posible, una serie de pautas que coadyuven a la mejora de la normativa reguladora de la esterilización de incapaces y por ende a la protección de sus derechos.

Continuando con estas consideraciones, parece incluso posible percibir en la fundamentación jurídica del fallo idéntica inquietud en relación a la aún no suficientemente desarrollada normativa en torno a las garantías que el artículo 428.II inciso último del Código penal establece para la autorización judicial de la esterilización. En relación con este punto o aspecto se aprecia que el Tribunal Constitucional entiende que no es su misión especificar qué concretas exigencias deben incorporarse para reforzar la protección de las personas incapaces o concretar cómo deben ser interpretadas³³, pese a lo cual apunta algunas: «el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz»; «que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible» (FJ 3, último párrafo). O la contenida al final del fundamento jurídico 4 b), en relación con los dictámenes de los peritos³⁴, en la que se indica: «Ahora bien, es indudable que, pese a lo expuesto, la proporcionalidad desaparecería si la previsión legal pudiera constituir un atentado al derecho fundamental a la vida de los deficientes psíquicos, pero este riesgo, al margen del normal que comporta toda intervención quirúrgica, únicamente podría producirse si la resolución judicial

33 En concreto dice el Tribunal Constitucional: «... ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto» (FJ 3, último párrafo).

34 A continuación se estudiarán las aportaciones de dos de los votos particulares —el formulado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra y el formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón— alusivas a los dictámenes periciales, posiciones sumamente ilustrativas y útiles para la mejor comprensión de la cuestión.

autorizante se adoptara no obstante constar en el dictamen de los especialistas el grave riesgo que para la salud de aquéllos habría de significar la esterilización solicitada por sus representantes. De ahí que el respeto a los derechos a la vida y a la integridad física y moral de tales personas requiere del Juez que interese de los peritos especialistas que han de dictaminar que se pronuncien acerca de la existencia de semejante riesgo, pues de concurrir éste, ninguno de los bienes jurídico-constitucionales cuya tutela pudiera perseguir el precepto cuestionado justificaría, por la patente desproporción entre medios y fines, una decisión judicial autorizante de la esterilización».

En suma, conforme hemos indicado, a nuestro juicio la calificación de constitucional del artículo 428.II inciso último del Código penal es correcta, pero también estimamos necesaria la reforma de algunos aspectos del mismo, tanto de redacción —para evitar interpretaciones erróneas o torticeras— como bien la adición al precepto, bien el desarrollo legislativo al margen del mismo, de las condiciones que deben verificarse para la realización de la esterilización, con la finalidad de reforzar las garantías exigidas y de depurar y fortalecer la protección y defensa de los bienes y derechos de las personas incapaces, tarea para la cual tendremos muy en cuenta las aportaciones de tres de los votos particulares: el voto concurrente del Magistrado don Vicente Gimeno Sendra y, sobre todo, el voto particular formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, y el formulado por el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende.

En el primero de ellos, al tratar el tema del principio de proporcionalidad —del que discrepa el Magistrado³⁵—, concreta las exigencias de este principio a la específica circunstancia de la esterilización, y apunta las siguientes³⁶: «a) en primer lugar, la intervención quirúrgica no puede supo-

35 Es claramente expresiva la exposición de tal discrepancia en la fundamentación jurídica del voto concurrente de don Vicente Gimeno Sendra: «Discrepo, en cambio, de su fundamentación jurídica en dos extremos puntuales: ... y b) las referencias al principio de proporcionalidad que se contienen en los fundamentos jurídicos 4º,b y 5º,c». Tras esta declaración de alcance general y de anticipación de los motivos de su discrepancia se desarrolla pormenorizadamente este segundo motivo.

36 Pese a no referirse específicamente a las garantías que debe revestir la autorización —y la solicitud— de la esterilización, sino a exigencias propias del principio de proporcionalidad, nada impide que se consideren éstas como tales garantías, y de conformidad con tal comprensión de las mismas las incluimos aquí.

ner riesgo alguno para la salud del incapaz, debiéndose acometer siempre por personal sanitario y en centros hospitalarios; b) en segundo, es imprescindible el cumplimiento del principio de necesidad o, lo que es lo mismo, la esterilización ha de justificarse objetivamente para obtener el logro de los fines constitucionales que la justifican, y c) por último, y como consecuencia de lo anterior, debe el Juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física, porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines mediante medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el Juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquéllas que producen la ablación total de la función reproductora». De las tres exigencias, la primera nos parece adecuada, pese a su aparente evidencia, así como la segunda —que ha de anteceder y ser completada por la tercera—. En cuanto a la última, es decir, el carácter de *ultima ratio* de la medida esterilizadora, estamos plenamente de acuerdo; ésta es una de las exigencias ineludibles en estos supuestos, como expresa y taxativamente manifiesta la antes mencionada Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992 (petición nº 6): «Que la esterilización se considere sólo como *ultima ratio* y se pueda llevar a cabo únicamente cuando no se puedan utilizar otros medios o métodos contraceptivos o éstos no ofrezcan garantías»³⁷.

En sentido similar se expresa otro de los votos particulares a los que nos hemos referido, el formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos —al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón—, en su fundamento jurídico 2 C), nuevamente enjuiciando la proporcionalidad de la medida: «Por último, para enjuiciar la proporcionalidad de la medida en relación con su finalidad es preciso, a mi parecer, que el órgano judicial proceda a una ponderación de otras circunstancias, vinculadas al interés prioritario del disminuido psíquico, para que la autorización judicial, en su

37 En relación con ella, la petición nº 3 de la misma Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992: «Que los derechos de los deficientes mentales sólo se limiten en la medida estrictamente indispensable y que se revise la legislación de aquellos Estados miembros que no se ajusten a este principio».

caso, sólo pueda entrañar la menor lesión posible del derecho fundamental que el art. 15 garantiza y que no quede soslayada la especial protección que el art. 49 C.E. establece. A este fin, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad». Junto a esta exigencia de la ultimidad de la esterilización, de su carácter de *ultima ratio*, en el voto particular se señalan otras que pueden resultar de interés. Así, en el fundamento jurídico 2 A) se especifica la ya existente en el precepto de la necesidad del dictamen a cargo de dos especialistas, indicando que los dictámenes requeridos no tienen solamente como misión determinar la existencia de una deficiencia psíquica grave, sino también «si esa incapacidad psíquica es permanente o, por el contrario, puede producirse una evolución positiva del incapaz». A este respecto afirma que «dada la ausencia de previsión legal» —de la exigencia por él apuntada— podría «quedar vulnerado ... el derecho fundamental que el art. 15 reconoce si, por faltar esta garantía, se autorizase judicialmente la esterilización tanto de quien recupera posteriormente su salud mental o de la persona que posee intervalos lúcidos y otros de grave deficiencia psíquica». Prosigue con el desarrollo del, a su juicio, necesario y correcto contenido de los dictámenes, y así, en el fundamento jurídico 2 B) denuncia nuevamente la ausencia en el texto legal de cualquier referencia al examen de la comprensión por parte de la persona incapaz de «los aspectos básicos de su sexualidad y las consecuencias de la intervención corporal cuya autorización se solicita», entendiendo que debe constar en los mismos, ya que «tal medida sólo puede autorizarse si falta esa comprensión por parte del disminuido psíquico, ya que, en otro caso, la esterilización requerirá necesariamente su consentimiento».

Las dos adiciones que sugiere el presente voto particular son ajustadas a la que debe ser finalidad de la norma: la protección y la atención de los bienes y derechos de la persona incapaz, de manera que estos se desarrollen en la mayor medida posible, el mejor interés del incapaz, toda vez que consisten en un desarrollo pormenorizado de los requisitos ya presentes en

el art. 428.II inciso último CP, desarrollo que para los firmantes del voto particular debiera realizarse al margen del Código penal, mediante una normativa ajena que complementase las deficiencias del mismo; o dicho con sus propias palabras (FJ 1): «... era obligado a mi parecer que la exclusión de la punición en el Código Penal debiera haber ido acompañada de una ordenación legal en al que se regulasen con claridad y precisión los supuestos materiales de la medida, así como los aspectos procesales de su autorización judicial». Fuere esta innovación realizada al margen del Código penal, fuere efectuada en el mismo a través de una reforma del artículo 428.II inciso último CP, lo cierto es que tales aspectos han de ser tenidos en cuenta si se quiere evitar la perversión del sentido de la norma. Con todo, a nuestro juicio no es indispensable una previsión normativa tan exhaustiva, sino una redacción precisa y concisa, que evite interpretaciones confusas y equívocas, de la norma reguladora, necesaria interpretación que compruebe el cumplimiento de todas las condiciones tal y como se exija en el precepto. No obstante, es cierto que se aprecian deficiencias notables en el art. 428.II inciso último CP, señaladamente la ausencia de cualquier referencia a los aspectos procesales de la solicitud y autorización de la esterilización.

El fundamento jurídico 2 del tercero de los votos particulares aludidos, el del Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, califica las garantías para la protección del incapaz como «inexistentes». Enumera y critica individualizadamente algunos de los requisitos exigidos por el precepto cuestionado. Así, comienza con la denominada por él «dimensión subjetiva», criticando el empleo de la expresión «persona incapaz», aspecto que ya hemos tratado en páginas anteriores; o la carencia «de la precisión deseable» de la expresión «grave deficiencia psíquica», que es «en definitiva un concepto indeterminado tanto jurídica como médicamente», hasta el extremo de que, en su opinión, «se configura así de un plumazo una auténtica discrecionalidad médica»; «cuenta decisivamente la opinión de dos facultativos, especialistas o no, pues no se les exige tal condición; o refiriéndose a la intervención del Ministerio Público y del órgano jurisdiccional, indicando que la apreciación de los dictámenes médicos «quede en manos del Juez asistido del Ministerio Fiscal, con una función de garantía más formal que sustantiva por ser legos en la materia». En conclusión, afirma que «no se toman, pues, las precauciones mínimas para garantizar la intangibilidad de la integridad física». Nos parece interesante —aunque no

del todo exacta—, como se indicó en su lugar, la referencia a la expresión «persona incapaz», y asimismo es digna de consideración la relativa a la indeterminación del significado de la «grave deficiencia psíquica». Por contra, nos parece excesiva la desconfianza mostrada en relación con la intervención de los especialistas y del Juez, pues creemos que están en condiciones de garantizar la protección de la persona incapaz.

El fundamento jurídico 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional pretende analizar la justificación y la proporcionalidad de la acción esterilizadora. Ciertamente ya nos hemos referido a ellas durante el examen del fundamento jurídico anterior —fundamentalmente a la proporcionalidad—, tanto el tratamiento del Tribunal Constitucional que conduce al fallo mayoritario como el de algunos de los votos particulares. La cuestión que nos interesa examinar aquí es el pretendido tratamiento discriminatorio de la mujer que denuncia o atribuye el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra al Tribunal Constitucional por una afirmación vertida en el fundamento jurídico 4 a) de su fallo. El voto concurrente comienza con la señalización de dos motivos de discrepancia, uno de los cuales es el presente: «Discrepo, en cambio, de su fundamentación jurídica en dos extremos puntuales: a) en las alusiones, que se efectúan en el fundamento jurídico 4º, a), a la mayor necesidad de esterilización de la mujer deficiente psíquica que, aunque bien intencionadas, me parecen discriminatorias para la propia mujer». Y ésta es la afirmación del Tribunal Constitucional tal y como aparece redactada en el ya mencionado fundamento jurídico 4 a) de la sentencia: «... Pero es que además de los fines expuestos que justifican la medida de esterilización para ambos sexos y que, en modo alguno pueden calificarse de ilegítimos o innobles, *en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes* por las consecuencias fisiológicas del embarazo. La paciente de una grave enfermedad psíquica no alcanzará a comprender las mutaciones que experimenta su cuerpo, ni las molestias e incluso sufrimientos que lleva aparejada la gestación y, menos aún, el final traumático y doloroso del parto. Por tanto, si entendemos justificada la esterilización para ambos sexos, *en la mujer deficiente mental está aún más justificada* para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, pueden dañar más aún su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo».

Nuestro parecer, en relación con este tema, es que resulta excesivo calificar de «discriminatorias» las alusiones a la superior conveniencia o

justificación de la esterilización de la mujer incapaz. En primer lugar, no se manifiesta por el Tribunal Constitucional la mayor «necesidad» de las esterilización de las mujeres. Y aun de ser así, no ha de entenderse como una indicación prescriptiva, que deba ser recogida en la normativa que regule la esterilización de las personas incapaces, sino tan sólo como la constatación de un hecho biológico diferenciado. La realidad biológica pone de manifiesto la existencia de una serie de características o circunstancias que posee la mujer y de las que carece el hombre —y viceversa—; esto ocurre con la capacidad de gravidez, potencialidad o habilidad lejos del alcance de los varones. Se trata, por consiguiente, de un tratamiento diferenciado, no discriminatorio, de situaciones fácticamente distintas, diferencia que habilita al Tribunal a efectuar esas consideraciones en relación con la cuestión, en las que no alcanzamos a vislumbrar ánimo alguno de discriminar a la mujer incapaz frente al hombre incapaz. La inexistencia evidente de simetría «real» en esta situación no implica necesariamente, como parece deducir el Magistrado discrepante, una actuación discriminatoria, sino solamente la constatación de una posición desigual entre el hombre y la mujer, que nunca tendría como consecuencia la diferencia de trato legislativo³⁸.

B) VOTOS PARTICULARES DE LA STC 215/1994, DE 14 DE JULIO

Tras el examen de los aspectos más sobresalientes de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, análisis que ha sido acompañado y complementado en la mayor parte de las ocasiones por las diversas posiciones esbozadas en los votos particulares, nos resta realizar el estudio de aquellas cuestiones apreciables en estos últimos que todavía no hayan sido analizadas.

38 Así lo hace constar la petición nº 9 de la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992: «Que los apartados anteriores se apliquen observando estrictamente el principio de igualdad de trato de hombre y mujeres».

a) Voto concurrente que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra

Los aspectos de interés apreciables en el voto concurrente formulado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra han sido ya analizados al hilo del estudio de la fundamentación jurídica del fallo del Tribunal Constitucional. Allí indicamos como el Profesor y Magistrado vislumbraba la escasez de las garantías o exigencias previstas en el artículo 428.II inciso último CP vigente, ante lo cual proponía alguna modificación o adición a las ya existentes. Y acabamos de comprobar, asimismo, las distintas argumentaciones del presente voto particular y del Tribunal Constitucional ante el supuesto tratamiento discriminatorio de la mujer dispensado por el Alto Tribunal en el fundamento jurídico 4 a), entendiendo excesivas las imputaciones del voto concurrente. Por último, tan sólo hacer constar que la mayor parte de la fundamentación jurídica de este voto se refiere al principio de proporcionalidad y su desarrollo constitucional, tanto en abstracto como referido en concreto a la esterilización de las personas incapaces —aspecto éste último ya constatado—.

b) Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López

El voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López es netamente discrepante con la sentencia del Tribunal Constitucional, tanto con su fundamentación jurídica como con el fallo. Algunas de sus argumentaciones han sido ya analizadas a lo largo del presente comentario: el, a nuestro juicio, erróneo y desmesurado criterio —compartido por el mencionado auto— conforme al cual «la intervención del Juez, con escasa libertad de decisión en el fondo ... va a verse limitada a otorgar la autorización salvo que existan groseras informalidades. Puede llegar a ser simplemente una garantía formal» (FJ 4). O la corrección demostrada al considerar la cuestión planteada en toda su amplitud, incluyendo tanto a varones como a mujeres, frente al reduccionismo manifiesto del auto promovente y de las alegaciones del Fiscal General del Estado de tomar en consideración únicamente la esterilización de las mujeres incapaces³⁹.

³⁹ La postura del Magistrado don José Gabaldón López es compartida por el Abogado del Estado, la fundamentación jurídica del fallo mayoritario del Tribunal Constitucional y el voto particular formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón.

En otro orden de consideraciones, el fundamento jurídico 3 del presente voto particular, enjuiciando el tema de la proporcionalidad de los medios y fines empleados y perseguidos mediante la práctica de la esterilización de una persona incapaz, a la luz del problema de mayor entidad de la sustitución de la voluntad de la persona incapaz, sobre el que el Magistrado discrepante ya realiza consideraciones en la parte final del fundamento jurídico anterior, el segundo, y sobre el que insiste en el fundamento jurídico 5 y último, efectúa una enumeración de diversas finalidades susceptibles de ser buscadas a través de la adopción de la medida esterilizadora, concluyendo que «más bien se trata de una finalidad eugenésica, en la que se advierte el designio de lograr la tranquilidad de los guardadores del incapaz, al fin y al cabo promotores de la autorización»⁴⁰. A nuestro juicio, tal conclusión es injusta con la finalidad que efectivamente se pretende obtener mediante la existencia y aplicación de la norma, que no es otra que la defensa de los mejores intereses de la persona incapaz y la obtención del mayor grado de desarrollo posible en el ejercicio de sus bienes y derechos. Este criterio supondría, asimismo, una desconfianza manifiesta en determinadas instituciones como la patria potestad o la tutela, y en la regulación existente acerca de las mismas, que es clara al respecto de la defensa de los intereses del representado, la persona incapaz.

Con todo, existe una advertencia del Magistrado discrepante que merece ser considerada. En el fundamento jurídico 2 entiende que «no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad, como es el de la integridad corporal», o al final de su voto particular, en el fundamento jurídico 5, donde afirma: «En definitiva, una intervención de terceros va a lesionar algo tan propio de la dignidad de toda persona como es su integridad física, precisamente porque, siendo incapaz, no puede contarse con la voluntad positiva ni negativa del sujeto afectado. La autorización para intervenir en su integridad corporal supone una sustitución total de la voluntad de la persona que de algún modo la convierte en objeto». Nos parece sumamente prudente este criterio, pero, amén de estimar exagerada la apreciación del Magistrado de la cosificación de la persona incapaz, creemos que su posición puede ser matizada. Si una persona no

40 Esta opinión relativa a la finalidad eugenésica como la verdaderamente perseguida con la esterilización de los incapaces es la que parece predominar asimismo en el voto particular del Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende.

es capaz de tomar una decisión, de tomar partido o elegir entre diversas opciones, entendemos que no tiene por qué existir usurpación de su autonomía o de su capacidad de decisión o elección, desde el momento en que sus —potenciales— condiciones de actuar autónomamente están —de hecho— ausentes. La sustitución del consentimiento no significa «reducir» al paciente, entendido este término en su doble acepción semántica: por una lado, doblegar una voluntad ajena, y por otro, disminuir, rebajar la condición de persona, de ente autónomo y con capacidad de elección de la persona incapaz. La inexistencia de hecho, o la imposibilidad de verificar en la práctica la reunión de las condiciones exigidas para la manifestación de un consentimiento válido legitima, a nuestro entender, la sustitución o complemento de tales potencias o cualidades atrofiadas, insuficientes o inexistentes. Ahora bien, tal sustitución tan sólo podrá ser llevada a buen término en un marco adecuado, con una serie de exigencias o requisitos que garanticen plenamente y sin error la obtención de la correcta finalidad perseguida. En este caso, desde un punto de vista objetivo o material, la clave radicaría en la exhaustiva, minuciosa y completa comprobación de la ausencia de tal capacidad de formación de la voluntad que posteriormente se manifiesta externamente en forma de consentimiento, ausencia de capacidad que para el supuesto de la esterilización ha de ser siempre definitiva; en caso de ser temporal, la esterilización no debe ser autorizada —ni debiera ser solicitada siquiera—. Y junto a ello, desde un punto de vista subjetivo o personal, la atribución de la capacidad de consentir en representación del incapaz a la persona o personas idóneas, que aparezcan como tales tras una correcta comprobación a través de los procedimientos adecuados. En nuestro Derecho debe entenderse la representación legal de estas personas no como una simple atribución formal, pues más allá de la mera representación de la persona incapaz está el contenido material de la institución, bajo un criterio común y uniforme: el mejor interés del representado, del incapaz⁴¹. Como corolario de esta argumentación es de nuevo ade-

41 En este sentido cabe hacer referencia a las obligaciones del representante legal, que encuentran refrendo legal en el Código civil, de ejercer sus funciones en beneficio del representado, de acuerdo con su personalidad, velando por él, educándolo, procurándole una formación integral y promoviendo la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad. (Cfr. art.154.II CC en cuanto a la patria potestad, y arts.216 y 269.2º y 3º CC en relación a la tutela).

cuada la alusión a la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992, cuando afirma en el considerando F): «Considerando que la incapacidad para el consentimiento no debe conducir automáticamente a la pérdida de los derechos civiles y que es necesario buscar fórmulas para que el ejercicio de los derechos civiles por los deficientes mentales pueda realizarse en la mayor medida posible».

c) Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón

El voto particular que ahora consideramos ya ha sido estudiado a lo largo de las páginas anteriores. Tan sólo recordaremos sus aspectos más destacados. Sus consideraciones en torno a la proporcionalidad de la norma cuestionada y las propuestas de mejora de las garantías que deben revestir la solicitud y la autorización de la esterilización, consideradas insuficientes, fundamentalmente las relativas a los dictámenes de los dos especialistas, cuyo contenido desarrolla al pormenor en su fundamento jurídico 2; la consideración de la esterilización como *ultima ratio* en el momento de la adopción de medidas contraceptivas relativas a la persona incapaz; o la referencia en todo momento al hombre y a la mujer incapaz, y no solamente a ésta última, conforme con el texto y espíritu de la norma. Recordamos también la oportuna alusión a la Ley que regula los trasplantes de órganos como parámetro comparativo a la hora de evaluar y analizar los supuestos de esterilización —pese a la cita legal equivocada—.

d) Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal

El cuarto y último de los votos particulares, en lo sustancial, al igual que el anterior, ha sido ya paulatinamente examinado. Su introducción, coincidente en cierta medida con los fundamentos jurídicos del auto promovente y la del voto particular formulado por el Magistrado don José Gabaldón López, una apelación a la historia, gravita en todo la fundamentación del voto. Cabría pensar si se efectúa una simple evocación o recordatorio de la historia, transmitiendo unos concretos hechos, o manteniendo la interpreta-

ción de esas situaciones desde la perspectiva y el contexto propios del momento en que acaecieron, es decir, narrar y comentar lo —el— pasado, o bien se emplean hechos ajenos al tiempo actual estimándolos como presentes, o bien interpretándolos descontextualizadamente —¿o recontextualizadamente?—. Para resolver esta incógnita no reconocemos un criterio mejor ni una voz más autorizada que la del profesor LLEDÓ: «Toda interpretación es, pues, resultado de un deseo, de unos prejuicios, de unas capacidades intelectuales, de un misterioso juego neuronal cuyas reglas apenas conocemos»⁴². Por último, tan sólo indicar que todo el fundamento jurídico 2 es empleado para comentar y tratar las cuestiones relativas a las garantías «inexistentes», y el constante tema de la proporcionalidad de las mismas en relación con la medida de la esterilización.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Tras la exposición y comentario crítico de los hitos fundamentales de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio⁴³, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad 1415/1992, promovida por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, resta tan sólo recapitular las diferentes cuestiones ya adelantadas y dejar constancia de nuestra posición.

La incorporación de la esterilización de incapaces al Código penal por obra de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, merece, a nuestro juicio, una valoración positiva, y, en consecuencia, sucede lo propio con la declaración de constitucionalidad de la misma expresada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 215/94, de 14 de julio.

Con todo, ya anticipamos en el lugar destinado al comentario crítico de la sentencia la imprecisión de la regulación vigente, imprecisión o indeter-

42 LLEDÓ, EMILIO: «El surco del tiempo». Ed. Crítica. Barcelona, 1992, p. 30.

43 La referencia a la STC 215/1994 se hace de un modo genérico, englobando tanto la fundamentación jurídica y el fallo de la misma como los distintos votos particulares formulados, así como los antecedentes de la mencionada sentencia.

minación que podrían dar lugar a una interpretación y una aplicación errónea del precepto. Esto no obsta para que la actual normativa reúna unas garantías rigurosas, adecuadas y suficientes para la protección de la persona incapaz, eso sí, con las reservas y precisiones que a continuación exponemos y matizamos.

En este orden de consideraciones, en primer lugar, estimamos más segura la utilización de la expresión «incapacitada/o»⁴⁴ o la de «persona declarada incapaz»⁴⁵ en lugar de la actual «persona incapaz», pues ya en su expresión aluden a la necesidad de un procedimiento previo de incapacitación de la persona susceptible de ser esterilizada. Sin embargo, esto no puede conducir a una interpretación o comprensión de la incapacidad en un sentido meramente formal, es decir, como situación derivada de una resolución judicial tras la celebración de un procedimiento llevado a cabo a tales efectos⁴⁶, sino que junto a ésta ha de tenerse en cuenta el sentido material de la misma, esto es, la concreta situación fáctica de la persona cuya capacidad se evalúa. Tan sólo con la conjunción de ambas perspectivas puede llegarse a descubrir el verdadero sentido, alcance y significación de la incapacidad —y posteriormente de la eventual petición y autorización de la esterilización—.

Por otro lado, y en lo que hace a la suficiencia o insuficiencia de las garantías requeridas por el artículo 428.II inciso último CP, comenzaremos nuestra reflexión transcribiendo la petición nº 7 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992. En ella se dice: «Que la esterilización de personas incapaces de dar su consentimiento sólo se pueda llevar a cabo tras serias consultas con por lo menos dos médicos y la entrega de un informe escrito favorable. Además, deberán participar también en las consultas los padres o representantes legales y los propios afectados. La decisión definitiva sobre la esterilización sólo podrá tomarla el tribunal competente de conformidad con el procedimiento previsto en el Estado miembro de que se trate. En la medida en que en un Estado miembro esté prevista la participación de un representante del interés público (fiscal), se pedirá a éste que participe en el

44 Así se pronuncia el Abogado del Estado en sus alegaciones.

45 El artículo 164 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 —equivalente al vigente artículo 428.II CP— contenía expresamente tal redacción.

46 El procedimiento de incapacitación se regula en los artículos 199 a 214 del Código civil.

procedimiento». Es fácil percibir como coinciden casi en su totalidad con las previstas en el art. 428.II inciso último del Código penal. La cuestión de mayor interés aquí es la relativa a la mención de la necesaria participación de los representantes legales de la persona incapaz y de ésta —participación de la persona incapaz que del tenor de nuestro precepto pudiera entenderse meramente pasiva, como sujeto explorado por el Juez—. A éstas podríamos añadir, fundamentalmente, algunas de las precisiones referidas a los dictámenes a cargo de los dos profesionales, a su contenido y alcance —dimensión de la gravedad de la enfermedad psíquica, y su relación con la comprensión de la sexualidad y de la maternidad o paternidad, etc.—, todas ellas ya analizadas en el apartado correspondiente al comentario crítico de la sentencia. Con todo, al final de este último apartado realizaremos la verdadera recapitulación de la cuestión, indicando en breves líneas y de modo sintético los aspectos fundamentales del precepto y su correcto entendimiento.

Lógicamente, no podemos ni debemos detenernos en el mero e insuficiente análisis formal o legal de la norma, sino trascenderlo, ir más allá, buscar su legitimidad, con la finalidad de evitar que esta investigación resulte hueca, infructuosa; en suma, estéril. La introducción de la esterilización de incapaces —su impunidad— en el Código penal (LO 3/1989, de 21 de junio) es el logro, la respuesta a las constantes demandas de los sectores principalmente afectados por su ausencia en el texto punitivo⁴⁷. Parece, por tanto, que su regulación devenía inaplazable, toda vez que es tarea o función del legislador —tras el inicial y cardinal fin de la consecución de la Justicia— la adaptación y concreción de la norma al contexto histórico, político, social, cultural, económico, ... La intención de actualizar la normativa semeja haber sido la actitud del legislador penal, por lo que estimamos oportuna su regulación.

Se ha dicho que «la solidaridad entre todos es condición de la salud de

47 A lo largo del año 1987 era apreciable un movimiento dentro de algunos sectores de la sociedad, en concreto asociaciones de padres y familiares de disminuidos psíquicos irreversibles, que demandaba información y permiso para poder esterilizar a sus hijos disminuidos psíquicos (Vid. diario «El País» de 24, 27 y 29 de agosto de 1987).

En lo que se refiere a las reacciones —en su mayor parte conformes con el fallo de la sentencia— de estas asociaciones de deficientes mentales tras la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, declaratoria de la constitucionalidad del artículo 428.II inciso último CP, vid. diario «El País» de 23 de julio de 1994.

cada uno»⁴⁸. El deficiente mental, el incapaz, es una persona biológica e individualmente distinta, por cuanto padece deficiencias intelectivas. Ésta y no otra es la causa de su distinción. Sus posteriores deficiencias afectivas o de otra índole son producto del entorno, familiar y social, en que se desenvuelve —o es obligado a desenvolverse—. La tarea de equiparación o aproximación de estas personas al paradigma de «persona normal» es una tarea social, colectiva, en la que en cierta medida estamos todos implicados, incluso —y conviene recordarlo— los poderes públicos (y no sólo mediante la promulgación de las normas —por ejemplo, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos—, sino también, y fundamentalmente, por medio de su aplicación efectiva, pues a ellos corresponde, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 CE, «promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»). O como dice la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992, en su considerando C): «Considerando que el cuidado de los deficientes mentales no se debe confiar solamente a especialistas, sino al conjunto de la sociedad, que debe recibir una educación adecuada para modificar su actitud frente a estas personas y prestarse a su integración». Por ello, y juzgando beneficiosa la posibilidad de la esterilización de incapaces, hemos de dar la bienvenida a la adición del último inciso al artículo 428.II CP, por medio de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, y a la declaración de constitucionalidad de la misma por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 215/1994, de 14 de julio.

Ahora bien, la normativa relativa a la esterilización de incapaces introducida en el Código penal mediante dicha reforma no es una normativa laxa, sin apenas garantías, en la que tenga cabida, bajo el amparo de cualquier razón, la esterilización de estas personas incapaces en base a criterios o intereses eugenésicos, económicos o fruto de una determinada política social, como se ha llegado a afirmar, rememorando pasadas e

48 YUSTE, F. J.: «La visión sanitaria», en DE MIGUEL, J. M.; YUSTE, F. J.; DURÁN, M^a. A.: «El futuro de la salud». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988, p. 99.

infaustas normas como la «Ley de prevención de la descendencia con enfermedades hereditarias» de 14 de julio de 1933 del Gobierno alemán nacional-socialista del III Reich, mediante la absorción por parte de un hipotético criterio eugenésico social o comunitario la vertiente individual esencial del derecho a la salud. La naturaleza individual del derecho a la salud es la que ha de predominar, desempeñando la naturaleza social una función correctora o contenedora, de límite de aquélla. Nos parece una hipérbola desmedida la comparación de la regulación contenida en el artículo 428.II inciso segundo CP con la del régimen nacional-socialista alemán. Hemos de entender que estas argumentaciones responden al temor o preocupación de un renacimiento de aquella política eugénica más que a una efectiva y real existencia de ésta.

La inclusión del inciso segundo al artículo 428.II CP supone la propuesta de una facultad, no la imposición de un deber. El Derecho, orden normativo de las relaciones interpersonales, de las relaciones del hombre en sociedad, ofrece el marco legal de actuación en relación a la licitud de la esterilización de personas incapaces. No impone su elección, respetando, mediante su no injerencia, el criterio personal o individual de elección, la dimensión individual de la persona. Y lo hace, a nuestro parecer, de un modo adecuado y suficiente —con las salvedades apuntadas—, teniendo como único criterio rector la persona del incapaz, su mejor interés y bienestar. La regulación ofrece y responde a los criterios morales primarios de la sociedad, pero en ningún caso puede convertirse en instrumento de imposición de un determinado criterio moral, más o menos mayoritario. No debe ser un instrumento de «colonización moral» de la sociedad. Respetuoso con el carácter personal y libre de la elección, el art. 428.II segundo inciso CP reenvía la decisión a otra esfera normativa: la Moral o la Ética, orden normativo que permite una elección de naturaleza individual. Cada persona, con arreglo a sus creencias, convicciones, sistema de valores, ha de decidir con plena libertad si adopta la medida esterilizadora o no. Pero lo que no ha de hacerse es esgrimir razones o motivaciones personales —eminente-mente subjetivas— al enjuiciar la regulación⁴⁹.

⁴⁹ Quien fuera el primer presidente del Consejo General del Poder Judicial, D. FEDERICO-CARLOS SÁINZ DE ROBLES, afirma: «No es la esterilización una mera decantación ideológica, sino un tema de estricta humanidad». (SÁINZ DE ROBLES, F. C.: «Los deficientes mentales ante la Ley», en GAFO, J. (ed.): «La deficiencia mental. Aspectos médicos, humanos, legales y éticos». UPCO. Madrid, p. 199).

El ordenamiento penal ha pretendido a través de esta reforma invertir la tradicional función que ha venido desempeñando. Nuevamente al igual que la Medicina, el Derecho pretende, mediante la positivación de la esterilización de incapaces, cumplir una función preventiva; convertirse en instrumento de prevención en lugar de instrumento de paliación, evitando así la producción de resultados más graves, como ocurría, hasta la reforma propiciada por la LO 3/1989, con el artículo 417 bis CP.

La persona, la salud —así como el Derecho, el orden jurídico—, es un todo, una totalidad compleja: no una unidad irreductible o inseparable, o una yuxtaposición de partes diversas, sino un conjunto de partes que cohesionadas dan forma a una entidad superior, que trasciende la suma de ellas. El sacrificio de una en beneficio de otra repercute, en último término, en el bien del conjunto, del todo.

Este beneficio del todo «persona» es el objetivo de la reforma de 1989. Si tras la reflexiva ponderación de todas las condiciones exigidas —sin olvido de la consideración de la esterilización como *ultima ratio* en lo que se refiere a la adopción de medidas anticonceptivas, de su aplicación subsidiaria frente a otros métodos de contracepción efectivos—⁵⁰ se estima que la esterilización es una medida que redundará en beneficio o interés de la persona incapaz, no vemos obstáculo alguno para impedir su adopción. La comprensión global del derecho a la salud⁵¹, la comprensión global de la

50 Corrobora este criterio la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992. Dice en su petición n.º 6: «Que la esterilización se considere sólo como *ultima ratio* y se pueda llevar a cabo únicamente cuando no se puedan utilizar otros medios o métodos contraceptivos o éstos no ofrezcan garantías». En relación con esta cuestión podemos mencionar asimismo la petición n.º 3 de la Resolución: «Que los derechos de los deficientes mentales sólo se limiten en la medida estrictamente indispensable ...».

51 La Organización Mundial de la Salud define a ésta —en el preámbulo de su Constitución—, a la salud, como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades y dolencias».

Ésta concepción de la salud como algo positivo, como algo más que la mera ausencia de enfermedad, es algo aceptado por la generalidad de los autores. (Vid., entre otros, SINGER, H. E.: «La Medicina y el bienestar humano». Ed. Imán. Buenos Aires, 1943; ESCRIBANO COLLADO, PEDRO: «El derecho a la salud». Cuadernos del Instituto García Oviedo. Sevilla, 1976; DE MIGUEL, J. M.; YUSTE, F. J.; DURÁN, M. A.: «El futuro de la salud». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988; PEMÁN GAVÍN, J.: «Derecho a la salud y Administración sanitaria». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1989).

persona, nos conducen a la consideración mesurada de todas las circunstancias que inciden en la esterilización, y si bien es indudable que representa un daño para la salud de la persona esterilizada —en cuanto eliminación de su capacidad genésica—, no lo es menos una situación que vede el ejercicio de su vida sexual y afectiva, de sus posibilidades relacionales, en suma, una situación que proscriba un desarrollo pleno de su personalidad y atente a su dignidad como persona —contraviniendo el artículo 10.1 CE—. Cada persona, la situación de cada persona incapaz, habrá de ser escrupulosamente examinada para determinar la conveniencia o no de la esterilización. Llegados a tal conclusión, y dentro del marco legal establecido, la decisión, como indicamos, corresponde a cada interesado, quien, fiel a sus convicciones, ha de decantarse por una u otra opción.

Para finalizar esta exposición y el subsiguiente comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, y como verdadera recapitulación o bien a modo de conclusiones finales señalaremos cómo han de ser entendidos, a nuestro juicio, los requisitos exigidos por el artículo 428.II inciso último CP para la autorización de la esterilización de incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica:

a) La expresión «persona incapaz» ha de ser identificada con la de «persona incapacitada» o «persona declarada incapaz».

b) La «grave deficiencia psíquica» debe evaluarse y ponerse en relación su magnitud con la comprensión de la acción esterilizadora, la comprensión de la sexualidad y del significado de la maternidad o paternidad.

c) La petición tan sólo podrá ser efectuada por el representante legal de la persona incapaz, único legitimado para su interposición.

d) Los dos especialistas encargados del dictamen han de ser psiquiatras, o ginecólogos o psicólogos o pedagogos. El dictamen habrá de referirse a la existencia, alcance y grado de la deficiencia psíquica, a la comprensión del significado de la sexualidad y de la procreación, a la fertilidad del sujeto, a la capacidad de comprensión y asunción de la maternidad o paternidad y a la indicación de la esterilización como método contraceptivo más aconsejable.

e) Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos e intereses del incapaz.

f) Es asimismo preceptiva la previa exploración del incapaz por parte del Juez, cuya finalidad parece ser la recepción con carácter mediato por

parte del órgano jurisdiccional de información en torno a la persona incapaz.

Pese a no estar incluidos en el art. 428.II inciso último CP, y precisamente por esta causa, creemos conveniente indicar cuál es para nosotros la solución a los diversos aspectos procesales⁵²:

a) La competencia para la autorización o denegación de la solicitud de la esterilización de incapaces corresponde al Juez de Primera Instancia del domicilio del incapaz.

b) El procedimiento a seguir para la tramitación de la petición de autorización judicial para la esterilización de las personas incapaces es el procedimiento de jurisdicción voluntaria, salvo en aquellos casos en que exista contradicción, en los que la solicitud pasaría a tramitarse por el cauce del juicio declarativo de menor cuantía⁵³.

JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ
Becario de investigación del Área de Filosofía
del Derecho, Moral y Política. Facultad de Derecho
Universidad de La Coruña.

52 No es este el lugar para justificar los argumentos que conducen a esta toma de posición en lo que atañe a los aspectos procesales de la materia —argumentos que sí han sido suficientemente desarrollados en lo referente a los aspectos sustantivos o materiales—, por cuanto que la STC 215/1994, de 14 de julio, verdadero objeto de análisis de la presente investigación, no entra a cuestionarlos ni a examinarlos.

53 Existen otra serie de cuestiones procesales menores —legitimación para la presentación de la solicitud; postulación; tiempo; resolución del procedimiento; medios de impugnación— cuya entidad permite que sean obviadas en este comentario.