

# EVOLUCIÓN PENAL DE LA ADMISIBILIDAD DE LA ESTERILIZACIÓN DE LOS INCAPACES Y SU REFORMA EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013, POR EL QUE SE MODIFICARÍA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Pastora García Álvarez

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

---

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-13, p. 13:1-13:38. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-13.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 16-12 (2014), 23 dic]

**RESUMEN:** En este trabajo efectúo un recorrido por las diferentes posturas mantenidas por nuestro legislador sobre la admisibilidad de las esterilizaciones consentidas, en general, y de las de los deficientes mentales, en particular, analizando críticamente las concretas redacciones que ha ido recibiendo la previsión expresa de estas últimas desde su incorporación en el anterior Cp hasta llegar a la que el vigente art. 156 Cp recibiría en este ámbito en virtud del Proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013. En mi opinión, en la regulación proyectada se da un paso atrás al volver a plantear como una especie de estado de necesidad lo que no es más que un caso de legitimación por el procedimiento. Lo único que se puede pedir para admitir la esterilización de una persona que no tenga capacidad para consentir porque no puede comprender la trascendencia y el significado de la actividad reproductiva y/o de su pérdida, es que siendo dicha práctica necesaria, se cumplan una serie de requisitos y se

lleve a cabo en busca, única y exclusivamente, de su mayor interés.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal. Esterilización de deficientes psíquicos. Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013.

**ABSTRACT:** In this work I am making a run through the different positions held by our legislator on the admissibility of consensual sterilizations in general, and that of the intellectually disabled in particular. I critically analyze the specific wordings that the latest has received since it was added to the previous Criminal Code up to what its wording in current article 156 of the Criminal Code would be by virtue of the draft reform of 20 September, 2013. In my opinion, the proposed regulation is a step back as a case of legitimation by the proceedings is considered as if it was a kind of state of need once again. In order to admit the sterilization of someone who is not able to decide because he/she can not understand the importance and meaning of his/her reproductive activity and/or the loss of it, all that can be requested is that, being that practice necessary, certain requirements are fulfilled and that it is done purely and exclusively in search of his/her own interest.

**KEY WORDS:** Criminal Law. Sterilization of the mentally handicapped. Draft Law of 20 September, 2013.

Fecha de publicación: 23 diciembre 2014

*SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática en torno a la admisibilidad de la esterilización en términos generales. III. Problemática en torno a la admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas en particular. IV. Admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas tras la Reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, en el Código penal. V. Análisis de la admisibilidad de la esterilización de las personas incapacitadas que adolezcan de una grave deficiencia psíquica en el vigente párrafo segundo del artículo 156 Cp. VI. Propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 156 del Código penal. VII. Valoración personal de la propuesta de reforma del segundo párrafo artículo 156 del Código penal.*

## **I. Introducción**

El Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013 recoge una modificación del vigente artículo 156 del Código penal. Dicha modificación afecta no sólo a su primer párrafo y, por tanto, a los casos en los que nuestro legislador está dispuesto a admitir de forma excepcional la relevancia del consentimiento en las lesiones (trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual válidamente consentidas por adultos), sino también a su segundo párrafo y a la regulación concreta de la admisibilidad de la esterilización de las personas incapacitadas.

Así, el artículo centésimo cuarto del Proyecto mencionado, en virtud del cual se modifica el vigente artículo 156 Cp, le otorgaría a su segundo párrafo la siguiente redacción:

“No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Con esta nueva redacción se plantea un cambio sustancial en esta materia que considero debe ser objeto de una reflexión detenida, sobre todo si tenemos en cuenta las dificultades que debieron superarse para que este tipo de prácticas tuvieran una cobertura legal que permitiera que las mismas quedaran fuera del ámbito de lo penalmente relevante (como pasaré a recordar a continuación), y lo que no es menos importante, el que esta reforma proyectada ha reabierto la polémica sobre la admisibilidad de las mismas. En efecto, la reforma proyectada del último apartado de este artículo ha vuelto a dotar de actualidad a la discusión sobre la legitimidad de las esterilizaciones llevadas a cabo sin el consentimiento del afectado. Nuevamente, desde ciertos sectores se ha pedido al Ejecutivo la supresión del citado artículo por considerar que viola, por ejemplo, la Convención de la ONU<sup>1</sup> sobre los

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal con especial referencia a las incorporaciones en la Parte general y nuevas figuras delictivas”, del que es investigador principal el Prof. Dr. D.

\*Abreviaturas usadas: AA.VV: Autores varios; ACp: Anterior Código penal; ADPCP: Anuario de Derecho penal y ciencias penales; AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi; Art./s.: Artículo/s; CE: Constitución española; CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad; Cfr.: Confróntese; Coord.: Coordinador/es; Cp: Código penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; Dir.: Director/es; Ed.: Edición; Edit.: Editor/es; FGE: Fiscalía General del Estado; FJ: Fundamento jurídico; LO: Ley Orgánica; Ob. cit.:

derechos de las personas con discapacidad<sup>2</sup> y atenta contra los Derechos Humanos<sup>3</sup>, lo que ha obligado al Ministerio de Justicia a pronunciarse expresamente para argumentar su rechazo a eliminar el segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal, afirmando que este tipo de intervenciones no supone una vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, si bien asegurando que, en todo caso, estudiará la regulación de un “procedimiento especial” para estas prácticas mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que, reabierta la polémica, no está de más volver a analizar si realmente la esterilización de las personas con discapacidad puede ser realizada impunemente y si los requisitos que se exigen a tales efectos, tanto en la regulación vigente como sobre todo en la proyectada, ofrecen la suficiente garantía como para sostener que los derechos de estas personas quedan suficientemente salvaguardados.

## II. Problemática en torno a la admisibilidad de la esterilización en términos generales

La esterilización se puede definir, en sentido amplio, como la supresión de la capacidad procreadora sin la eliminación de los órganos reproductivos<sup>4</sup>. Ésta se lleva a cabo mediante intervenciones dirigidas a evitar la procreación, como son, por ejemplo<sup>5</sup>, las ligaduras de las trompas de Falopio o las vasectomías, según se trate de mujeres u hombres. Y son intervenciones que suponen aún hoy en día, un acto sobre el propio cuerpo que origina tanto una disminución funcional como una merma de la integridad corporal, generalmente con carácter irreversible. En el caso de las vasectomías podemos encontrar datos de reversibilidad que oscilan entre el 39% y el 90%, pero el logro del éxito funcional es, sin embargo, menos frecuente, entre el 18% y el 60%. La ligadura de trompas puede ser también reversible, pero las posibilidades de conseguir un embarazo<sup>6</sup> después de haberse sometido a este tipo de intervención oscilan entre un 30% y un 100% caso de haberse utilizado los

Obra citada; ONU: Organización de las Naciones Unidas; P./ pp.: Página/ páginas; P. cit.: Página citada; RGD: Revista General de Derecho; RGDPR: Revista General de Derecho Procesal; RJCat: Revista Jurídica de Cataluña; RPJ: Revista del Poder Judicial; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>1</sup> Sobre esta Convención cfr. específicamente, SEOANE RODRÍGUEZ, Siglo cero: revista española sobre discapacidad intelectual, 2011, pp. 21 y ss.

<sup>2</sup> Sobre qué ha de entenderse por persona con discapacidad, resulta sumamente interesante el estudio de SEOANE RODRÍGUEZ, *Ágora: Papeles de Filosofía*, 2011, pp. 143 y ss.

<sup>3</sup> Según recoge Europa Press la carta dirigida por el CERMI al Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón, solicita la supresión del artículo 156 de nuestro Código penal alegando entre otras cosas que: “Lo que nuestro Código Penal tipifica como indeseable para todas las personas, algunas instancias, superadas por el tiempo y el avance de la dignidad, lo quieren justificar para aquellas que tengan una discapacidad, al amparo de un interés legítimo, que sólo responde a la ignorancia y desidia en poner los medios para que las personas con discapacidad puedan tener la decisión plena sobre su salud sexual y su capacidad reproductiva y de tener descendencia” (<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-no-prohibira-esterilizacion-forzosa-personas-discapacidad-20120704124549.html>, fecha de consulta 1 de abril de 2014).

<sup>4</sup> Y así lo han recogido desde hace años diversos penalistas. Cfr. por ejemplo, en este sentido, JUANES PECES, *La Ley* 1991, p. 1165; y GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, 1983, p. 252. Mayores precisiones terminológicas sobre las distintas clases de esterilización pueden verse en AGUADO BORRAJO, *La esterilización*, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>5</sup> Ya que se pueden emplear diferentes técnicas, quirúrgicas o no. Al respecto para más detalles, cfr. AGUADO BORRAJO, *La esterilización*, 2005, pp. 21 y ss.

<sup>6</sup> Sin acudir a las técnicas de fecundación in vitro.

medios quirúrgicos convencionales, siendo algo más elevadas (entre un 60% y un 100%) si se hubiera acudido a las técnicas más modernas de microcirugía<sup>7</sup>.

La esterilización es, por tanto, un acto que repercute en la integridad física de la persona, disminuyéndola, y que ha de ser considerado como definitivo, ya que no se puede garantizar su reversibilidad o una reversibilidad funcional efectiva<sup>8</sup>. Y la integridad física es uno de los derechos que no sólo se reconoce en la Constitución española, dentro de la Sección primera del Capítulo II, del Título I, en su artículo 15, sino que es también un bien jurídico fundamental, presupuesto necesario para el libre desarrollo de la personalidad, por lo que también se encuentra protegido por nuestro Ordenamiento penal que, como última instancia del control social y con carácter de *ultima ratio*, sanciona los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Las esterilizaciones provocadas sin el consentimiento del afectado son por tanto, en cuanto hechos constitutivos de lesiones, sancionables penalmente como tales, pero es más, nuestro Código penal lleva castigando las esterilizaciones de forma expresa y diferenciada del resto de las lesiones, desde que por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, se aprobó el “Texto revisado de 1963” del Código penal (texto refundido de 1944, conforme a la Ley 79/1961, de 23 de diciembre), momento en el que se le añadió como conducta típica al entonces artículo 418 –artículo que, hasta la fecha sólo castigaba la castración-, la esterilización.

Concretamente este artículo 418 del anterior Código penal pasaba a disponer en aquel momento, literalmente, lo siguiente:

“El que de propósito castrar o esterilizar a otro será castigado con la pena de reclusión menor”.

Esta reforma del anterior Código penal fue objeto de diversas críticas. Así se cuestionó, por un lado, la equiparación de la castración con la esterilización, que no resultaba coherente por la diferente gravedad de ambas conductas<sup>9</sup>. La distinta trascendencia de estas prácticas puede comprobarse acudiendo sencillamente al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua<sup>10</sup> que aclara que “castrar”, gramaticalmente hablando, implica la extirpación de los órganos genitales, y si bien esta práctica conlleva también consecuentemente la esterilización, no ocurre lo mismo a la inversa. Y por otro lado se criticó y no tampoco sin razón, la desproporcionalidad de la pena con la que se amenazaba la realización de las esterilizaciones. Nada menos

<sup>7</sup> Datos obtenidos de BENSON, Diagnóstico, 2ª ed., 1982, p. 483. Datos similares pueden encontrarse en otras fuentes. Por ejemplo, LÓPEZ SOSA indica que en el caso de las vasectomías, la tasa de fertilidad es del 50% (20-30% si está bloqueado el epidídimo) y que en el caso de las esterilizaciones femeninas, la tasa de fertilidad es de entre el 70% y el 80% en EE.UU., siendo bastante menor en muchos otros países (http://campus.usal.es/~sexologia/attachments/078\_concepcion%20contracepcion%20Esterilizacion%20%20tema%207.pdf, fecha última de consulta: 24 de febrero de 2007).

<sup>8</sup> Para más información sobre este aspecto concreto, puede consultarse, AGUADO BORRAJO, la esterilización, 2005, pp. 31 y ss.

<sup>9</sup> Críticamente sobre esta equiparación, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, ADPCP 1989, pp. 921-922. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ cuestionaba tal equiparación con la siguiente argumentación: la castración es una operación más radical y traumática al consistir en la ablación (violenta) de los órganos genitales, que elimina no sólo la capacidad procreadora, sino también la *capacidad coeundi*, la libido, así como los caracteres sexuales secundarios y terciarios, cosa que no ocurre con la esterilización, que supone únicamente eliminar la capacidad de engendrar de un hombre o de una mujer o *capacidad generandi* (La esterilización, 1988, pp. 15-16).

<sup>10</sup> Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 21ª ed., 1992.

que con la pena de reclusión menor (doce años y un día a veinte años), que era la misma pena que llevaba aparejada en aquel momento el delito de homicidio (cfr. art. 407 del anterior Cp), no existiendo en modo alguno parangón entre la pérdida de la vida y la de una función fisiológica (no vital) por importante que ésta sea<sup>11</sup>.

En el Código penal vigente, es el Libro II del Título III, que lleva por rúbrica “De las lesiones”, el que sanciona los ataques contra la salud e integridad física, castigando las esterilizaciones causadas de propósito nuevamente no como un ataque más contra estos bienes jurídicos, sino de forma específica y especialmente agravada. En efecto, el artículo 149 del Código penal, en el que se recogen las lesiones muy graves cualificadas por el resultado, castiga en su primer apartado con la pena de prisión de seis a doce años al que “causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, *la esterilidad*, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”<sup>12</sup>.

La causación de la esterilidad se equipara, como podemos comprobar, no sólo a la impotencia, sino a la pérdida de un órgano o miembro principal, es decir, a la pérdida, por ejemplo, de un riñón, de un brazo o de una pierna<sup>13</sup>, pero ya no se castiga con una pena igual a la prevista para el delito de homicidio. Mientras que el homicidio se castiga con pena de prisión de diez a quince años (cfr. art. 138 Cp), la pérdida de la capacidad generativa aunque equiparada aún a la pérdida de los órganos genitales en sí mismos considerados (en cuanto órganos principales), es de forma mucho más coherente castigada con pena de prisión de seis a doce años. Pero, por otra parte, la pena prevista para las esterilizaciones no consentidas es considerablemente superior a la prevista para las lesiones del tipo básico del artículo 147.1 Cp (prisión de seis meses a tres años), lo que también tiene pleno sentido dado la mayor gravedad de las mismas.

El que la esterilización efectuada en contra de la voluntad del titular del bien jurídico salud e integridad física por ella afectado sea constitutiva de delito, está, por supuesto, fuera de toda discusión. El problema radica en que es una práctica a la que una persona puede querer someterse voluntariamente, siendo la admisibilidad de la impunidad de la esterilización consentida por el propio afectado la que fue objeto durante mucho tiempo en nuestro país de un amplio debate doctrinal. Polémica alimentada por la reticencia de nuestro legislador a admitir la plena disponibilidad de la salud e integridad física por su titular<sup>14</sup> y a previsiones expresas en contra de la admisibilidad del consentimiento en este ámbito.

<sup>11</sup> Críticamente sobre esta cuestión, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, 10ª ed., 1987, p. 137.

<sup>12</sup> La cursiva es mía.

<sup>13</sup> Esta equiparación se llevó a cabo en el vigente Código penal y supuso un endurecimiento del tratamiento punitivo de las esterilizaciones, ya que en el Código penal anterior se equiparaban en el antiguo artículo 419 con la mutilación o inutilidad de un miembro u órgano no principal, conductas todas ellas castigadas en aquel momento con la pena de prisión mayor.

<sup>14</sup> Polémica que además aún no ha sido resuelta, ya que desde la aprobación del Código penal de 1995, el artículo 155 dispone que “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados (...)”. Previsión con la que le otorga al consentimiento en las lesiones una relevancia únicamente

En efecto, nuestro legislador no sólo incriminó desde que se aprobó el Texto refundido de Código penal en 1963 la práctica de esterilizaciones, sino que también procedió a modificar el artículo 428 del anterior Cp, hasta entonces referido al marido que sorprendía a la mujer adúltera, otorgándole el siguiente contenido:

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

Este artículo vino a constituir el Capítulo V, del Título VIII, bajo la rúbrica de “Disposición general”, y a su inclusión no hubo más enmienda que la de Vidal Pazos, que lo consideró una inclusión superflua por entender como obvia la irrelevancia del consentimiento en sede de lesiones.

En cualquier caso, y dejando al margen la polémica en sí misma sobre la disponibilidad del bien jurídico individual salud e integridad física, con esta previsión el legislador dejaba claro que, tratándose de prácticas esterilizadoras –contenidas precisamente en el Capítulo IV del Título VIII-, el consentimiento del afectado ni excluía la tipicidad ni podía operar como causa de justificación, no pudiendo radicar el fundamento de tal negativa más que en la consideración del bien jurídico implicado como indisponible. Conclusión que, por supuesto, no fue compartida de forma mayoritaria por la doctrina. Especialmente destacable me parecen las reflexiones que sobre esta cuestión efectuó ya hace años García Arán, poniendo de manifiesto de forma crítica cómo una política legislativa defensora de la indisponibilidad de la capacidad procreadora no resultaba extraña en cierta forma al Ordenamiento jurídico español, favorecedor de la moral cristiana y de su concepto de familia (una familia que tenía por finalidad “la creación de hijos para el cielo”) y de una determinada política demográfica orientada al crecimiento de la población<sup>15</sup>. El problema es que estos ya de por sí, cuestionables fundamentos, empezaban a quedar vacíos de contenido a partir del momento en que se empezaron a legalizar los métodos anticonceptivos y muy especialmente a partir de momento en el que la Ley 45/1978, de 7 de octubre (por la que se modificaban los artículos 416 y 343 bis ACp), procedió, entre otras cosas<sup>16</sup>, a suprimir del párrafo primero del artículo 416

atenuatoria de la pena, negando la plena disponibilidad del bien jurídico salud e integridad física por su titular, conclusión ésta cuestionada de forma prácticamente unánime por la doctrina como lo señala, por ejemplo, SUÁREZ LÓPEZ, *Los efectos atenuatorios*, 2005, p. 374. Así, ponen de manifiesto lo absurdo de esta previsión, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, 1996, pp. 794, 804-806 y 809; LOS MISMOS, *Parte Especial*, 2ª ed., 1996, pp. 127 y 132; MUÑOZ CONDE, *RDPC* 1998, pp. 375-376; EL MISMO, *Parte Especial*, 19ª ed., 2013, p. 113; QUINTERO OLIVARES, *Las lesiones*, 1998, p. 68; y TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, 1996, p. 105. También es cierto que hay quien sostiene, como es el caso de MARTÍNEZ RUIZ, en términos más matizados, que este bien jurídico sólo es disponible en determinados casos, por lo que reputa como acertada la previsión atenuatoria contemplada en el art. 155 Cp (*La problemática*, 2005, pp. 412-413). Ampliamente, sobre la disponibilidad de la salud e integridad física a partir de la incorporación del artículo 155 del Código penal, DÍEZ RIPOLLÉS, *La disponibilidad*, 1995, pp. 118 y ss. Y una evolución histórica de la admisibilidad del consentimiento en sede de lesiones desde el Código penal de 1822, puede verse en SUÁREZ LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 366 y ss.

<sup>15</sup> GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, 1983, pp. 253-254.

<sup>16</sup> Ya que la Ley 45/1978, de 7 de octubre, no sólo procedió a suprimir del primer párrafo del art. 416 la frase “o de evitar la procreación”, sino también a eliminar sus apartados 4º y 5º. De manera que tras dichos cambios, el art. 416 del anterior Código penal pasaba a disponer lo siguiente:

“Serán castigados con arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas los que con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto realicen cualquiera de los actos siguientes:

del anterior Código penal, la referencia a la propaganda de medios anticonceptivos, que salía del ámbito típico, manteniéndose únicamente la referencia a la propaganda de aquellos que fueran abortivos.

Frente a esta incongruencia –no admitir la realización de esterilizaciones voluntarias, pero sí el uso de métodos anticonceptivos- se planteó como posible fundamento a la negativa expresa del legislador a darle relevancia al consentimiento en las prácticas esterilizadoras el que si bien el Estado estaba dispuesto a admitir la disponibilidad individual en materia de anticoncepción, lo que realmente no admitía era el recurso a medios que produjeran una esterilidad de carácter definitivo, es decir, las ligaduras de trompas o la vasectomía.

Esta explicación a la negativa del legislador a admitir las esterilizaciones válidamente consentidas fue también severa y acertadamente criticada por García Arán. Esta autora exponía que si se admitiera la premisa de que el Estado podía negar la disponibilidad individual de la capacidad reproductora con carácter definitivo, tenía que ser porque hubiera un interés de superior valor a proteger y se planteaba si este interés superior podrían ser los intereses demográficos nacionales –ya que no parecía pudiera ser otro-. Es decir, se planteó si lo que se estaban contraponiendo era la capacidad reproductora por un lado –de la que se negaba a sus titulares la disponibilidad- y, por otro, el interés del Estado en mantener un determinado índice de natalidad, en cuyo caso podría también admitirse ante un supuesto “peligro” de crecimiento demográfico desbordado, el que Estado estuviera legitimado para esterilizar coactivamente, por ejemplo, a aquellos que ya tuvieran un número determinado de hijos. Es decir, negar al individuo su capacidad de decisión sobre algo tan personal como es la maternidad/paternidad implicaría aceptar que el Derecho penal pudiera ser utilizado como un instrumento al servicio de una política demográfica determinada<sup>17</sup>. Posibilidad ésta que, además de peligrosa, supondría una perversión del uso del concepto de bien jurídico como criterio fundamentador de la intervención de un Derecho penal de mínimos.

En esta situación legislativa, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 428 del anterior Código penal, se podía llegar a situaciones político criminalmente incorrectas en el ámbito de las esterilizaciones en particular, pero, en realidad, en el ámbito de cualquier intervención quirúrgica con carácter general, ya que pudiendo argumentarse la tipicidad de todas las que supusieran una merma de la integridad física del afectado, al consentimiento se le negaba relevancia en este ámbito. Ante este sinsentido fueron numerosos los penalistas españoles que efectuaron propuestas diversas que permitieran sacar del ámbito de lo penalmente relevante las inter-

<sup>1º</sup> Los que en posesión de título facultativo o sanitario meramente los indicaren, así como los que, sin dicho título, hicieren la misma indicación con ánimo de lucro.

<sup>2º</sup> El fabricante o negociante que los vendiere a personas no pertenecientes al cuerpo médico o a comerciantes no autorizados para su venta.

<sup>3º</sup> El que los ofreciere en venta, vendiere, expendiere, suministrare o anunciare en cualquier forma”.

<sup>17</sup> GARCÍA ARÁN, Algunas consideraciones, 1983, p. 255.

venciones quirúrgicas consentidas, en general, y las esterilizaciones consentidas, en particular, no siendo la problemática planteadas por unas y otras, en apariencia, exactamente equiparables. En efecto, se solía entender que una cosa son los tratamientos médicos orientados a restablecer la salud, que en la medida en que la mejoraran o no la disminuyeran, eran considerados atípicos con cierta facilidad aunque supusieran una merma de la integridad corporal<sup>18</sup>, y otra las intervenciones que *sólo* persiguen evitar la concepción, a las que se les negaba el carácter de tratamiento. Esta circunstancia motivaría, por ejemplo, que García Arán propusiera un concepto amplio de salud que incluyera en ella no sólo la desaparición de un mal o de una enfermedad, sino también el logro del bienestar tanto físico como mental, de manera que también la práctica de una esterilización llevada a cabo con el consentimiento del por ella afectado pudiera ser entendida como un tratamiento médico beneficioso<sup>19</sup>.

Pero al margen de estos intentos doctrinales, la realidad es que durante años la realización de prácticas esterilizadoras en nuestro país era constitutivo de delito sin que el consentimiento válidamente emitido por los por ellas afectados, tuviera reconocido a estos efectos valor alguno. De hecho, no sería hasta la reforma introducida en el anterior Código penal por la LO 8/1983, de 25 de junio, cuando procedió a admitirse ciertas esterilizaciones al añadirse al artículo 428 (que era el que entonces negaba la relevancia del consentimiento en las lesiones) dos nuevos párrafos, que disponían lo siguiente:

“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 hubiera obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 425 de este Código.”<sup>20</sup>

Dejando de lado el último párrafo reproducido, que no es objeto de interés en este trabajo, con la previsión expresa contenida en el primer párrafo de nueva incorporación se dejaban fuera del ámbito de lo relevante penalmente no sólo

<sup>18</sup> Como lo ponen de manifiesto, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, 1983, pp. 260-261; LA MISMA, *RJCat* 1995, pp. 688-689; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, 1983, pp. 135-138; y MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 186. Así, defendían la impunidad de todas las intervenciones con finalidad terapéutica, por ejemplo, ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, 1993, p. 165; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, quienes propusieron que las intervenciones médicas curativas fueran reputadas atípicas -consideración que estimaban reforzada por la enumeración expresa de los supuestos más conflictivos- (*Comentarios*, 1996, pp. 806-810); LOS MISMOS, *Parte Especial*, 2ª ed., 1996, pp. 130-131; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 8ª ed., 1990, p. 105; y QUINTERO OLIVARES, *ADPCP* 1989, p. 940. De hecho, tras la aprobación de la Ley sobre Extracción y Trasplante de Órganos 30/1979, de 27 de octubre, resultaba indubitada para parte de la doctrina española, la adecuación a Derecho de las intervenciones quirúrgicas consentidas en las que se dispone incluso de una parte del cuerpo (cfr. en este sentido, por ejemplo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *CPC* 1981, p. 212; y GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones* 1983, p. 256).

<sup>19</sup> GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, 1983, p. 261; LA MISMA, *RJCat* 1995, pp. 690 y 692.

<sup>20</sup> La cursiva es mía.



ciertas esterilizaciones, sino también los trasplantes de órganos efectuados con arreglo a la legalidad y la cirugía transexual, lo que había de valorarse positivamente. La disponibilidad de la capacidad reproductora quedaba fuera, por fin, de cuestión<sup>21</sup>, lo que ya sí cuadraba con la admisibilidad progresiva del uso de los métodos anticonceptivos en nuestro país, así como con la realidad social, ya que aunque hasta ese momento no se procedió a admitir la eficacia del consentimiento en las esterilizaciones, una estadística efectuada en nuestro país en octubre de 1982 mostraba que en los últimos cinco años se habían llevado a cabo –impunemente- mil doscientas esterilizaciones, ochocientas treinta y ocho de las mismas por *motivo social*, lo que ponía de manifiesto que la realidad social no se había estado correspondiendo con la regulación penal vigente hasta entonces<sup>22</sup>.

Pero a pesar de dicho reconocimiento, no terminaría aquí la polémica suscitada por la esterilización (ni en realidad por la supuesta indisponibilidad de la salud e integridad física para cualquier otro tipo de actuación distinta a las expresamente mencionadas en el artículo 428 ACp), ya que quedaba todavía pendiente en esa fecha otro dilema cual era la admisibilidad –desde el punto de vista penal- de las esterilizaciones de los deficientes mentales, esterilizaciones éstas que, difícilmente podrían ser consentidas válidamente por ellos y que caso de ser solicitadas, lo eran a instancias normalmente de sus representantes legales. Casos que se presentaban para evitar embarazos no deseados de jóvenes sobre todo – si no en la mayoría de los casos- de *chicas* afectadas por el Síndrome Down o por alguna enfermedad mental y cuya impunidad era solicitada por ciertos sectores de la sociedad y por asociaciones de padres y familiares de disminuidos psíquicos.

Ahora bien, y a diferencia de la disponibilidad de la capacidad genésica de los mayores de dieciocho años “sanos mentalmente”, defendida podría decirse prácticamente sin fisuras entre los autores, no existió, como no podía ser de otro modo, consenso a la hora de admitir la posibilidad de esterilizar a personas en contra o sin su voluntad por el hecho de que se tratara de disminuidos psíquicos y ello porque estaba presente el recuerdo de la Ley alemana de “prevención de enfermedades hereditarias en las generaciones futuras” (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses), que fue aprobada por el Reichstag el 14 de julio de 1933 y que entró en vigor el 1 de enero de 1934. En ningún caso podía incurrirse en el error de aprobar una normativa que amparara jurídicamente prácticas de esterilización que pudieran servir como un mecanismo de limpieza étnica o racial similar al que tuvo lugar durante la política nacionalsocialista en Alemania<sup>23</sup>. Por la peculiaridad de las

<sup>21</sup> Y, además, con independencia de las motivaciones por las que una persona solicite ser esterilizada, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Ordenamiento alemán en el que la admisibilidad de estas intervenciones queda condicionada a ciertos motivos (cfr. al respecto, AGUADO BORRAJO, *La esterilización*, 2005, p. 81).

<sup>22</sup> Cfr. al respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, 10ª ed., 1987, pp. 137 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización*, 1988, p. 23.

<sup>23</sup> Aunque ciertamente no fue el único país en el que se llevaron a cabo estas prácticas. También en los Estados Unidos de América durante los doce o trece primeros años del siglo XX se realizaron 236 vasectomías forzosas de retrasados mentales en el Estado norteamericano de Indiana. En 1907 este mismo Estado aprobó la primera ley de esterilización obligatoria de los deficientes mentales,

especiales dificultades que se presentaron para admitir la esterilización de personas aquejadas de enfermedades o discapacidades psíquicas, prefiero abordarlas de forma independiente en el epígrafe siguiente.

### III. Problemática en torno a la admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas en particular

Como indicaba, la realización de esterilizaciones forzosas durante el régimen de Hitler supuso un freno en cierto modo comprensible a la posibilidad de admitir en nuestro Ordenamiento la realización de esterilizaciones no consentidas por los sujetos por ellas afectados. La Ley citada de “prevención de enfermedades hereditarias en las generaciones futuras”, con una clara intención, según indicaba, de mejorar la “raza aria”, había servido para autorizar y lo que es peor, *imponer*, la esterilización en casos de enfermedades hereditarias o alcoholismo hereditario incurable, sirviendo de cobertura para que en Alemania entre los años 1933 y 1945 fueran esterilizadas entre trescientas mil y trescientas cincuenta mil personas<sup>24</sup>.

Esta legislación sobre esterilizaciones era aplicada por unos tribunales especiales integrados tanto por médicos como por juristas, en los que las decisiones eran adoptadas en un proceso privado de publicidad. Según recoge Muñoz Conde, eran ocho los diagnósticos de los que podía derivarse la esterilización con arreglo a dicha ley: deficiencia mental desde el nacimiento, grave malformación física, esquizofrenia, psicosis maniaco depresiva, epilepsia, enfermedad de Huntington (conocida vulgarmente como “baile de San Vito”), ceguera de nacimiento, sordera hereditaria y alcoholismo grave<sup>25</sup>.

En principio esta Ley contemplaba las esterilizaciones como una práctica voluntaria, al prever en su parágrafo segundo que los sujetos *podían* solicitar su esterilización, pero, a continuación, el parágrafo siguiente, el tercero, establecía que también podían solicitarla los médicos funcionarios públicos y los responsables de las instituciones médicas curativas, asegurativas o penitenciarias para los internos de las mismas, por lo que evidentemente las esterilizaciones se llevaban a cabo en la

violadores y criminales. Entre los términos empleados para referirse a las personas que debían someterse a tales medidas, figuraban algunos tan ambiguos como “degenerados hereditarios”, “pervertidos sociales” o “adictos al alcohol y las drogas”. Tales normas se fueron extendiendo a veintiocho estados más, hasta que en 1935 el número de esterilizaciones practicadas alcanzó la cifra de 21.539. No obstante, las prácticas eugenésicas no fueron siempre tan drásticas, sino que en ocasiones pasaron más desapercibidas. Otra Ley de 1924, la Immigration Restriction Act, puso en marcha una selección de los extranjeros inmigrantes que deseaban entrar en Estados Unidos. El argumento racista que inspiraba tal ley era la creencia de que los individuos procedentes del norte y oeste de Europa eran biológicamente superiores a los que venían del este y del sur. Una vez más las ideas propias de la eugenesia se escondían detrás de la ley. Se consideraba que el patrimonio genético de las personas, la herencia biológica, determinaba el nivel económico y social de éstas, siendo más importante que la influencia del ambiente o la educación que se había recibido a lo largo de la vida (información textualmente tomada de <http://nyc.org.es/eugenesia/>, fecha de consulta 14 de febrero de 2014). Y tampoco se trata de unas prácticas que se encuentren totalmente erradicadas en la actualidad. Puede comprobarse, por ejemplo, cómo el Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidades expresó hace un par de años su “profunda preocupación” por la potencial esterilización en Perú de personas consideradas “mentalmente incompetentes”, sin su consentimiento previo (cfr. [http://www.rpp.com.pe/2012-04-23-onu-preocupada-por-esterilizacion-de-discapacitados-psiquicos-en-peru-noticia\\_474710.html](http://www.rpp.com.pe/2012-04-23-onu-preocupada-por-esterilizacion-de-discapacitados-psiquicos-en-peru-noticia_474710.html), fecha de consulta 31 de marzo de 2014).

<sup>24</sup> Datos ofrecidos, entre otros, por JUANES PECES, La Ley 1991, p. 1166; y MUÑOZ CONDE, Revista de Derecho y Genoma Humano 1995, p. 192.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger, 4ª ed., 2003, p. 259. La misma información puede encontrarse también en SILVA SÁNCHEZ, La esterilización, 1988, p. 52.

mayoría de las ocasiones de forma coactiva. Es más, como ya ha puesto de manifiesto algún autor<sup>26</sup>, esta práctica masiva de esterilizaciones coactivas sería la que posteriormente desencadenaría los diferentes programas de exterminio de enfermos psíquicos y “asociales”<sup>27</sup>: entre los meses de agosto de 1940 y 1941, más de setenta mil pacientes de psiquiátricos fueron asesinados en cámaras de gas y muchos individuos fueron esterilizados simplemente a partir de su clasificación como “antisociales”, pudiendo tratarse simplemente de gitanos o de los llamados “bastardos de Renania”, niños concebidos tras la Segunda Guerra Mundial por las tropas norteafricanas francesas de ocupación.

Con este lamentable uso y abuso de las esterilizaciones forzosas en pleno siglo XX por un país de tanta influencia en la Dogmática penal española como es Alemania, puede entenderse que estas prácticas fueran reputadas en nuestro Ordenamiento jurídico penal como típicas, antijurídicas y punibles por aplicación literal del contenido de los artículos 418 y 428 de nuestro Código penal entonces vigente, y ello a pesar de las pretensiones de ciertos sectores sociales de reformar el Código penal español para declarar la impunidad de las esterilizaciones de los disminuidos psíquicos<sup>28</sup>; por lo que para fundamentar su impunidad resultaba imprescindible acudir a alguna causa de justificación o, en su caso, de exclusión de la culpabilidad.

En esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez proponía la posibilidad de invocar en estos casos el estado de necesidad o el miedo insuperable. Pero advertía, al mismo tiempo, de las dificultades que la apreciación de ambas instituciones conllevaba en la práctica. En efecto, para que el estado de necesidad pudiera operar, la situación de necesidad debía, por exigencias jurisprudenciales, revestir el carácter de absoluta, y por exigencias normativas, el mal que se causara no podía (no puede) ser mayor que el que se trate de evitar, extremo éste difícil de constatar en estos casos, dado la complejidad de los intereses en ellos implicados. E igualmente difícil se presentaba la posibilidad de admitir el miedo insuperable en la medida en que este tipo de intervenciones, como bien puntualizaba este autor, tienen que ser llevadas a cabo por un facultativo<sup>29</sup>.

Es más, se hizo una Consulta a la Fiscalía General del Estado (Consulta 3/1985) con la intención de que declarara impunes las esterilizaciones de disminuidos psíquicos llevadas a cabo por facultativo siempre que fueran autorizadas por un Juez de primera instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entendiera que había justificación suficiente. En dicha Consulta se sostenía que lo que se deducía del artículo 428, párrafo segundo del anterior Código

<sup>26</sup> Cfr. al respecto con todo detalle, MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger, 4ª ed., 2003, pp. 260 y ss.

<sup>27</sup> Concepto éste tan amplio y ambiguo que permitiría la inclusión del cualquier persona que se opusiera al régimen nacionalsocialista o a la ideología que representaba (cfr. al respecto, MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger, 4ª ed., 2003, pp. 270 y ss.).

<sup>28</sup> Pretensiones que fueron trasladadas, incluso, a la Fiscalía General del Estado en un dictamen jurídico emitido por la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Barcelona, en el que se solicitaba que se promoviera una normativa que permitiera y garantizara la esterilización de los oligofrénicos ([http://elpais.com/diario/1987/09/19/sociedad/559000805\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1987/09/19/sociedad/559000805_850215.html), fecha de consulta 14 de febrero de 2014).

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, La esterilización, 1988, pp. 40-41.

penal, era que, en estos casos, no sería suficiente el consentimiento de los representantes legales de los disminuidos psíquicos cuya esterilización se solicitaba, pero sí la autorización judicial que a tales efectos pudiera otorgarse. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado, por Circular 3/1985, de 30 de abril<sup>30</sup>, respondió que esta interpretación se contraponía al tenor literal de dicho precepto, afirmando literalmente lo siguiente: “El Juez no puede autorizar un acto contra ley, como sería la esterilización de una mujer oligofrénica” (...) “En el supuesto del artículo 428 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”.

Tampoco sirvieron los esfuerzos de algún autor, como fue el caso nuevamente de Silva Sánchez, para tratar de fundamentar la relevancia que debería tener el consentimiento que pudieran prestar, al menos, los deficientes mentales que pudieran ser declarados “capaces” para decidir sobre su esterilización<sup>31</sup>, ya que la Fiscalía General del Estado negaba también relevancia a la decisión de aquellos disminuidos psíquicos que, sin haber sido declarados incapacitados por una decisión judicial civil, pudieran considerarse “incapaces de hecho”, ya que su consentimiento no se entendía libre<sup>32</sup>.

Por lo que, por muy loables que fueran los esfuerzos doctrinales para tratar de fundamentar la impunidad de las esterilizaciones de los disminuidos psíquicos en ciertos casos o con ciertos requisitos, la verdad es que esta cuestión no quedó resuelta hasta que el legislador se decidió a prever su admisibilidad expresa con la reforma del anterior Código penal introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio; reforma a la que dedico el siguiente epígrafe.

#### **IV. Admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas tras la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, en el Código penal**

En realidad con la reforma de 1989 se introdujeron en materia de esterilizaciones tres modificaciones:

En primer lugar, se cambió de ubicación sistemática la incriminación de la esterilización causada de propósito, que pasó del artículo 418 al 419 del Código penal, desligándose de la castración (que quedaba en el artículo 418 ACp), sustituyéndose además la pena que llevaba aparejada –reclusión menor-, que había sido correcta-

<sup>30</sup> Cfr. Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1986, pp. 437 y ss. y la crítica a dicha Circular de ARROYO ZAPATERO, Los menores de edad, 1988, pp. 20 y ss.

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, La esterilización, 1988, pp. 43-46.

<sup>32</sup> A estos efectos la Fiscalía General del Estado 3/1985, sostenía lo siguiente: “Que si bien la ineficacia del consentimiento justificante, emitido directamente o por representante legal, sólo está prevista de modo explícito en el artículo 428 para los declarados judicialmente incapaces, también alcanzará al que puedan expresar los incapaces presuntos por sí -ya que indudablemente estará afectado por vicios invalidatorios-”.

mente criticada por la doctrina como ya apunté, por la de prisión mayor (seis años y un día a doce años).

En segundo lugar, se le añadió al artículo 421 ACp un segundo párrafo en virtud del cual procedía a tipificarse la esterilización no buscada de propósito, pero que fuese el resultado de una ofensa física<sup>33</sup>.

Y, por último, se le añadió un nuevo párrafo<sup>34</sup> al artículo 428 ACp con el siguiente tenor literal:

“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”.

De manera que tras la reforma introducida en el año 1989 en nuestro anterior Código penal, siendo las esterilizaciones provocadas constitutivas de un delito de lesiones (art. 419 ACp), se permitían en virtud del art. 428 ACp, las esterilizaciones consentidas por el esterilizado siempre y cuando su consentimiento no quedara invalidado por vicio alguno, así como las de los deficientes psíquicos siempre que concurrieran una serie de requisitos -que procederé a analizar a continuación-; siendo ilícita en cualquier caso la esterilización de menores de edad, ya que tratándose de estos resultaba ineficaz tanto el consentimiento que pudieran prestar ellos mismos o sus representantes legales, sin posibilidad de que tal consentimiento pudiera ser suplido por una autorización judicial. Esta última prohibición tiene pleno sentido ya que, como indiqué *supra*, la esterilización sigue siendo hoy en día una práctica sin garantías de reversibilidad, no pareciendo procedente autorizar la realización de tal operación en personas que, por razón de su edad, carecen de plena madurez y conciencia de la trascendencia del acto al que consentirían<sup>35</sup>. No hay beneficio alguno para un menor de edad en un acto que si no anula, limita de modo definitivo la posibilidad de decidir en el futuro sobre su capacidad reproductiva.

Ahora bien, seguía quedando una cuestión pendiente, y era la admisibilidad o no de las esterilizaciones cuando se daba la confluencia de dos factores: la minoría de edad y la deficiencia mental, supuesto éste en el que cabría plantearse si incapacitado el menor deficiente psíquico, no debería prevalecer su condición de deficiente sobre la de menor. Para responder a este interrogante debía tenerse en cuenta que el

<sup>33</sup> Artículo 421 que pasaba a disponer lo siguiente: “Las lesiones del artículo anterior serán castigadas con las penas de prisión menor en sus grados medio a máximo:

1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción.

2º Si como resultado de las lesiones el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él.

3º Si se hubiere empleado tortura”.

<sup>34</sup> Párrafo con cuya incorporación se incrementaba aún más si cabe, como señalaban BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, el confusionismo sobre la materia; ya que el legislador parecía confirmar con ello la irrelevancia del consentimiento, en contra de la opinión doctrinal mayoritaria (La reforma, 1989, p. 128).

<sup>35</sup> Y así lo ponía de manifiesto hace años ARROYO ZAPATERO, Los menores de edad, 1988, p. 19.

artículo 201 del Código civil contempla la posibilidad de incapacitación de los menores de edad, al disponer lo siguiente: “Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”. De manera que podría darse la razón a aquellos que entendían que si un menor de edad está aquejado de una grave deficiencia psíquica y se prevé razonablemente que la misma persistirá en el tiempo, dicho menor debería poder ser esterilizado de conformidad con la previsión del artículo 428 del anterior Código penal si ello fuera lo aconsejable en su mayor beneficio<sup>36</sup>.

Pero, en cualquier caso, y a pesar de las cuestiones por resolver, resulta indiscutible que el legislador español dio un paso decisivo de cara a la admisibilidad de la esterilización de personas con deficiencias psíquicas exigiendo a tales efectos, una serie de requisitos: en primer lugar, que se tratara de un *incapaz*, en segundo término, que estuviera afectado por una *grave deficiencia psíquica*, en tercer lugar, que la solicitud de dicha esterilización fuera promovida por sus *representantes legales*, y por último, que la decisión la adoptara un *Juez tras haber oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*.

La incorporación de este nuevo párrafo en el artículo 428 ACp para admitir la esterilización de los deficientes psíquicos, no despertó grandes polémicas durante su tramitación parlamentaria y fue aprobado prácticamente sin oposición<sup>37</sup>, sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, con fecha de 30 de mayo de 1992, planteó una cuestión de constitucionalidad (nº 1415/1992) sobre el artículo 6º de la LO 3/1989, de 21 de junio, por el que se incorporaba el párrafo al que vengo refiriéndome al antiguo artículo 428 del anterior Código penal, precisamente a partir de la solicitud de esterilización de una chica incapacitada afectada por el Síndrome de Down. Dicha cuestión de constitucionalidad, aunque también apuntaba ciertas deficiencias en la técnica legislativa empleada en la redacción de este párrafo del artículo 428 del anterior Código penal, se basaba fundamentalmente en entender que tal previsión infringía el artículo 15 de la Constitución española, en el que se recoge el derecho a la integridad física y moral de todas las personas, así como la prohibición de someterlas a tratos inhumanos o degradantes. La pretensión de inconstitucionalidad de este precepto fue desestimada por la STC 215/1994, 14 de julio<sup>38</sup>, básicamente por entender no sólo que la esterilización de una persona incapaz que adolezca de una grave deficiencia psíquica no es constitutiva en absoluto de un trato inhumano o degradante (FJ 5), sino por considerarla plenamente conforme a lo que dispone el artículo 49 de nuestra Constitución<sup>39</sup>. Así sostiene en

<sup>36</sup> Era el caso, por ejemplo, de MUÑOZ CONDE, Revista de Derecho y Genoma Humano 1995, p. 207.

<sup>37</sup> Tal y como lo recoge MUÑOZ CONDE, Revista de Derecho y Genoma Humano 1995, p. 190.

<sup>38</sup> La decisión del Pleno del Tribunal Constitucional fue adoptada por una mayoría de siete magistrados: los señores Rodríguez Piñero, López Guerra, García Mon y González Regueral, De la Vega Benayas, Díaz Erimil, Viver Pi-Sunyer y Gimeno Sendra. Decisión a la que los magistrados Gabaldón López, Gimeno Sendra, González Campos –al que se adhiere Cruz Villalón– y Mendizábal Allende formularon sendos votos particulares.

<sup>39</sup> Artículo 49 C.E. dispone que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración

su FJ 6 que “la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, (...) contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente”. Yo no voy a analizar detenidamente esta sentencia<sup>40</sup>, pero sí aludiré en los párrafos siguientes a algunas de las interesantes puntualizaciones que en ella se efectuaron, al hilo del análisis de los diferentes requisitos exigidos conforme al nuevo apartado del artículo 428 ACp para admitir las esterilizaciones de los deficientes psíquicos, y las observaciones de las que fueron objeto por parte de los autores. Los requisitos a los que me refiero son los siguientes:

1º. Que se trate de un incapaz.

La primera exigencia necesaria según el nuevo párrafo que se le incorporaba al artículo 428 del anterior Código penal, era que se tratara de un *incapaz*, lo que exigía determinar qué había de entenderse por tal. Y a este interrogante, según ponía en aquel entonces de manifiesto, por ejemplo, Juanes Peces, podía responderse desde dos extremos antagónicos. Por un lado, podía acudirse a un criterio material en virtud del cual el término incapaz a los efectos de la esterilización fuera determinado con arreglo a las disposiciones del Código penal, vinculándolo a la categoría de inimputabilidad; o por otro lado, podía otorgársele al término incapaz una interpretación formal, conforme a la cual ninguna persona, ni siquiera aquella que padeciera de forma indubitada una alteración psíquica grave, pudiera ser esterilizada sino tras haber sido declarada civilmente incapacitada, no siendo por tanto suficiente desde esta perspectiva, la incapacidad de facto de la persona que se pretendiera esterilizar<sup>41</sup>. Fueron numerosos los autores que se mostraron partidarios de esta segunda opción<sup>42</sup>. La primera podía rechazarse de hecho sin demasiados problemas: la inimputabilidad es, siguiendo a Muñoz Conde<sup>43</sup>, la capacidad de motivarse por los mandatos normativos, mientras que la incapacitación es un estado civil de una persona que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas en la ley<sup>44</sup>, por lo que aunque puedan coincidir, no son identificables. Parece lógico, por tanto, entender que el artículo 428 del anterior Código penal en este nuevo párrafo no se estaba refiriendo a personas que aunque

de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título (el primero, donde se encuentra ubicado el art. 15) otorga a todos los ciudadanos”. Para desarrollar este precepto habían sido necesarias una serie de medidas legislativas, entre las que podían destacarse en aquellos años, por ejemplo, la Ley 13/1982, que propugnaba la “integración social de los minusválidos” o la Ley de 24 de octubre de 1983, que regulaba de nueva planta la incapacitación del enfermo o deficiente psíquico y su tutela.

<sup>40</sup> Para más información sobre dicha sentencia pueden consultarse, por ejemplo, los comentarios de CANOSA USERA, *El derecho*, 2006, p. 228; CHOCLÁN MONTALVO, *AJ* 1994, pp. 1 y ss.; CUCARELLA GALIANA, *Incapacitación*, 2012, pp. 86 y ss.; GARCÍA ARÁN, *RJCat* 1995, pp. 683 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, pp. 183 y ss.; SEOANE RODRÍGUEZ, *Alcance*, 2004, pp. 303 y ss.; y VIDAL GIL, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, pp. 127 y ss.

<sup>41</sup> JUANES PECES, *La Ley* 1991, pp. 1167-1168.

<sup>42</sup> Es el caso, por ejemplo, de JUANES PECES, *La Ley* 1991, p. 1168; y MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 8ª ed., 1990, p. 106.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, *Parte General*, 8ª ed., 2010, p. 355.

<sup>44</sup> Díez Pícazo/Gullón, *Sistema de Derecho civil*, 7ª ed., 2001, pp. 269 y ss. En este sentido, el artículo 199 del Código civil dispone lo siguiente: “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. A la incapacitación se dedica el capítulo IX del Código civil, arts. 199-214.

autoras de un hecho típico y antijurídico, carecen de responsabilidad penal, sino a personas que, por las razones que fueran, no pueden comprender el alcance y sentido de sus actos. Ahora bien, llegados a este punto quedaban aún dos interrogantes por responder: si en el concepto de incapaz podían incluirse a los incapaces de hecho y si todo incapaz, sobre el que hubiere recaído una sentencia judicial de incapacitación, podía ser esterilizado<sup>45</sup>. La respuesta a ambos interrogantes debía ser negativa y por el propio tenor literal del precepto. Al planteado en primer lugar, porque al exigir que la esterilización sea solicitada por los *representantes legales* del incapaz, el legislador estaba partiendo de la premisa de su incapacitación<sup>46</sup>; y al planteado en segundo término porque la previsión de este precepto se refiere únicamente a los incapaces que padezcan, como desarrollaré en el apartado siguiente, *una grave deficiencia psíquica*, no a cualquier persona que hubiera sido incapacitada.

2º. Que esté afectado por una grave deficiencia psíquica.

Como acabo de adelantar, la segunda exigencia de este último apartado del artículo 428 del anterior Código penal era que la persona que fuera a ser esterilizada y que, según he indicado, debía de haber sido declarada previamente a través de una decisión judicial civil, incapaz, había de sufrir “una grave deficiencia psíquica”.

El legislador de 1989 era claro a este respecto y con ello se distanciaba de las causas de incapacitación previstas en el artículo 200 de nuestro Código civil –que a estos efectos mantiene el mismo contenido-. En efecto, mientras que a efectos civiles el artículo 200 señala que son causas de incapacitación “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, para que una persona incapacitada a efectos civiles pudiera ser esterilizada de conformidad con la previsión del último apartado del artículo 428 ACp era necesario que dicha persona sufriera no cualquier tipo de enfermedad o deficiencia, sino, concretamente, una grave deficiencia psíquica.

Pero esta exigencia también era susceptible –y como comprobaremos lo sigue siendo- de observaciones críticas, ya que el Código penal, para empezar, no precisaba qué había de entenderse por grave deficiencia psíquica; en segundo término, no exigía que esa grave deficiencia psíquica le afectase a la hora de decidir libre y conscientemente sobre su sexualidad, o que quedase acreditado que esa persona no era consciente de las repercusiones del acto sexual de cara a la procreación; y en

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, GARCÍA ARÁN pondría de manifiesto el riesgo de que se entendiera suficiente con que la persona hubiera sido declarada civilmente incapaz, ya que, en su opinión, lo único que debería ser analizado es si el sujeto en cuestión tenía o no capacidad para entender las consecuencias de la sexualidad y de la intervención esterilizadora, de manera que la esterilización practicada en contra de la voluntad de una persona que gozase de tal capacidad aunque hubiera sido declarada civilmente incapaz, debía ser reputada, en su opinión, delictiva, incluso, aunque pudiera defenderse que tal intervención se había llevado a cabo en su beneficio (RJCat 1995, p. 700).

<sup>46</sup> Como lo ponía de manifiesto en su momento MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 8ª ed., 1990, p. 106. Y así lo confirmaba la STC 215/1994, de 14 de julio (FJ 3). Más recientemente en el mismo sentido puede verse, MARTÍNEZ RUIZ, La problemática, 2005, p. 417.



tercer lugar, no exigía que se tratase de una deficiencia psíquica de carácter irreversible.

Observaciones críticas a las que podía añadirse las dificultades que se iban a plantear después en la práctica, como advertía ya hace años Juanes Peces, por el mero hecho de que la sentencia de incapacitación no siempre establece claramente el grado de la incapacidad y sus causas y menos aún el extremo de si el incapacitado tiene o no capacidad por sí mismo para decidir libremente sobre su sexualidad, sobre su capacidad reproductiva o sobre una posible esterilización<sup>47</sup>, extremos estos importantes a efectos de una posible esterilización con cobertura legal.

Es más, frente a la redacción concreta de este último párrafo del artículo 428 del anterior Código penal, García Arán advertiría del peligro, nada desdeñable, de que la gravedad de la deficiencia mental pudiera ser interpretada como la seguridad de que la descendencia de la persona por ella afectada fuera a heredarla, con lo que se estaría procediendo a esterilizar a personas que podían ciertamente ser enfermos mentales, pero que no tenían por qué estar privadas de la capacidad para comprender la actividad reproductora o el carácter de una práctica esterilizadora, por lo que resultaba imprescindible distinguir los diferentes grados de padecimiento de una enfermedad mental y sus repercusiones a estos efectos<sup>48</sup>.

A grandes rasgos, la enfermedad mental se puede definir como un conjunto de afecciones de etiología funcional u orgánica (por ej., un tumor), y sintomatología psíquica (por ej., neurosis, psicosis, esquizofrenia, oligofrenias,...) que no siempre tiene por qué dar lugar a una grave deficiencia psíquica. Entre todas las enfermedades mentales sí podrían desembocar en una deficiencia psíquica, por ejemplo, las oligofrenias o deficiencias mentales (si bien según sus grados), las esquizofrenias (cuando se asocian o evolucionan a un deterioro cerebral global), las psicosis maniaco-depresivas y ciertas encefalopatías orgánicas (cuando den lugar a demencias por destrucción corticocerebral). Pero, en cualquier caso, el que la grave deficiencia psíquica tampoco iba a ser suficiente, fue clarificado por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 215/1994, de 14 de julio, al exigir que esa grave enfermedad psíquica tenía que producir a la persona sobre cuya esterilización se decidía, un determinado efecto: incapacidad para comprender la actividad procreadora y la pérdida de la misma (FJ 3).

Por lo que, sintetizando, para acudir a la previsión que se incorporaba en el año 1989 al artículo 428 de nuestro anterior Código penal era necesario, según la mayoría de los autores y, lo que es más importante, según nuestro Tribunal Constitucional, que el sujeto pasivo, incapacitado judicialmente, estuviera afectado por una grave deficiencia psíquica que le impidiera decidir sobre su esterilización, porque si poseía capacidad, aunque sólo fuera parcial, para comprender procreación, gesta-

<sup>47</sup> JUANES PECES, *La Ley 1991*, p. 1168.

<sup>48</sup> GARCÍA ARÁN, *RJCat 1995*, pp. 700-701.

ción, nacimiento y la maternidad o paternidad, habría que entenderlo “capaz” a estos efectos y por tanto, no sería esterilizable con arreglo a tal previsión<sup>49/50</sup>.

### 3º Petición del representante legal.

La tercera exigencia incorporada para la admisibilidad de la esterilización de los incapaces afectados de una grave deficiencia psíquica es que la misma se llevara a cabo a petición de sus representantes legales.

El primer interrogante que suscita esta exigencia es qué había de entenderse por “representante”, no debiendo entenderse por tal para empezar, exclusivamente a los progenitores, sino que lo lógico sería entender que a tales efectos había que estar a lo que establezcan las disposiciones del Código civil, siendo conscientes, además, de que aunque el legislador penal empleó el término *representante* en singular, por lo que pareciera estar pensando en casos de tutor único, la verdad es que en el Código civil están previstas junto a esta forma de representación, otras como la tutela plural solidaria; lo que no debía ser un obstáculo de cara a iniciar el procedimiento de incapacitación, aunque sí podría complicarlo, indudablemente, en aquellos casos en los que siendo varios los representantes, las opiniones sobre la procedencia de la esterilización del por ellos representado, fueran dispares.

En cualquier caso, esta previsión no podía entenderse, como ya aclaró en su momento García Arán, como una sustitución del consentimiento del incapaz por el de su representante legal, ya que habría de ser el Juez, el que, reclamada su intervención, autorizara o no judicialmente la práctica de la actividad esterilizadora<sup>51</sup>. Pero, lo que sí es cierto, como puso de manifiesto Juanes Peces, es que con este reconocimiento expreso de la posibilidad de que los representantes legales pudieran solicitar la esterilización de sus representados, se estaban ampliando las facultades de los derechos de la personalidad de tales representantes<sup>52</sup>.

### 4º. La autorización judicial.

Para que la esterilización de una persona “incapaz” afectada por una grave deficiencia psíquica pudiera quedar impune había de ser, finalmente, autorizada por un Juez, y precisamente por un Juez civil, y no penal, como podría parecer<sup>53</sup>. El Juez

<sup>49</sup> Como lo ponían de manifiesto, expresamente, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 207; y SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización*, 1988, p. 46.

<sup>50</sup> Conclusión, que haciendo un inciso, me permite dar la razón a Silva Sánchez cuando años antes había defendido que aunque la Circular de la Fiscalía General del Estado, de 30 de abril de 1985, había negado en todo caso relevancia al consentimiento de un incapaz de hecho, lo realmente determinante para admitir tal consentimiento debía ser el que el deficiente mental tuviera o no capacidad para comprender el alcance y las trascendencia del acto al que consiente. De manera que si sí la tenía, la esterilización de dicho incapaz no sería reconducible en caso alguno al último párrafo del artículo 428 del ya derogado Código penal, sino, en su caso, si esa era su voluntad, a la previsión general de las esterilizaciones consentidas (SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización*, 1988, pp. 43 y 46). Mostraban su conformidad con la opinión del autor citado entre otros, por ejemplo, BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, *La reforma*, 1989, pp. 132-133.

<sup>51</sup> GARCÍA ARÁN, *RJCat* 1995, p. 685.

<sup>52</sup> JUANES PECES, *La Ley* 1991, p. 1168.

<sup>53</sup> Como lo aclaraba, por ejemplo, JUANES PECES, *La Ley* 1991, pp. 1168-1169. Y así lo corrobora mucho más recientemente, por ejemplo, CUCARELLA GALIANA argumentando tal afirmación en el propio contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial (cfr. *Incapacitación*, 2012, pp. 215-216). SERRANO GÓMEZ puntualiza aún más exigiendo que ha de tratarse, además, del Juez de Primera Instancia que hubiera resuelto previamente sobre la incapacitación (Parte Especial, 6ª ed., 2001, p. 127). En contra de esta exigencia se manifiesta, sin embargo, CUCARELLA GALIANA, *ob. cit.*, p. 225.

adoptaría tal decisión tras haber oído el dictamen de dos especialistas, al Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

Con esta previsión el legislador trasladaba la decisión sobre la esterilización al Juez<sup>54</sup>, pero no aclaraba sin embargo cuáles habían de ser los criterios conforme a los cuales el Juez concedería o denegaría tal autorización. Extremo éste que también fue objeto de consideraciones críticas por los autores, pudiendo encontrarse dos posturas enfrentadas. Por un lado, la de aquellos que sostenían que el Juez, antes de adoptar la decisión sobre la autorización de la esterilización, había de tener en cuenta los bienes jurídicos implicados, optando por aquel que debiera prevalecer. Y por otro lado, la de aquellos que entendían que el Juez debía limitarse a constatar que el sujeto en cuestión, previamente declarado judicialmente incapaz y afectado por una grave deficiencia psíquica, carecía en el caso concreto de la capacidad necesaria para adoptar una decisión libre sobre la maternidad o paternidad así como sobre la esterilización en sí misma considerada.

El problema básico de la primera de las posturas apuntadas sería determinar cuáles son los bienes jurídicos en conflicto y entre los que el Juez habría de elegir, o más exactamente, siendo uno de ellos la capacidad procreadora del incapaz afectado por la grave deficiencia psíquica, habría que determinar cuál sería el otro con el que entraría en colisión y frente al que, en su caso, el primero podría ceder.

A este interrogante se ofrecieron distintas respuestas<sup>55</sup>. Entre otras, y sin pretensión de exhaustividad, una de las propuestas consistía en fundamentar la esterilización de los incapaces con graves deficiencias en la mejora de sus condiciones de vida, entendiendo que una vez esterilizados no tendrían que estar sometidos a una vigilancia constante, partiendo de la premisa, además, de que tal vigilancia podía ser contraria a la dignidad de estas personas. Otro de los argumentos esgrimidos en defensa de la esterilización de los incapaces afectados por una grave deficiencia psíquica, sería el del denominado “derecho al sexo” de estas personas: la esterilización les permitiría llevar una vida sexual activa sin riesgo de posibles embarazos<sup>56</sup> (aunque no de contraer enfermedades de transmisión sexual). Íntimamente relacionado con lo que acabo de afirmar, habría que mencionar la posibilidad de defender la esterilización de estas personas ante su imposibilidad de ejercer una paternidad o maternidad, según los casos, responsable<sup>57</sup>; o bien la de hacerlo para evitar las

<sup>54</sup> La práctica de esterilizaciones de personas incapacitadas afectadas de una grave deficiencia psíquica sin la correspondiente autorización judicial ha dado lugar a alguna sentencia condenatoria. Cfr. a este respecto, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2000, en virtud de la cual se castigó al cirujano que practicó la esterilización de una chica aquejada de Síndrome de Down sin la correspondiente autorización judicial, por un delito de lesiones del vigente artículo 149 (lesiones cualificadas por el resultado), si bien con la pena atenuada en dos grados por entender que dicho cirujano se encontraba en un error de prohibición vencible.

<sup>55</sup> Tal y como lo ponía de manifiesto el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona en el Auto de 30 de mayo de 1992 por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 6 de la LO 3/1989, de 21 de junio, por el que se modificaba el artículo 428 del anterior Código penal para regular la admisión de la esterilización de personas aquejadas de una grave deficiencia psíquica.

<sup>56</sup> Con esta idea parecía coincidir QUINTERO OLIVARES, quien precisamente sostenía que con la reforma de 1989 y la inclusión del segundo párrafo en el artículo 428 del anterior Código penal se conseguía “*facilitar a esas personas incapaces psíquicamente el acceso a la sexualidad sin riesgos o peligros para ellos*” (ADPCP 1989, p. 941).

<sup>57</sup> Corresponde citar aquí la postura mantenida por el Fiscal General del Estado en escrito de 16 de julio de 1992 a propósito de la

“desfavorables” consecuencias que en la vida de un deficiente mental tendría o podría tener el nacimiento de un hijo que, además, podría sufrir sus mismas limitaciones mentales. Pero todas y cada una de estas propuestas fueron, asimismo, objeto de controversias.

Por ejemplo, respecto de la primera propuesta podría alegarse que el grado de vigilancia al que tienen que estar sometidos los disminuidos psíquicos depende del grado de deficiencia mental que tengan y que tal vigilancia ha de tener, en todo caso, ciertos límites. En efecto, nuestro Tribunal en la sentencia por la que resolvió la cuestión de constitucionalidad 1415/1992, señalaba en su FJ 5º lo siguiente: “(...). La vigilancia (...) únicamente será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud (...)”. El segundo de los argumentos indicado fue, por su parte, firmemente rebatido por el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, del 30 de mayo, ya mencionado, por el que se planteó la cuestión de constitucionalidad 1415/1992. En él se negaba la existencia del “pretendido” derecho al sexo, afirmando que a lo sumo se trataría de un pseudo-derecho no reconocido en ninguna Declaración universal, considerando discutible el que el simple ejercicio físico de la sexualidad constituya un bien cuando no existe comprensión anímica de ningún tipo, lo que le llevaba a concluir que los disminuidos psíquicos difícilmente podrán disfrutar de una vida sexual adulta, consciente y gratificadora. Frente a la posibilidad de que fuera evitar embarazos no deseados lo que justificara las esterilizaciones de los incapaces afectados de graves deficiencias psíquicas, se argumentaba que los embarazos también podían evitarse con alternativas menos drásticas como el uso de anticonceptivos<sup>58</sup> o con una mayor vigilancia de estas personas<sup>59</sup>. Y por lo que respecta a la posibilidad de fundamentar las esterilizaciones en la incapacidad de las personas aquejadas de una grave deficiencia psíquica para ejercer una maternidad/paternidad responsable, se alegaba, no sin razón, que la incapacidad para la maternidad o para la paternidad se da en la práctica con cierta frecuencia y no es siempre secuela de una deficiencia mental, por lo que si se llegara a justificar la esterilización de estas personas por esa supuesta incapacidad también podría plantearse la esterilización de sujetos no concretamente deficientes mentales, pero sí incapaces constatados

cuestión de constitucionalidad 1415/1992 (postura recogida en la STC 215/1994, de 14 de julio), que consideraba que al ser la maternidad –afirmación que podríamos extrapolar también a la paternidad– un derecho-obligación y al considerar que la deficiente mental grave no puede valorar el alcance de la sexualidad ni asumir responsablemente la maternidad, la Ley no puede privarle de lo primero, pero sí impedirle la maternidad a la que no puede enfrentarse de forma solvente, exigiendo para ello una serie de garantías. De manera que terminaba justificando la esterilización en la imposibilidad de dar réplica a las exigencias éticas y jurídicas que se derivarían de la maternidad y en la imposibilidad de que tales deficientes puedan querer conscientemente esa maternidad y las consecuencias que la misma conlleva. En términos parecidos se manifestaba también el Abogado del Estado en escrito de 20 de julio de 1992, al señalar que el fin de esta previsión “No es otro que el evitar la procreación por personas que carecen de posibilidades para formar su voluntad y que no se encuentran habilitadas para el ejercicio de una paternidad responsable. En el supuesto que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión, se pretende, asimismo, evitar un embarazo no consentido y que, además, puede resultar no comprensible y traumático para la incapacitada”.

<sup>58</sup> Frente a lo que se contraargumentaba por ejemplo, las dificultades a la hora de suministrarlos, los efectos secundarios de los mismos o el que no son absolutamente infalibles.

<sup>59</sup> Llegándose a proponer, incluso, su aislamiento del resto de la sociedad. Posibilidad ésta rechazada por la STC 215/1994, de 14 de julio, en su FJ 5º.

para llevar a cabo una maternidad/paternidad responsable. Posibilidad ésta en absoluto de recibo. Tampoco se entendía admisible una contraposición entre la capacidad procreadora de los deficientes mentales declarados incapaces y unos pretendidos derechos de sus descendientes futuribles. El que la persona incapaz afectada por una grave deficiencia mental no pueda atender correctamente a sus descendientes tampoco era admitido de forma unánime como un motivo que sirviera de justificación a tales prácticas<sup>60</sup>, frente a esta posible justificación se aducía que un incapaz deficiente mental estará siempre en relación con otras personas que podrían hacerse cargo de sus hijos –cosa distinta es que ello les fuera exigible-, o que el Estado podría otorgar ayudas a sus familiares a tales efectos, o incluso ser los servicios sociales los que directamente ayudaran a los deficientes mentales caso de que tuvieran descendencia. Y claramente rechazada resultaba también la propuesta de fundamentar la esterilización de deficientes mentales para evitar el riesgo de que sus descendientes presentaran deficiencias similares. En este caso se estaría hablando para empezar, en términos de probabilidades, pero es que, además, no sería admisible en ningún caso una esterilización por motivos eugenésicos.

Expuesto todo lo cual y admitiendo que todos estos intereses expuestos, uno a uno considerados: mayor libertad del incapaz, su “derecho al sexo”, su incapacidad para ejercer la maternidad o la paternidad de forma responsable, los derechos futuribles de sus descendientes, o la prevención de la transmisión de su enfermedad a su descendencia, no podían fundamentar por si solos la decisión de la esterilización de una persona disminuida psíquica<sup>61</sup>, habría de concluirse, en mi opinión, que la decisión a adoptar por el Juez no sería en realidad la respuesta a un conflicto de intereses entendido como una especie de estado de necesidad en el que el “derecho a procrear” del deficiente psíquico pudiera ceder en ciertos casos ante otro u otros intereses de igual o mayor valor<sup>62</sup>.

Esto llevaría a plantear si resultaba más acertada la opinión de aquellos que sostenían que al juez lo que le correspondía era más bien limitarse a constatar que el sujeto en cuestión, previamente declarado judicialmente incapaz y afectado por una grave deficiencia psíquica, carecía en el caso concreto de la capacidad necesaria para adoptar una decisión libre sobre la maternidad o paternidad así como sobre la esterilización en sí misma considerada, tras lo cual y cumplido el resto de los requisitos legales, lo que procedería sería que autorizara la esterilización, entendiendo desde esta perspectiva la previsión del último párrafo del artículo 428 del anterior Código penal como una especie de legitimación por el procedimiento. Posibilidad

<sup>60</sup> Críticamente en el sentido expuesto en texto pueden verse, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, *RJCat* 1995, p. 687; y MUÑOZ CONDE, *Law and the Human Genome Review*, 1995, p. 6.

<sup>61</sup> Como lo reconoce, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 194.

<sup>62</sup> En contra, por lo tanto del criterio mantenido por nuestro Tribunal Constitucional que en la sentencia 215/1994, de 14 de julio, basa mayoritariamente la admisibilidad de la esterilización de los deficientes psíquicos en una comparación entre el mal que constituye la esterilización del deficiente psíquico y los otros posibles males que con la esterilización pueden evitarse. Entiende también que estamos ante una previsión expresa de un estado de necesidad, MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 198; y coincidiendo con él, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad*, 2003, p. 289.

ésta que nos lleva a plantear si el artículo 428 ACp ofrecía suficientes garantías como para, cumplidos los requisitos que en él se indican, pudiera admitirse la práctica de una esterilización de una persona sin su consentimiento.

Sobre este interrogante había autores, ciertamente, que consideraban que las garantías que ofrecía este precepto eran ya de por sí suficientes por tres motivos<sup>63</sup>: primero, por entender que la solicitud del representante legal evitaría cualquier política gubernamental sobre esterilización de deficientes mentales<sup>64</sup>; segundo, porque al ser preceptiva la intervención judicial se evitarían posibles abusos de los representantes legales; y tercero, porque el Juez había, al menos, de oír a dos especialistas<sup>65</sup>, al Ministerio Fiscal<sup>66</sup> y explorar al incapaz<sup>67</sup>. Sin embargo no todos los autores consideraron suficientes las garantías ofrecidas por esta previsión legal. Por ejemplo, García Arán advertiría que aunque la iniciativa deba partir de los representantes legales no por ello se iba a evitar con toda seguridad la posibilidad de que el Estado pudiera llevar a cabo una política esterilizadora, ya que tal y como estaba configurado el precepto, no había nada que impidiera que se acordara la autorización en todos aquellos casos en los que se solicitara y hubiera una finalidad eugénica encubierta<sup>68</sup>. Además, se apuntaba críticamente la vinculación del Juez al dictamen de los dos especialistas calificándose de difícil el que el Juez se aparte en la práctica del dictamen que otorguen dos médicos especialistas, siendo él, un profano en la materia. En esta línea de pensamiento precisamente se pronunciaba el magistrado José Gabaldón López en su voto particular en la STC 215/1994, de 14 de julio, cuando apuntaba el peligro de que la intervención judicial quedara reducida a un mero requisito formal, de manera que –y reproduzco sus palabras– “(…). La intervención del Juez, con escasa libertad de decisión en el fondo puesto que se trata de suplir la incapacidad a solicitud del representante legal y según el criterio de los facultativos cuyo alcance y naturaleza la Ley no especifica, va a verse limitada a otorgar la autorización a no ser que existan groseras informalidades”.

En mi opinión, es verdad, como advierte García Arán, que si se autoriza la este-

<sup>63</sup> Es el caso, por ejemplo, de MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, pp. 200 y ss.

<sup>64</sup> Llega a esta misma conclusión, CUCARELLA GALIANA, *Incapacitación*, 2012, p. 231.

<sup>65</sup> Ciertamente el legislador no aclara el carácter que han de tener dichos especialistas, lo que ha generado controversia en la doctrina. Así, por ejemplo, si bien MUÑOZ CONDE entiende por especialista en este ámbito “cualquier persona, generalmente titulado universitario, con conocimientos científicos sobre las deficiencias psíquicas y las razones que pueden aconsejar la esterilización del incapaz. Por tanto, no sólo médicos (ginecólogos, endocrinólogos, psiquiatras, urólogos, etc.), sino también psicólogos, pedagogos o asistentes (...)” (*Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 204), en opinión de AGUADO BORRAJO las garantías serían mayores, sin embargo, si se tratara específicamente de médicos (*La esterilización*, 2005, p. 141), y, por ejemplo, CUCARELLA GALIANA sostiene que en a medida en que la persona sobre cuya esterilización se está decidiendo padece una grave deficiencia psíquica, uno al menos ha de ser un médico psiquiatra (*Incapacitación*, 2012, pp. 361-362).

<sup>66</sup> Para verificar no sólo la efectiva concurrencia de los requisitos formales y materiales, sino en representación de los intereses del incapaz sobre cuya esterilización se decide (cfr. STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 3). Su intervención es la que, como apuntaba hace años MUÑOZ CONDE, le otorga al procedimiento la categoría de verdadero juicio contradictorio (*Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, p. 205). Ampliamente sobre el papel del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre esterilizaciones de personas incapacitadas, cfr. CUCARELLA GALIANA, *Incapacitación*, 2012, pp. 351 y ss.

<sup>67</sup> Previsión ésta por la que no ha de entenderse que el Juez compruebe personalmente los datos técnicos que le han facilitado los especialistas, pero con la que se pretende que pueda sacar sus propias conclusiones sobre la grave deficiencia psíquica de dicha persona y su incapacidad para comprender el sentido de la procreación y de la práctica esterilizadora (para más detalles, MUÑOZ CONDE, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, pp. 205-206).

<sup>68</sup> GARCÍA ARÁN, *RJCat* 1995, p. 696.

rilización de deficientes mentales siempre puede quedar la sospecha de que el Estado podría estar fomentando con ello, de forma encubierta, prácticas eugenésicas, pero, como clarificaba en los años noventa Muñoz Conde, no parece demasiado probable que con esta previsión se generalice una esterilización masiva de deficientes psíquicos<sup>69</sup>, lo que sí es cierto es que tal posibilidad no queda total y absolutamente impedida. Igualmente hay que reconocer que tienen razón todos aquellos que cuestionen el que el Juez difícilmente decidirá algo distinto a lo que le recomienden los dos especialistas que examinen el incapaz, y que salvo que él aprecie algo realmente contradictorio en su exploración del incapaz, coincidirá en la autorización de la esterilización que los primeros propongan. Pero considero que en eso consiste precisamente la función de garantía que el Juez desempeña en este ámbito: en constatar que la información que se le facilita no choca con lo que él mismo pueda comprobar y no entiendo deba verse como un aspecto criticable<sup>70</sup>. Creo que el verdadero problema de esta previsión no radicaba ni en la previsión en sí –ya que entiendo que la admisibilidad de la esterilización de ciertas personas, aun sin su consentimiento, puede ser en ocasiones, proporcional y adecuada e, incluso, necesaria-, ni en que el Juez deba atender a la hora de adoptar su decisión, a la opinión de dos especialistas a los que ha de “oír” –lo que en realidad le va a permitir adoptar la decisión con un mayor fundamento-, sino en otro tipo de carencias.

Desde mi punto de vista, a la redacción que se le otorgó al último párrafo que se le incorpora al antiguo artículo 428 del anterior Código penal, en virtud de la LO 3/1989, de 21 de junio, podían achacársele diversos fallos: no aclara en qué consiste la grave deficiencia psíquica, ni se pide que la misma le impida comprender al sujeto el significado de la procreación y de la esterilización –aunque esta exigencia pueda entenderse de obligado cumplimiento una vez que el Tribunal Constitucional se había pronunciado al respecto<sup>71</sup>, ni que tenga carácter irreversible, ni que tal medida responda a un riesgo objetivo de embarazo (propio o de tercera), ni que se acredite que en el caso concreto no era posible otra medida menos agresiva, pero sobre todo, lo que me parece más rechazable es que no estableciera criterio alguno que le sirviera al Juez como punto de referencia, a la hora de decidir autorizar o no la esterilización<sup>72</sup>. Por lo que, en mi opinión, la redacción que tenía tras la reforma de 1989 la cláusula en virtud de la cual se admitía las esterilizaciones de personas incapaces afectadas de una grave deficiencia mental, carecía de la seguridad jurídi-

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Revista de Derecho y Genoma Humano, 1995, p. 192.

<sup>70</sup> También rechazaba esta crítica el Fiscal General del Estado en su escrito de 16 de julio de 1992 sobre la cuestión de constitucionalidad 1415/1992 (postura reflejada en la STSC 215/1994, de 14 de julio). Crítica con la que coincide, por ejemplo, CUCARELLA GALIANA, quien destacando que el Juez es un *peritus peritorum*, sostiene que su vinculación al resultado probatorio es “lógica, no irremediable” (Incapacitación, 2012, p. 93, nota 64).

<sup>71</sup> Tal y como lo recoge expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de marzo de 1999 (FJ 2).

<sup>72</sup> Como también advertía hace años JUANES PECES exponiendo, comparativamente, cómo el sistema angloamericano señala como criterio rector a la hora de autorizar la esterilización de un incapaz, la obtención de su máximo bienestar, y, en términos similares, el alemán, que recoge expresamente una serie de indicaciones fuera de las que no se puede autorizar tales prácticas (La Ley 1991, p. 1169).

ca que hubiera sido deseable teniendo en cuenta no sólo el bien jurídico afectado con tales prácticas, sino y muy especialmente, porque los sujetos pasivos de las mismas son personas que gozan, debido precisamente a su deficiencia mental, de una protección reforzada tanto a nivel nacional (cfr. art. 49 CE) como a nivel internacional (cfr. la Declaración de los Derechos del retrasado mental, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2856 -XXVI-, de 20 de diciembre, de 1971<sup>73</sup>, o las Recomendaciones del Consejo de Europa 818, relativa a la situación de los Enfermos Mentales, de 1977; la 1185, relativa a las Políticas de Rehabilitación para las Personas Discapacitadas, de 1992; y la nº R(92)6, sobre una Política coherente en materia de integración de las personas con minusvalía, de 1992 ), dejando como advertía García Arán, un excesivo margen al arbitrio judicial<sup>74</sup>. De manera que si bien es posible que cumpliéndose los requisitos expuestos, la decisión de esterilizar a una persona incapacitada afectada por una grave deficiencia psíquica pudiera ser adoptada de forma proporcionada, estos, tal y como estaban configurados, no impedían en modo alguno que tales prácticas pudieran ser acordadas de modo desproporcionado<sup>75</sup>.

El que la redacción del artículo 428 ACp en este aspecto necesitaba mejoras fue reconocido por nuestro propio legislador, que al aprobar el vigente Código penal por LO 10/1995, de 23 de noviembre, procedió a modificarlo. A la redacción vigente dedico el siguiente epígrafe.

#### **V. Análisis de la admisibilidad de la esterilización de las personas incapacitadas que adolezcan de una grave deficiencia psíquica en el vigente párrafo segundo del artículo 156 CP**

En nuestro vigente Código penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, los delitos de lesiones pasan a ubicarse en el Título III, del Libro II, bajo la rúbrica “De las lesiones”, en los artículos 147 al 156. Y es precisamente este último artículo, como ya he apuntado *supra*, el que, con algunos pequeños, pero importantes cambios, recoge la admisibilidad de la esterilización de los disminuidos psíquicos.

El último párrafo de nuestro vigente artículo 156 Cp dispone concretamente a estos efectos, lo siguiente:

“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del

<sup>73</sup> Declaración que concluye con estas palabras “La persona mentalmente retrasada tiene, por encima de todos los demás, el derecho de ser respetada”.

<sup>74</sup> GARCÍA ARÁN, RJCat 1995, p. 697.

<sup>75</sup> Conclusión en la que coincido con GARCÍA ARÁN, RJCat 1995, pp. 698-699.



representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Nuevamente, y al igual que en la regulación anterior, esta previsión constituye la excepción a la excepción de la regla general, ya que al igual que años atrás, el legislador de 1995 sigue sin estar dispuesto a reconocer la plena disponibilidad de la integridad física por su titular, otorgándole en el artículo 155 Cp al consentimiento -en los delitos de lesiones-, válida, libre, espontánea y expresamente emitido por el ofendido, tan sólo, una relevancia atenuatoria de la pena. Para a continuación admitir, en el artículo 156 Cp, de modo excepcional, la relevancia del consentimiento libre, consciente y expresamente emitido en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, con la salvedad, entre otros factores, de que el otorgante sea *incapaz*, en cuyo caso, sigue negando la relevancia del consentimiento prestados por estos o por sus representantes legales. La posibilidad de esterilizar a una persona disminuida psíquica vuelve a pasar, por tanto, por el cumplimiento de una serie de requisitos o trámites. Y en mi opinión, es el cumplimiento de estos trámites lo que permite que estas esterilizaciones a pesar de llevarse a cabo sin el consentimiento de las personas por ellas afectados, salgan del ámbito de lo penalmente relevante, por lo que este segundo apartado del artículo 156 no recoge como ya apunté *supra*, una previsión expresa de un estado de necesidad por el que se resuelve un conflicto de intereses, sino más bien, una justificación por el procedimiento.

En el último párrafo del vigente artículo 156 Cp se repite, aunque con algunos cambios como decía, el mismo esquema que ya vimos en el artículo 428 del anterior Código penal: la solicitud del procedimiento esterilizador<sup>76</sup> parte del representante legal y la decisión al respecto le corresponde al Juez tras haber oído a dos especialistas, al Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz. Pero, como también apuntaba, se introducían importantes novedades, que paso a enumerar a continuación:

En primer lugar, y aunque hay que efectuar una pequeña reflexión al respecto, el legislador otorga respuesta a una cuestión que también había resultado controvertida: el decidir si era requisito imprescindible que la persona sobre cuya esterilización se decide, afectada por una grave deficiencia mental, hubiera sido incapacitada judicialmente<sup>77</sup>. En principio es cierto que el legislador, en el último párrafo del artículo 156 del Código penal con su nueva y vigente redacción, emplea dos términos diferentes para referirse al sujeto pasivo de estas prácticas esterilizadoras: “persona incapacitada” e “incapaz”. Y ambos términos no tienen el mismo significado.

<sup>76</sup> Sobre la tramitación del procedimiento de incapacitación puede verse CUCARELLA GALIANA, RGDPR 2010, y mucho más ampliamente, EL MISMO, Incapacitación, pp. 331 y ss. (este autor critica especialmente el que los aspectos procedimentales en esta materia deberían haberse abordado de una manera más amplia y sistemática en una ley especial, -ob. cit., p. 47-).

<sup>77</sup> Como lo resalta, por ejemplo, CUCARELLA GALIANA, Incapacitación, 2012, p. 181.

En efecto, mientras que la expresión “persona incapacitada” alude a la necesidad de que la persona en cuestión haya sido declarada judicialmente incapaz a efectos civiles; el propio Código penal procede a aclarar, en su artículo 25, qué es lo que ha de entenderse por “incapaz”, otorgando, como puede comprobarse a continuación, una definición contradictoria con la anterior:

“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

Pues bien, coincido con todos aquellos autores que han puesto de manifiesto que esta definición no es válida para referirse a las personas que pueden ser esterilizadas siguiendo el procedimiento que se detalla en el art. 156 Cp<sup>78</sup>. Hay que tener en cuenta que la persona sobre cuya esterilización se decide ha de estar, por exigencia de nuestro Tribunal Constitucional, concretamente privada de la capacidad para poder comprender y pronunciarse sobre su capacidad reproductora, por lo que no puede estar afectada por cualquier tipo de enfermedad, desde luego, no por una mera enfermedad física; y en segundo término, el que no pueda gobernar su persona o sus bienes no es identificable con que carezca de un mínimo de capacidad para decidir sobre su capacidad reproductiva. Luego, habrá que entender que el término “incapaz” que el legislador emplea en el artículo 156 no ha de ser dotado de contenido con arreglo al artículo 25 Cp, sino entendido como sinónimo del término “persona incapacitada”. Por lo que la persona afectada por la grave deficiencia psíquica tiene haber sido judicialmente incapacitada para poder ser esterilizada, como ya se aclaró, además, tras la STC 215/1994, de 14 de julio. Ahora bien, la solicitud de esterilización puede plantearse no sólo separadamente, a *posteriori*, tras haberse dictado la sentencia correspondiente de incapacitación a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino que también puede desarrollarse, por expresa previsión legal, de manera simultánea al procedimiento de incapacitación<sup>79</sup>.

En segundo término, estas esterilizaciones sólo pueden ser autorizadas judicialmente, en *beneficio del incapaz*. Con esta previsión el legislador de 1995 da respuesta a la inquietud mostrada por diversos autores sobre la posibilidad de que este tipo de prácticas sean utilizadas con finalidades eugenésicas o simplemente por motivaciones egoístas o interesadas de los propios representantes legales de los afectados, y se muestra consecuente con la resolución de 14 de julio de 1994 de nuestro Tribunal Constitucional, en virtud de la cual se resolvió la constitucionalidad de estas prácticas *siempre y cuando* fuera este interés el que se acreditara estuviera en ellas presente. Ahora bien, habría que plantearse qué ha de entenderse por la expresión “mayor interés del incapaz”.

<sup>78</sup> Como, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 11 ed., 1996, pp. 103-104 (quien sigue manteniendo la misma opinión, cfr. Parte Especial, 19ª ed., 2013, p. 115).

<sup>79</sup> Tal y como lo pone de manifiesto, por ejemplo, CUCARELLA GALIAGA, Incapacitación, 2012, p. 60, p. 205, pp. 245-246 y pp. 335 y ss. (si bien este autor aclara que esta última posibilidad no suele tener acogida en nuestros tribunales, ob. cit., p. 246).

A estos efectos, hay sentencias dictadas por Audiencias provinciales en las que podemos encontrarnos con que se vincula el mayor interés del incapaz al ejercicio de la sexualidad, en la medida en que se entiende, eso sí, que ello redundará, en definitiva, en el libre desarrollo de su personalidad<sup>80</sup>. En mi opinión, son más acertados sin embargo, los argumentos empleados por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 215/1994, de 14 de julio, cuando sostiene que la esterilización responderá al mayor interés del incapaz cuando contribuya a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola “en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia que padece” (FJ 4º); o a que “puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente” (FJ 6º). Los argumentos del Tribunal Constitucional me parecen más acertados en la medida en que no vinculan necesariamente el mayor interés del incapaz con el ejercicio de la sexualidad, sino a una mejora en sentido amplio de sus condiciones de vida, de su bienestar, lo que puede tener lugar ciertamente por el hecho de poder mantener relaciones sexuales sin riesgos de embarazos, pero no única y exclusivamente.

La consagración expresa de este principio supone, en todo caso, el rechazo palpable a cualquier fundamentación de índole eugenésica, seleccionadora de la especie, o de carácter sencillamente socioeconómico, por lo que ha de valorarse muy positivamente<sup>81</sup>. Pero es más, el que la práctica esterilizadora para ser admisible penalmente, haya de realizarse, *única y exclusivamente*, en atención al mayor interés del incapaz, me hace plantearme si en estos casos la práctica esterilizadora configuraría en realidad el tipo objetivo de lesiones. Porque, si partimos, como sugería García Arán hace años, de un concepto amplio de salud que incluya el bienestar físico y mental de una persona, la persona incapacitada que sea esterilizada sin contar con su consentimiento pero a través de un procedimiento con el que se busque y asegure su mayor interés, no podríamos sostener que la merma de su integridad corporal –que indudablemente se produce–, sea, en realidad, constitutiva de un delito de lesión, en cuanto no puede repercutir negativamente en su salud entendida en ese sentido amplio<sup>82</sup>. Por lo que, desde mi punto de vista, este párrafo del artículo 156 recoge en todo caso, una causa de exclusión de la tipicidad, ya que

<sup>80</sup> Cfr. a título de ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 1998 y de 24 de julio de 1998. Sentencias ambas por las que se estiman sendos recursos de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas en instancia por las que se desestimaba la solicitud de autorización de esterilización de, en ambos casos, chicas con deficiencias mentales, al entender que la esterilización que en principio había sido denegada, redundaría en beneficio de la propia incapaz. En las dos sentencias de las Audiencias citadas se termina concluyendo que la esterilización es un tratamiento médico beneficioso, en cuanto que al permitirle a estas personas el ejercicio de su sexualidad sin temores, redundará en definitiva, como he destacado en texto, en el libre desarrollo de su personalidad.

<sup>81</sup> Como lo hacen, entre otros muchos, por ejemplo, SEOANE RODRÍGUEZ, Aspectos éticos, 1998, p. 508; y MARTÍNEZ RUIZ, La problemática, 2005, pp. 417-418.

<sup>82</sup> Coincido así con la afirmación que realizaba ARROYO ZAPATERO en los años ochenta: “La esterilización comporta, si resulta indicada, una mejora de la salud de la incapaz (...)” (Los menores de edad, 1988, pp. 22-23).

cumplidos todos y cada uno de los requisitos que en él se indican con lo que nos encontramos es con una práctica esterilizadora que, aunque disminuya la integridad corporal de una persona, en la medida en que ha de redundar en un beneficio para su bienestar y, por tanto y en definitiva, en su salud, no podrá ser entendida como constitutiva del delito de lesiones.

Pero, clarificados estos extremos, el legislador de 1995 deja otras cuestiones por resolver.

En efecto, la regulación vigente sigue sin aclarar qué ha de entenderse por “grave deficiencia psíquica”, y sigue sin exigir que ésta le impida concretamente comprender la trascendencia de los actos relacionados con la capacidad procreadora. Escollos ambos que, aunque puedan ser salvados por vía interpretativa en la práctica, hubiera sido preferible hubieran recibido un pronunciamiento expreso por parte del legislador.

Por lo que a modo de conclusión considero que con independencia de que hay que valorar positivamente el que nuestro legislador mantenga la admisibilidad de la esterilización de los disminuidos psíquicos hay que apuntar al mismo tiempo el que no le ha otorgado una regulación plenamente satisfactoria<sup>83</sup>, y que quedan extremos que deberían haber sido resueltos expresamente, lo que habría dotado a esta previsión de una mayor seguridad jurídica y garantía del respeto a un bien de tanta relevancia como es la integridad física. Muy especialmente porque siendo de la opinión de que la integridad física es un bien disponible por su titular (en lo que coincido con la mayoría de los autores en contra del criterio sostenido por nuestro legislador) y entendiendo que disponer de este bien jurídico no implica sólo autolesionarse, sino también ceder a un tercero la ejecución material del acto lesivo, es más que discutible la legitimidad de terceros -ajenos al propio titular del bien jurídico- para decidir sobre la afectación del mismo, por lo que debería haberse procurado que este procedimiento a través del cual se traslada a un tercero la decisión sobre la esterilización de una persona sin su consentimiento, estuviera revestido de las máximas garantías para evitar todo tipo de abusos y arbitrariedades. Críticas algunas de ellas de las que parece haberse hecho eco nuevamente nuestro legislador, ya que en el Proyecto de reforma del Código penal, en fase de enmiendas en estos momentos, uno de los preceptos objeto de modificación es precisamente el artículo 156 Cp a los efectos que estamos tratando: la esterilización de los disminuidos psíquicos. Y a la regulación proyectada en esta materia paso a dedicar el epígrafe siguiente.

<sup>83</sup> Como se pone de manifiesto también desde otros ámbitos del saber. Cfr. al respecto, por ejemplo, ROMANACH CABRERO, La esterilización, 2007, p. 3. Considera, sin embargo, que la dirección asumida en este ámbito no es en absoluto criticable, MARTÍNEZ RUIZ, La problemática, 2005, p. 419.

## VI. Propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 156 del Código penal

Como ya comenzaba exponiendo al comienzo de este trabajo, el artículo 156 de nuestro Código penal es objeto de una importante reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, recibiendo su segundo y último párrafo, la siguiente redacción:

“No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Como podemos comprobar los cambios son evidentes con un simple vistazo. Hay cambios poco importantes: por ejemplo, se sustituye la referencia al Juez como sujeto que tomará la decisión, por la de órgano judicial y otros, de suma trascendencia, cambios estos a los que paso a referirme a continuación.

En primer lugar, por fin se hace recaer el acento, como venían reivindicando diversos autores desde hace años, en la imposibilidad de las personas -sobre cuya esterilización se decide- para poder consentir tal práctica. Por ello se prescinde del término “incapaz” (usado desde la reforma de 1989 del anterior Código penal hasta la aprobación del vigente Código penal), así como de la expresión “persona incapacitada” (usada en la redacción del vigente art. 156 Cp)-. Tampoco se exige que la persona sobre cuya esterilización se decide, esté afectada por una grave deficiencia psíquica. Es decir, por fin se reconoce que lo importante a estos efectos es que la persona, aunque esté incapacitada judicialmente o aquejada de una enfermedad psíquica, pueda o no prestar de forma válida el consentimiento para ser esterilizada. De manera que una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental que *pueda* comprender mínimamente el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras y no quiera ser esterilizada, no podrá ser esterilizada conforme al procedimiento que se arbitra en el párrafo segundo del artículo 156 Cp con la nueva redacción proyectada: su consentimiento no podrá ser suplido ni tal práctica autorizada en modo alguno. Es más, si una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental puede comprender, aunque sea mínimamente, el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras y quisiera ser esterilizada, dicha persona podrá consentir válidamente tal práctica y su esterilización quedará fuera del ámbito de lo penalmente relevante pero no por aplicación del párrafo segundo del artículo 156 del Código penal con arreglo a su nueva redacción, sino con arreglo al primer apartado de este mismo artículo, párrafo del que también desaparece el término “incapaz” y del que sólo se excluyen como posibles otorgantes de un consentimiento válido a los menores de edad y a los que “carezcan

absolutamente de aptitud para prestarlo”<sup>84</sup>. Lo que sí es cierto, y en eso tienen razón tanto el Consejo General del Poder Judicial<sup>85</sup>, como la Fiscalía General del Estado<sup>86</sup>, es que determinar cuándo una persona tiene en el caso concreto “aptitud para consentir” puede ser difícil en la práctica, pero no coincide en que, por ello, sea preferible la redacción vigente del artículo 156 de nuestro Código penal, ya que entiendo que, por problemático que pueda plantearse la determinación de ese extremo, es esa y no otra, la premisa clave para poder legitimar el que una persona sea esterilizada prescindiendo de su voluntad en tal sentido.

En segundo lugar, la imposibilidad de la persona, sobre cuya esterilización se decide, para consentir su propia esterilización debe ser *permanente*, lo que impedirá que puedan ser esterilizados a través del procedimiento que se arbitra en este artículo 156 Cp –conforme a su redacción proyectada– personas que carezcan de la capacidad para decidir sobre su capacidad reproductiva únicamente de forma transitoria. Exigencia ésta que ha de reputarse muy acertada.

En tercer lugar, la posibilidad de acudir a la esterilización de las personas a las que este apartado se refiere se contempla como una posibilidad *excepcional*, y a la que sólo se podrá acudir caso de que haya un *grave conflicto* entre dos bienes jurídicos; conflicto que en todo caso habrá de resolverse en atención al *mayor interés del incapaz*.

En mi opinión, con la previsión del carácter “excepcional” de las esterilizaciones de personas sin contar con su consentimiento se trata de alejar la sombra del fantasma de las esterilizaciones en masa de deficientes mentales como una política de Estado. Así, habrá que acreditar no sólo que la persona en cuestión no puede autodeterminarse de forma permanente sobre su capacidad reproductiva, sino también, que se si acude a su esterilización es porque en el caso concreto tal práctica es estrictamente necesaria<sup>87</sup> y no hay otra alternativa mejor. El problema, desde mi punto de vista, reside en el hecho de que el legislador parece vincular o, claramente vincula, la excepcionalidad de la admisibilidad de estas esterilizaciones a la existencia de un grave conflicto entre dos bienes jurídicos, con lo que introduce una gran inseguridad jurídica. En primer lugar, porque habrá que determinar cuándo el conflicto es “grave”, concepto éste absolutamente indeterminado; y en segundo término, y lo que me parece aún más complicado, habrá que determinar cuál o cuáles son esos “bienes jurídicos” con los que la capacidad procreadora de una

<sup>84</sup> Primer párrafo del artículo 156 del Código penal que conforme al artículo centésimo cuarto del Proyecto de reforma pasaría a tener la siguiente redacción: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado 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 sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales”.

<sup>85</sup> CGPJ en su Informe de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

<sup>86</sup> FGE en su Informe de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

<sup>87</sup> Lo que en mi opinión implica que ha de existir un riesgo objetivo de embarazo, lo que presupone, evidentemente, el que la persona ha de ser apta para reproducirse (cfr. en este mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, Incapacitación, 2012, pp. 328 y ss.).

persona puede chocar y ésta puede ceder, incluso, sin contar con su voluntad en tal sentido. Previsión ésta con la que el legislador parece dar la razón a todos aquellos que han venido entendiendo durante todos estos años que la previsión expresa de este apartado del artículo 156 Cp recoge un caso específico de *estado de necesidad*, en el que la capacidad reproductiva del afectado, *cede* ante “otros bienes jurídicos” -posibilidad ésta que como pondré de manifiesto para terminar en el último epígrafe de este trabajo, no me parece de recibo-. Eso sí, caso de acordarse la esterilización, tendrá que ser para salvaguardar el mayor interés del afectado, previsión ésta que se incorporó ya en el Código penal de 1995 en la redacción que recibió originalmente este artículo 156 Cp, y que evidencia cuál es el único criterio rector que debe estar presente en este tipo de intervenciones. En efecto, la pérdida de la capacidad *generandi*, hecho constitutivo de un delito de lesiones muy graves del artículo 149 del Código penal, sólo puede salir del ámbito de lo penalmente relevante cuando se lleva a cabo con el consentimiento del afectado (en cuyo caso no podrá entenderse que se dé el tipo objetivo del delito de lesiones) o, si él no pudiera consentir, en su mayor y único interés, es decir, en una mejora de sus condiciones de vida y bienestar (en cuyo caso considero tampoco podrá sostenerse, como ya he puesto de manifiesto, que se dé, en realidad, el tipo objetivo del delito de lesiones).

Por último, el legislador saca del texto del artículo 156 Cp –conforme a su nueva redacción proyectada- los trámites a seguir para que el órgano judicial pueda decidir este tipo de esterilizaciones, y en principio remite a las leyes procesales civiles la regulación de los supuestos de esterilización de personas con discapacidad, según indica la Fiscalía General del Estado, en atención a las recomendaciones del Comité de Seguimiento de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Pero si bien saca del artículo 156 del Código penal la determinación del ámbito procesal de la autorización judicial (lo que ha de valorarse positivamente<sup>88</sup>), pasa a recogerlo en la Disposición Adicional Segunda Proyectada, lo que no tiene demasiado sentido, ya que no se establece como una modificación de la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo esta norma, como ha puesto de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial, la que debería regular el procedimiento a estos efectos<sup>89</sup>.

En concreto esta Disposición Adicional Segunda pasaría a disponer lo siguiente:

“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código penal deberá ser autorizada por un Juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve; oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal; y previo

<sup>88</sup> Ya que, tal y como lo pone de manifiesto el CGPJ en su Informe de 22 de enero de 2013, “en el Código penal sólo deberían contenerse normas sustantivas, dejando las procesales para las leyes de esta naturaleza”.

<sup>89</sup> CGPJ en su Informe de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

examen por el Juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

Como podemos comprobar, en dicha Disposición Adicional se regula el procedimiento de concesión de la autorización judicial para la esterilización de personas que no tengan aptitud para prestar su consentimiento, que será el procedimiento de modificación de la capacidad o un procedimiento posterior de naturaleza contradictoria, a instancias -exactamente igual que se prevé en la redacción vigente del artículo 156 Cp- del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve –que sigue manteniendo, por tanto, la facultad para promoverla-, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal y tras que el Juez haya examinado personalmente a la persona afectada. Por lo que, en realidad, en este aspecto nos encontramos más que ante un cambio de contenido, ante un cambio de ubicación sistemática, cuando lo deseable hubiera sido que toda la tramitación del procedimiento de esterilización al que se refiere este apartado del art. 156 Cp saliera definitivamente del Código penal –como en principio parece que ocurre según el tenor literal de este artículo- y se regulara en el ámbito de la legislación civil, ya sea la vigente o en alguna disposición que se aprobara al efecto (como de hecho parece ser prometió desde el mismo Ministerio de Justicia).

Para terminar y a modo de conclusión, quiero poner de manifiesto cuál es la opinión que me merece la nueva redacción que obtiene el segundo párrafo del artículo 156 del Código penal en el texto proyectado.

## **VII. Valoración personal de la propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 156 del Código penal**

Desde mi punto de vista, el legislador con los cambios proyectados si bien da respuesta de forma adecuada a alguna de las deficiencias que presenta la regulación vigente, introduce también cuestiones controvertidas.

Por un lado, ha de valorarse positivamente el que no supedite el acuerdo que adopte el órgano judicial a la enfermedad mental del sujeto en cuestión, con lo que se elimina el inconveniente de determinar cuándo ésta es grave –como sucede en la regulación vigente-, así como el que tampoco lo vincule a que la persona haya sido o no declarada incapaz<sup>90</sup> –con lo que, en mi opinión, se eliminan las dudas sobre la posibilidad de que una persona no sólo incapaz de hecho, sino, incluso, incapacitada judicialmente, pueda, en ciertos casos, consentir válidamente su esterilización siempre y cuando tenga aptitud para autodeterminarse en tal sentido-. Sólo podrá admitirse la esterilización de una persona sin su consentimiento cuando ésta carezca, además de manera definitiva, de la aptitud necesaria para consentir este tipo de intervención.

<sup>90</sup> Y ello con independencia de que después el que haya sido incapacitada sea un requisito en el procedimiento de decisión para su esterilización.



Igualmente hay que valorar positivamente el que el criterio rector a la hora de que el órgano judicial opte por permitir estas esterilizaciones siga siendo el mayor interés del incapaz, con lo que se intentan descartar esterilizaciones por motivaciones eugenésicas o razones socio-económicas.

También me parece ha de valorarse positivamente el que se plantee la esterilización en estos casos como algo excepcional, con lo que entiendo el legislador deja la práctica esterilizadora como último recurso, para casos en los que no ha sido posible acudir a otra técnica menos invasiva o de efectos de tanta trascendencia para la capacidad *generandi* como la esterilización –dado su carácter irreversible–.

Todas estas exigencias: que la persona sobre cuya esterilización se decide *no tenga aptitud para consentir* y decidir sobre su esterilización, el que tal falta de aptitud sea *permanente* en el tiempo, el que su esterilización, caso de ser acordada, lo sea de forma *excepcional* y en su *mayor interés*, rodean de mayores garantías estas esterilizaciones, convirtiéndolas en unas prácticas de una admisibilidad creo más fácilmente defendible.

Sin embargo, considero que a la nueva redacción proyectada hay que hacerle una crítica muy importante, y es que el grado de inseguridad que por una parte elimina el legislador con las modificaciones que acabo de indicar, vuelve a introducirlo, por otra, desde el momento en que supedita el que se acuerde la esterilización de una persona que no puede consentir a estos efectos, a que la esterilización sea necesaria por haber, como ya he apuntado *supra*, “un grave conflicto de bienes jurídicos”, lo que nos traslada nuevamente a la problemática de dilucidar cuál es ese otro bien jurídico con el que la capacidad reproductiva de la persona cuya esterilización está en juego, entraría en colisión: ¿política demográfica del Estado, derecho al sexo<sup>91</sup>, imposibilidad de ejercer una paternidad/maternidad responsable, inconvenientes de una posible descendencia, posibilidad de que los descendientes hereden la deficiencia del afectado? Lo que no tiene ningún sentido, ya que a ese debate no se le encontró una respuesta adecuada en el pasado y no se le va a encontrar en el futuro, por una sencilla razón: ninguno de estos pretendidos intereses son bienes jurídicos que puedan legitimar, individualmente considerados, una esterilización llevada a cabo sin el consentimiento del afectado: bien porque directamente no son bienes jurídicos a proteger por el Derecho penal; bien porque incluso, aunque lo fueran –lo que en algunos casos es, como digo, más que discutible–, no pueden ser defendidos

<sup>91</sup> Recientemente, el “derecho al sexo” ha sido rechazado como argumento para admitir las esterilizaciones de los deficientes psíquicos desde la bioética, por entenderse, por ejemplo, que con tal práctica lo que se hace es, en vez de ayudar al incapacitado a integrarse en la vida social, abandonarlo a su propia soledad e, incluso, estimularlo a vivir de modo inhumano su propia corporalidad, cuando no a ser objeto de abuso “sin consecuencias molestas” (cfr. PEDRAJAS ORTIZ, Revista Bioética y Ciencias de la Salud, 2003, p. 4). En esta misma línea se manifestó en el año 2012 la comisionada de género del CERMI, Ana Peláez, quien incidió que la principal consecuencia de esta medida que adoptan los tutores legales de la mujer con discapacidad tras dictarse una orden judicial, es que “la exposición al abuso sexual” de estas mujeres es “mucho mayor”, dado que el abusador sabe que no habrá consecuencias visibles de sus actos al no existir posibilidad de embarazo (cfr. <http://www.europapress.es/epsocial/discapacidad-00330/noticia-justicia-descarta-prohibir-esterilizacion-orzosa-personas-discapacidad-plantea-mas-regulacion-2012070>, fecha de consulta 31 de marzo de 2014). En términos similares, cfr. también, ESBRI MONTOLIÚ, Esterilización ([www.ajs.es/descarga/attach/341](http://www.ajs.es/descarga/attach/341) fecha de consulta, 1 de abril de 2014).

a costa de sacrificar la capacidad procreadora de una persona sin contar con su consentimiento si con ello no se salvaguarda el mayor interés de dicha persona, con lo que no se daría la relación de adecuación entre el mal causado y el mal evitado que exige la apreciación del estado de necesidad como causa de justificación.

Creo que en este ámbito se viene produciendo desde hace años una confusión. Estos intereses mencionados (el que las personas incapacitadas afectadas por una grave deficiencia psíquica tengan la opción de ejercer su sexualidad sin riesgos ni para ellos ni para los que se encargan de su cuidado -a los que ciertamente no se les puede exigir que vean aún más agravada su situación-, el que tal vez no puedan ejercer una paternidad/maternidad responsable, el que ni a estas personas se les puede someter a un férreo control, ni imponérselo a sus cuidadores) y todos aquellos otros que me haya dejado por el camino, ya han jugado su papel. En efecto, estos “intereses” han sido y siguen siendo los argumentos que han llevado al legislador a contemplar la necesidad real de *arbitrar una salida* –irrenunciable en mi opinión<sup>92</sup>- a la posibilidad excepcionalísima de que una persona sea esterilizada sin su consentimiento, pero *no son los intereses con los que la capacidad procreadora choca y ante los que ha de ceder*. La esterilización de una persona sin su consentimiento *sólo puede ser admitida si con ello se le está generando un beneficio a esa misma persona*<sup>93</sup>, si tal práctica va a redundar en última instancia en su bienestar y, por tanto y en definitiva, en su salud física y/o mental (al igual que ocurre cuando se admiten las esterilizaciones válidamente consentidas por las personas que sí tienen aptitud para ello); y teniendo este extremo claro, lo que el legislador ha de plantear es un procedimiento que ofrezca las suficientes garantías como para que ello se cumpla.

Por lo que considero que con la regulación proyectada el legislador da un paso atrás volviendo a plantear como una especie de estado de necesidad lo que como ya traté de poner de manifiesto a lo largo del texto, no es más, porque no puede sencillamente ser concebido de otra manera, que un caso de legitimación por el procedimiento. Lo único que se puede pedir para admitir la esterilización de una persona que no tenga capacidad para consentir porque no puede comprender la trascendencia y el significado de la actividad reproductiva y/o de la pérdida de la misma, es que siendo dicha práctica *necesaria*, se cumplan una serie de requisitos y se lleve a cabo en busca, única y exclusivamente, *de su mayor interés*<sup>94</sup>. Lo contrario supone volver a tratar de justificar el carácter de bienes jurídicos de intereses que no pue-

<sup>92</sup> SEOANE RODRÍGUEZ llega a afirmar que admitir la esterilización en ciertos casos, aun sin el consentimiento de la persona afectada, es una cuestión de “estricta humanidad” (Aspectos éticos, 1998, p. 509).

<sup>93</sup> Como se sostiene, de hecho, en el Convenio de Bioética del Consejo de Europa ratificado por España (BOE, 20 de octubre de 1999. 36825. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997), que en relación al consentimiento dispone lo siguiente: “solo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”.

<sup>94</sup> Y es lo que entiendo se hace en la práctica. Así pueden consultarse, por ejemplo, la sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 1998 y de 24 de julio de 1998.

den tener tal consideración y que, en ningún caso, podrían prevalecer sobre la capacidad reproductiva de la persona afectada por la práctica esterilizadora de la que se trate, si con ello no se garantizara su mayor interés.

Desde mi punto de vista, hubiera sido preferible, por tanto, que el legislador en la reforma proyectada de la admisibilidad de la esterilización de los deficientes psíquicos hubiera prescindido de vincular la necesidad de llevar a cabo tal intervención a ese supuesto conflicto de bienes jurídicos. Por lo que propongo la siguiente relación alternativa al artículo 156 del vigente Código penal en su último apartado:

“No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, *siempre que quede acreditado la necesidad de tal intervención y que la misma redunde en el mayor interés del afectado*, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Y por último, concluir resaltando que hubiera sido deseable el que fuera efectivamente la legislación civil la que se ocupara de desarrollar el procedimiento a seguir por el órgano judicial a la hora de decidir sobre la esterilización de personas que, por carecer de forma permanente de la capacidad mínima imprescindible para poder prestar su consentimiento en esta materia, no pueden autodeterminarse al respecto. Por lo que, en mi opinión, no debería prosperar el contenido que está proyectado recibiría la Disposición Adicional Segunda del Código penal, y lo que debería es promoverse una regulación civil específica para esta materia.

## **BIBLIOGRAFÍA**<sup>95</sup>

- AGUADO BORRAJO, Pilar: *La esterilización médica: valoración ética y médica de la misma*, Zaragoza, Egido, 2005.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/MUÑOZ CUESTA, Javier: *Delito de lesiones*, Pamplona, Aranzadi, 1993.
- ARROYO ZAPATERO, Luis: *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y las esterilizaciones*, en Estudios penales y Criminológicos XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 9-25.
- BENSON, Ralph C.: *Diagnóstico y tratamiento ginecológico y obstétrico, 2ª ed.*, Méjico, Manual Moderno, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: El consentimiento en las lesiones, *CPC 1981*, nº 14, pp. 203 y ss.
- BOIX REIG, Javier/ORTS BERENGUER, Enrique/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- BUENO ARÚS, Francisco: Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal, *RPJ 1985*, pp. 12-22.

<sup>95</sup> En las notas a pie de página no aparece la cita bibliográfica completa, sino solamente parte del título de la obra (si se trata de una monografía o una obra colectiva) o el nombre de la revista (si es un artículo). El dato tomado para la cita aparece ahora en la bibliografía en cursiva, para facilitar su búsqueda.

- CANOSA USERA, Raúl: *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova 2006.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: en: AA.VV., Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- en AA.VV. Derecho penal, *Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: La esterilización de disminuidos psíquicos en la doctrina del Tribunal Constitucional, *AJA* 1994, nº 164, pp. 1-6.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe aprobado por el Pleno del CGPJ, el 16 de enero de 2013, en los términos de la propuesta de la Comisión de Estudios, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código.
- CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: Autorización judicial para la esterilización de los incapacitados, *RGDPR* 2010, 22 de septiembre.
- Incapacitación*, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos, Madrid, La Ley, 2012.
- DÍEZ PICAZO, Luis/ GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 7ª edic., 2001, Tecnos.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La disponibilidad de la salud e integridad corporales*, en: Delitos contra la vida e integridad física, CDJ, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 113-147.
- DOMPER BARDAJÍ, A./MARTÍNEZ LEÓN, M./VEGA GUTIÉRREZ, J.: La esterilización, *La Ley* 1996, tomo 5, pp. 1141-1142.
- ESBRÍ MONTOLIU, Miguel Ángel: *Esterilización de deficientes mentales*, [www.ajs.es/descarga/attach/341](http://www.ajs.es/descarga/attach/341), fecha de consulta, 1 de abril de 2014.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Informe, de 8 de enero de 2013, del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español*, en: AA.VV., Mir Puig/Córdoba Roda/Quintero Olivares (coords.), Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria, tomo I, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 251-266.
- Derecho a la integridad física y esterilización de los disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio), *RJCat* 1995, nº 3, pp. 681-703.
- GÓMEZ RIVERO, Mª del Carmen: *La responsabilidad penal del médico*. Doctrina y jurisprudencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- JUANES PECES, Ángel: La esterilización de los deficientes mentales, aspectos sustantivos y procesales, análisis del artículo 428 del Código penal, *La Ley* 1991, tomo II, pp. 1165-1170.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: *La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces*, en: AA.VV., Benítez Ortúzar/Morillas Cueva/Peris Riera (coords.), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro Homenaje al Profesor Dr.D. Ferrando Mantovani, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 409-419.

MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal, *Parte Especial*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

- La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de Julio de 1994, *Revista Derecho y Genoma Humano* 1995, nº2, enero-junio, pp. 185-207. Hay también version en inglés: Sterilisation of the mentally handicapped: comments on the ruling of Spains Constitutional Court, 14 July 1994, *Law and the Human Genome Review*, 2, 1995, pp. 1-12.

- Derecho penal. *Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

- Una nueva imagen del Derecho penal español. Recesión a Gonzalo Quintero Olivares (dir.), José Manuel Valle Muñiz (coord.), Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona, Aranzadi, 1996, *RDPC* 1998, pp. 361-379.

- *Edmund Mezger* y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª edición, revisada y ampliada. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- Derecho penal. *Parte Especial*, 19.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- en: MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal, *Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PEDRAJAS ORTIZ, Antonio: La esterilización del disminuido psíquico agrede su dignidad, *Revista Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 4, nº 1, 2003, pp. 1-8.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, *ADPCP* 1989, pp. 915-945.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MUÑOZ CONDE, Francisco: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Destino, 1983.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calve, 21ª ed., 1992.

ROMAÑACH CABRERO, Javier: *La esterilización en España, ¿discriminación?*, Comunicación presentada en la XV semana de Ética y Filosofía: Tradición e Innovación en Ética y Filosofía Política, de la Asociación Española de Ética y Filosofía Política, y organizada por el Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política de la UNED, Madrid 27 a 30 de marzo de 2007 ([http://www.diversocracia.org/docs/La\\_esterilizacion\\_en\\_Espana\\_discriminacion.pdf](http://www.diversocracia.org/docs/La_esterilizacion_en_Espana_discriminacion.pdf), fecha de consulta, 1 de abril de 2014).

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: *Alcance* y significación de la constitucionalidad de la esterilización de incapaces (exposición y comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio), *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia 1994, nº 12, 2, pp. 303-404.

-*Aspectos éticos* y jurídicos de la esterilización de personas con síndrome de Down, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña* 1998, 2, pp. 503-509 (<http://hdl.handle.net/2183/1970>).

-La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica, *Siglo cero: revista española sobre discapacidad intelectual*, 2011, vol. 42, nº 237, pp. 21-32.

-¿Qué es una persona con discapacidad?, *Ágora: Papeles de Filosofía* 2011, vol. 30, nº 1, pp. 143-161 (<http://hdl.handle.net/10347/7386>).

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho penal. *Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, Dykinson, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La esterilización* de los disminuidos psíquicos (un informe de derecho comparado), PPU Barcelona, 1988.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María: *Los efectos atenuatorios* del consentimiento en las lesiones, en: AA.VV., Benítez Ortúzar/Morillas Cueva/Peris Riera (coords.), Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro Homenaje al Profesor Dr.D. Ferrando Mantovani, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 365-380.
- VIDAL GIL, Ernesto J.: Límites, notas y garantías de los derechos fundamentales. La sentencia 215/1994 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, XII, pp. 127-148.