

**ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE
LA ESTERILIZACIÓN DE INCAPACES.
(EXPOSICIÓN Y COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 215/1994, DE 14 DE JULIO)**

SUMARIO.— I. Introducción.— II. Exposición de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio. 1. Antecedentes: A) Cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992 (Auto de 30 de junio de 1992 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona). B) Alegaciones del Fiscal General del Estado. C) Alegaciones del Abogado del Estado. 2. Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio: a) Fallo de la STC 215/1994, de 14 de julio. B) Fundamentos jurídicos de la STC 215/1994, de 14 de julio. C) Votos particulares de la STC 215/1994, de 14 de julio: a) Voto concurrente que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra; b) Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López; c) Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón; d) Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal.— III. Comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio. 1. Introducción. 2. Antecedentes: A) Cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992 (Auto de 30 de junio de 1992 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona). B) Alegaciones del Fiscal General del Estado. C) Alegaciones del Abogado del Estado. 3. Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de

julio: A) Fundamentos jurídicos de la STC 215/1994, de 14 de julio. B) Votos particulares de la STC 215/1994, de 14 de julio: a) Voto concurrente que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra; b) Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López; c) Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado don Pedro Cruz Villalón; d) Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal.— IV. Recapitulación y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen se trata de analizar y comentar la sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad 1.415/1992, promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al artículo 428 del mencionado Código, autorizando la esterilización de personas incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica¹.

Con la finalidad de facilitar la interpretación de la sentencia afrontaremos su estudio desde una doble vertiente. La primera irá encaminada a describir y aclarar las diferentes posiciones que convergen en la Sentencia final, esto es, los antecedentes de la misma, constituidos por la fundamentación jurídica del Auto de 30 de mayo de 1992 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona (en el que se acordaba el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad), la intervención del Fiscal General del Estado, las alegaciones del Abogado del Estado, para, en último lugar, hacer lo propio con los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, así como con los cuatro votos particulares formulados a la misma. La segunda perspectiva estará dedicada al comentario crítico de las posturas anteriormente examinadas. Tras el análisis de ambas vertientes, finalizaremos la presente investigación recapitulando la cuestión y ofreciendo unas conclusiones de alcance general.

¹ El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional que manejamos es el aparecido y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 197. Suplemento, del jueves 18 de agosto de 1994.

Con todo, y antes de proceder al examen de cada una de las perspectivas señaladas, creemos conveniente anticipar el texto del precepto objeto de controversia, es decir, la adición de un segundo inciso al segundo párrafo del artículo 428 del Código penal. Para una comprensión global del mismo transcribiremos el precepto completo, subrayando la parte incorporada por la LO 3/1989, de 21 de junio, que es la que motiva la cuestión de inconstitucionalidad².

Artículo 428 del Código penal:

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

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

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

2 En el párrafo tercero del precepto se opera una mínima alteración por obra también de la LO 3/1989, de 21 de junio: en lugar de referirse al artículo 425 del Código penal —como se hacía hasta la entrada en vigor de esta ley— lo hace al artículo 422 del mismo cuerpo punitivo. El motivo no es otro que el cambio de numeración del antiguo artículo 425, cuyo texto íntegro y sin modificación alguna se recoge en el actual artículo 422.

Esta pequeña variación, indispensable para mantener la coherencia del Código penal, resulta irrelevante a nuestros efectos, razón por la cual no la incluimos en el texto. No obstante, es menester hacerla constar.

II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 215/1994, DE 14 DE JULIO

1. ANTECEDENTES

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

Primeramente, antes de abordar la exposición del primero de los antecedentes que analizaremos, la cuestión de inconstitucionalidad nº 1.415/1992, planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, y con la intención de ofrecer un entendimiento integral de todo el procedimiento que conduce a la resolución del Tribunal Constitucional, transcribiremos el punto 2 de los antecedentes de la sentencia, en el que se expone el proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta, pues de este modo se comprenderán con mayor claridad los motivos de su interposición. Dice así: «El proceso del que trae causa la cuestión planteada se origina a resultas de la demanda de juicio declarativo de menor cuantía formulada por los padres de la incapacitada doña M.Z.G., aquejada del síndrome de Down, en la que solicitan la esterilización de la misma mediante la «ligadura de trompas de Falopio». Una vez conclusos los autos para Sentencia, el Juez, mediante providencia de 28 de marzo de 1992, concedió a los solicitantes y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días a fin de que pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre este precepto introducido en el Código Penal por la Ley de 21 de junio de 1989: «... 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». Ello por si la norma legal, que fundamenta la petición de esterilización deducida, pudiera ser contraria al art. 15 de la Constitución, en cuanto reconoce que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a ... tratos inhumanos o degradantes». En la contestación al trámite de audiencia otorgado, tanto la parte

solicitante como el Fiscal se manifestaron contrarios al planteamiento de la cuestión.

Pasando ahora propiamente al estudio del auto en el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad, de su fundamentación jurídica, indicaremos que ésta se expone en cuatro grandes apartados, que pueden ser resumidos del siguiente modo:

A) El primer y fundamental motivo que mueve al órgano judicial barcelonés a plantear la cuestión de inconstitucionalidad es «la contradicción de la norma legal (el artículo 428.II del Código penal) con el contenido del art. 15 CE».

A juicio del auto «no cabe duda alguna de que la integridad física y la integridad moral resultan conculcadas con la esterilización», distinguiendo el supuesto de personas adultas y el de disminuidos físicos y psíquicos, señalando al respecto de estos últimos que «inspira serias dudas al juzgador el que el Estado pueda autorizar a los padres para suplir tan trascendental disminución de la integridad de las personas sometidas a su tutela con sólo una autorización judicial»; «autorización que el Magistrado se ve forzado a otorgar si, ...».

Los preceptos alusivos a la cuestión, que la sentencia enumera y transcribe, son los siguientes: el art. 1 de la Declaración de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales, de 20 de diciembre de 1970; los artículos 10.1, 15 y 49 de la Constitución española; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código civil en materia de tutela.

Por último, ante la solicitud de esterilización, se formulan las siguientes preguntas: «¿se acomoda o no a la protección constitucional de la salud? ¿Contribuye a la previsión, tratamiento y rehabilitación e integración de las personas mentalmente retrasadas?».

B) El segundo apartado de la fundamentación jurídica del auto del Juzgado promovente gira en torno a la alegación, por parte de algunos autores favorables a la práctica de la esterilización, del disfrute del derecho a la sexualidad por parte de los incapaces como argumento para mostrarse favorable a la misma. Frente a este razonamiento se afirma en el auto que «el «derecho a la sexualidad» invocado por estos autores no existe como tal»³.

3 En el apartado D) —conclusivo— reitera esta posición el promovente al afirmar: «No existe un derecho a la sexualidad, ...».

C) El tercer apartado es susceptible de división en dos subapartados:

— El primero recoge otro de los argumentos esgrimidos por los defensores de la esterilización, según el cual mediante el empleo de tal medida «la incapaz quedará a salvo del riesgo de un embarazo que nunca puede consentir», ante el que se opone el carácter extraordinario de esa eventualidad —«evitable en la mayoría de los casos si los guardadores de la incapaz adoptan una normal vigilancia»—, el hecho de que la posibilidad de abortar se encuentre legislada actualmente, la catalogación del acceso carnal con una deficiente mental —desencadenante del hipotético aborto— como delito de violación, que es una de las causas que exculpa la práctica del aborto en nuestra legislación, y la existencia de otros riesgos además del embarazo en el ámbito de la sexualidad, singularmente el del Sida.

— En el segundo se hace mención de una serie de aspectos que el promovente considera ligados a la cuestión que se debate: la Ley de prevención de la descendencia con enfermedades hereditarias, de 14 de julio de 1933, «primera Ley en el campo de la sanidad y la medicina promulgada por Hitler»; consideraciones médicas en relación con la no necesidad de la transmisión hereditaria de las deficiencias psíquicas; los avances de la Medicina respecto del tratamiento de las enfermedades psíquicas y dos sentencias del Tribunal Constitucional que examinan el artículo 15 de la CE: las SSTC 53/1985, de 11 de abril y 120/1990, de 27 de junio.

D) En el cuarto y último apartado, conclusivo de la argumentación del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, se recapitula toda la cuestión y se constata la opinión y motivos que mueven al promovente a interponer la cuestión de inconstitucionalidad: «En suma, la esterilización de los incapaces es medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física, constitucionalmente protegida». «La medida es desproporcionada». «Tampoco dicha medida aparece inspirada por algún noble propósito, ni encaminada al beneficio del incapaz». «Otorgar la posibilidad teórica de obtener la esterilización de los incapaces —evidente trato inhumano y degradante para el que el legislador exige siempre el consentimiento consciente de la persona— supliendo esta falta por el consentimiento de los tutores es ... notoriamente inconstitucional».

B) ALEGACIONES DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

A) El Fiscal General del Estado entiende que la esterilización de las personas incapaces no supone un trato vejatorio o degradante (reproche que sí expresaba el Juzgado proponente): «hay que rechazar que estemos en presencia de un trato degradante en sentido propio», apuntando a continuación los argumentos que, a su juicio, conducen a la inidoneidad de tal afirmación, basándose en el hecho de estar permitido un trato semejante a las personas conscientes mediando su consentimiento, y la concreta significación jurídica de los tratos inhumanos o degradantes, trayendo a colación tanto doctrina del Tribunal Constitucional (STC 120/1990, fundamento jurídico 9) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (resoluciones mencionadas en la antedicha sentencia del Tribunal Constitucional).

B) En segundo lugar examina si la esterilización «atenta a la integridad física y moral de la persona afectada» —restringe su estudio al caso de la mujer—. (Dentro de este segundo apartado se referirá exclusivamente a la mujer —en general, sin más adjetivos—, para en el siguiente centrar su atención en el estudio de la situación de la mujer incapaz). Comienza con unas consideraciones generales, indicando que «el derecho a la vida ha de serlo con todas las consecuencias que le son inherentes, esto es, con plenitud, en su pleno desarrollo, con todas las derivaciones de una vida», particularizando, para el caso de la mujer: «... entre ellas, manifiestamente, la maternidad como indeleble atributo de la condición femenina», concluyendo que «en principio, cualquier actuación que elimine o restrinja la capacidad genésica de la mujer hay que reputarla como un ataque a la indemnidad femenina e infractora de lo que dispone el art. 15 C.E.». Prosigue precisando un poco más su argumentación, y señala la tipificación de la esterilización como delito —«grave»— en el Código penal (art. 419), añadiendo la mención del art. 428 CP, en el que se permiten, tras establecer en su primer párrafo el principio de ineficacia del consentimiento en relación a la impunidad de las lesiones, «lo que se puede llamar autoatentados contra la integridad física de una persona que no son ilícitos penales». Por último, respecto de la esterilización, y específicamente la de la mujer, indica que «la justificación de la misma hay que hallarla en la libertad, que constituye sin adjetivación alguna uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Nada impide,

en el actual momento histórico, que una mujer pueda renunciar voluntariamente a su capacidad *generandi*.

C) Al abordar el concreto problema de la esterilización de las mujeres incapaces afirma: «Siendo en todo caso necesario el consentimiento, el problema consiste en si tal consentimiento puede encontrar fórmulas sustitutorias», para situar luego el problema planteado en torno a dos polos, la justificación y la proporcionalidad de la esterilización: «La pregunta no es otra que si la regulación del art. 428 tiene justificación, pues va en contra del principio general de que la esterilización tiene necesariamente que ir precedida del consentimiento válido de persona capaz, y si es proporcional al fin perseguido».

Tras afirmar que los disminuidos mentales gozan de los mismos derechos que cualquier otra persona añade que no es menos cierto que «están sometidos a una serie de limitaciones derivadas de su propia insuficiencia, que si no afecta a sus derechos sí en cambio al ejercicio de los mismos», de tal manera que «su capacidad de obrar en el mundo del Derecho es suplida o complementada por la de su representante legal», con la excepción consignada en el art. 162 del Código civil, que exceptúa de tal representación —en su número 1º— «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Por último, y en relación con el artículo 428 CP, concluye el apartado señalando que «no se trata, pues, de que el consentimiento inexistente por la incapacidad del deficiente mental se sustituya por el de su representante —en contra de lo que parece entender el Auto cuestionante según lo que dice en su parte dispositiva—, sino que entra en funcionamiento un mecanismo que extrema las garantías legales en favor de la indemnidad de su persona».

D) «Lo que hace que deje de ser ilícito penal la privación de la capacidad *generandi* de la mujer incapaz, o, lo que es lo mismo, el ataque a su integridad como persona, ante la ausencia de su aprobación consciente a tal medida, es sin duda las obligaciones que genera la maternidad», maternidad que configura el FGE como «un binomio derecho-obligación». Continúa su argumentación indicando que la ley no puede privar —a la mujer incapaz— de la realización del acto sexual, «pero sí permitir que, observando todo un cúmulo de garantías, pueda impedírsele la maternidad a la que no puede enfrentarse de forma solvente». Afronta en este momento el FGE la resolu-

ción de las dos cuestiones a que se refería en el apartado C): la justificación y la proporcionalidad de la regulación prevista en el artículo 428 del Código penal. Y así afirma que «la justificación de la esterilización de las incapaces graves está en su imposibilidad de dar réplica a las exigencias éticas y jurídicas que se derivan de la condición de madre», y que «la proporcionalidad de la medida se halla en su propia justificación: si no puede ser consciente y responsablemente madre, hay que evitarle la posibilidad de serlo, permitiendo incluso la práctica de una operación quirúrgica que genere su agenesia».

Tras la exposición de las razones que sostienen su posición, critica algunos de los argumentos apuntados por el Juez promovente, como «la atenta vigilancia de los padres», «el hecho de que la esterilización aporte tranquilidad a los padres» y, sobre todo, el empleo del aborto autorizado para resolver el embarazo de una incapaz profunda, ya que «de esta manera se cae en el contrasentido de que, para evitar lo menos —ataque a la integridad— se consiente en lo más —eliminación del *nasciturus*—».

En resumen, el atentado a la indemnidad de una persona incapaz grave «se justifica así por su inhabilidad para encarar conforme a normas de común aceptación las consecuencias de aquella facultad natural de que se ve privada» —la *capacitas generandi*—. «Si la esterilización voluntaria elude la ilicitud penal porque no se puede imponer una maternidad no querida, la de una incapaz grave, que carece de discernimiento, halla la justificación en su imposibilidad de querer conscientemente ser madre y atender a la situación que la misma origina».

E) El quinto y último apartado de la argumentación del Fiscal General del Estado se refiere no ya a la esterilización propiamente dicha, a su constitucionalidad, sino a la función y misión del Juez en relación a la solicitud de la esterilización. Se rechaza «la idea de que el Juez se ve irremisiblemente condicionado por los informes periciales», idea que parece ser la admitida por el auto proponente. A su juicio «el Juez sigue siendo un *peritus peritorum*, que ha de atenerse igualmente al resultado de la preceptiva exploración de la menor. Su vinculación al resultado probatorio es lógica, no irremediable». Estima también que «nada le impide que actúe desde criterios restrictivos a la hora de acordar su decisión, teniendo en consideración el carácter en algún modo excepcional que tiene la esterilización consentida ... y el ataque que supone al derecho fundamental al goce

de las facultades derivadas de la vida misma». «Si el Juez, como aquí teme el promoviente, «se ve forzado a otorgar» la autorización, no ha de serlo por los informes médicos, sino por la valoración justa que efectúa de ellos y de los otros elementos del juicio sometidos a su examen y consideración».

Por último, y a modo de conclusión, tanto del apartado como de su intervención, manifiesta que «en atención a lo expuesto, el Fiscal concluye que el art. 428 C.P., en su redacción dada por la L.O. 3/1989, en cuanto que permite la esterilización de persona incapaz aquejada de grave deficiencia mediante autorización del Juez, no es contrario al contenido del art. 15 de la Constitución».

C) ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO

A) El Abogado del Estado comienza su intervención precisando que «el precepto cuestionado no se refiere a todos los incapaces, sino sólo a aquellos declarados como tales que adolezcan de grave deficiencia psíquica», para explicar de inmediato que el fin que la norma persigue «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».

Entrando ya a debatir la cuestión planteada en el auto promovente, discrepa de la opción en él propuesta en lo que respecta a la adopción de «una normal vigilancia» para evitar un embarazo no consentido: «Ni la vigilancia más continuada por parte de quienes ejercen la patria potestad puede impedir que cualquier desaprensivo abuse sexualmente de la incapaz», así como de la calificación como violación de cualquier acceso carnal con una persona incapaz: «no todo acceso carnal con un enajenado es violación», y de la elección del aborto como medio de impedir el embarazo: «En cualquier caso, la práctica del aborto es especialmente traumática para una persona que ni entiende ni conoce el significado del «remedio» que se le aplica».

B) Para el Abogado del Estado —de modo similar que para el Fiscal General del Estado—, «el problema que se suscita es el de la prestación del consentimiento de un incapacitado», pues «este, particularmente si sufre

una grave deficiencia psíquica, carece de facultades para formar su voluntad y prestar su consentimiento. En beneficio de él la Ley recoge la institución de la tutela, ... y, en su caso, la prórroga o rehabilitación de la patria potestad». Y en concreto, refiriéndose al artículo 428, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad indica que con él «se pretende salvaguardar la salud psíquica de la incapaz ante embarazos que puedan resultar traumáticos».

En el segundo párrafo el Abogado del Estado lleva a cabo el examen de la intervención judicial en el supuesto de la solicitud de la esterilización a que se refiere el artículo 428, párrafo segundo del Código penal. Para él «la autorización judicial es el necesario complemento que debe tener la decisión de los representantes legales de los incapaces de esterilizar a los mismos».

Después de analizar las condiciones exigidas por el precepto para garantizar la protección del incapaz, entiende que «en definitiva, debe considerarse que no existe violación del derecho constitucional a la integridad física y moral cuando se preste el consentimiento por quienes ejercen legalmente la representación del incapaz con grave deficiencia psíquica para que éste sea esterilizado, con la garantía que supone la preceptiva intervención judicial para asegurar que dicha esterilización se produce al no ser el incapaz hábil para el ejercicio adecuado de la patria potestad y en su caso por afectarle negativamente el proceso de embarazo derivado de una posible concepción». Tras ello, concluye afirmando que «carece, en definitiva, de fundamento la pretensión de violación por el precepto cuestionado del art. 15 de la Constitución».

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

En aras a la claridad en la exposición de la sentencia del Tribunal Constitucional —STC 215/1994, de 14 de julio—, tanto de su fallo o decisión final como de los fundamentos jurídicos que la motivan y sustentan, estimamos más adecuado adelantar la resolución del Alto Tribunal, para, tras su conocimiento, y a partir de él, analizar detalladamente la argumentación empleada por sus Magistrados a la hora de fundamentar el fallo definitivo. En un tercer momento atenderemos las particularidades y razonamientos de los distintos votos particulares formulados a la antedicha sentencia.

A) *FALLO DE LA STC 215/1994, DE 14 DE JULIO*

«En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española.

Ha decidido

Declarar que el párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, redactado según el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, no es contrario a la Constitución».

La sentencia resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad, conocida por el Pleno del Tribunal Constitucional⁴, fue firmada y rubricada por once de los doce Magistrados que lo integran⁵, formulándose a la misma cuatro votos particulares, efectuados por cinco de los Magistrados integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional⁶.

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

1) El primer fundamento jurídico es empleado por el Tribunal Constitucional para recapitular el contenido del auto promovente y para enmarcar y definir con precisión el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta que debe resolver.

Así, tras la transcripción del texto del párrafo segundo del artículo 428 del Código penal, «para centrar desde el primer momento el alcance de la

4 Conforme al artículo 10 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: «El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos:

a) De los recursos y de las cuestiones de inconstitucionalidad».

5 Título de Magistrados del Tribunal Constitucional», y el artículo 6.2 LOTC: «El Pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal».

6 Esta facultad de disentir de la opinión mayoritaria del Tribunal se recoge en el artículo 90.2 LOTC: «El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a su fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y, cuando se trate de sentencias o declaraciones, se publicarán con éstas en el «Boletín Oficial del Estado».

cuestión planteada», el Tribunal Constitucional se hace eco de «algunas consideraciones o comentarios críticos al inciso cuestionado desde el punto de vista de su deficiente técnica legislativa que, ..., dejan de resolver una serie de problemas» las cuales se recogen con detalle en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona. Respecto de ellas estima la no conveniencia de entrar a enjuiciarlas: «Se ha de prescindir, sin embargo, de estas consideraciones, no sólo porque son materia regulada con carácter general en la legislación procesal (competencia y procedimiento) o se refieren a una discriminación, la de los menores, notoriamente contradictoria con lo que el Auto pretende, sino también y principalmente, porque en dicha resolución se califican estas consideraciones de «mero comentario sobre la deficiente técnica legislativa de que hace gala la disposición así cuestionada», finalizando esta primera reflexión con una consideración acerca de la que considera misión de este órgano jurisdiccional —en general y en el específico supuesto planteado—: «Este Tribunal ha de limitarse, pues, a despejar la duda de constitucionalidad que se le plantea y que está referida a que la norma cuestionada se opone el derecho fundamental proclamado en el art. 15 de la Constitución, en cuya virtud «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a ... tratos inhumanos o degradantes».»

A continuación realiza una sinopsis del auto promovente, subrayando los, a su juicio, aspectos más relevantes del mismo en relación con la cuestión debatida, tras cuya enumeración deduce la siguiente afirmación: «El núcleo de la cuestión planteada está, pues, referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del C.P. para las personas capaces.

Es, por tanto, el régimen de autorización previsto en el precepto cuestionado y que en el Auto se califica de «notoriamente inconstitucional» lo que, principalmente, acota el problema planteado en el Auto y que hemos de resolver en esta cuestión de inconstitucionalidad».

2) A partir del segundo fundamento jurídico (circunscrito el objeto de estudio en el último párrafo del fundamento jurídico primero) el Tribunal realiza sus consideraciones sobre la posible inconstitucionalidad del último inciso del párrafo segundo del artículo 428 del Código penal, finalizándolo con una nueva concreción y jerarquización de la tarea del órgano jurisdiccional en cuanto que intérprete constitucional a desarrollar en los fundamentos jurídicos siguientes.

El auto promovente recuerda la trascendencia que adquiere la función de intérprete constitucional que detenta el Tribunal Constitucional «cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos», pero el Tribunal estima que «el supuesto planteado en el presente caso, no estimar punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, no plantea realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto arranca de que el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal la práctica de la esterilización». Tras una puesta en relación de distintos textos legales relativos a los disminuidos psíquicos, analizándolos siempre en atención a la consideración de la esterilización de tales personas —art. 428 CP, art. 49 CE y art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971—, indica el Tribunal que «habrá de concluirse que el inciso cuestionado del art. 428 del C.P. no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 C.E. en lo concerniente al derecho «a la integridad física y moral» —aunque ciertamente afecta a ese derecho—, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido».

Por último, conforme hemos indicado, determina y jerarquiza la labor que ha de acometer en la fundamentación jurídica de su resolución: «lo que este Tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar, sin perjuicio de atender también a la argumentación del Auto de planteamiento

y a la finalidad del precepto y proporcionalidad de la medida —cuestiones que trataremos en otros fundamentos—, es la relativa a las normas que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz».

3) El tercer fundamento jurídico es empleado para tratar la conveniencia o no conveniencia, la suficiencia o insuficiencia de las garantías que el artículo 428.II inciso último del Código penal establece para la esterilización de las personas incapaces que padezcan grave deficiencia psíquica.

Frente a la mención en el auto de ciertas «esterilizaciones abominables» que la historia se ha encargado de mostrarnos, el Tribunal señala que la disposición objeto de discusión, «referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos».

Tras esta declaración de carácter general, el Tribunal pasa a estudiar cada garantía en particular. La primera de ellas, la autorización judicial de la solicitud: «la esterilización de deficientes psíquicos ... prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia». En relación con ella señala que «dotada de independencia e imparcialidad reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión», para concluir afirmando que «la intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás». Por consiguiente, el Tribunal ha dejado bien claro el alcance y trascendencia de la intervención del Juez.

La segunda garantía la constituye «la solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz», condición indispensable, «sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial». Precizando y aclarando más el sentido del precepto, el Tribunal puntualiza el alcance del término «incapaz»: como no podría ser de otra forma, la petición a cargo del representante legal de la persona incapaz supone «una previa incapaci-

tación de los mismos declarada judicialmente en otro proceso». Es decir, aquí incapaz equivale a incapacitado. El análisis de esta segunda garantía finaliza con la indicación de los peligros o inconvenientes que la misma evita con su presencia: «En suma, pues, la necesaria inicitiva de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos», haciendo inmediatamente después lo propio con la primera garantía, la intervención del Juez, en relación con una posible extralimitación o exceso de los representantes legales en su solicitud: «la autorización del Juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes».

En el siguiente párrafo el Tribunal continúa perfilando la interpretación del precepto, señalando, en relación con la solicitud a cargo del representante legal del incapaz que «aunque presupuesto inexcusable de la decisión del Juez, carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta», reiterando un argumento ya expuesto al analizar la primera de las garantías al comienzo de este mismo fundamento jurídico, frente a la afirmación vertida en el auto promovente en el sentido de que el Magistrado «se ve forzado a otorgar» la autorización.

Un nuevo requisito exigido por el precepto es que la deficiencia psíquica de la persona incapaz sea de carácter grave, sobre cuyo alcance apunta el Tribunal que ésta ha de ser «generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve» —esto es, la esterilización—. Pues bien, en relación a la evaluación judicial de la gravedad de la deficiencia psíquica, el artículo 428.II inciso último CP articula varias garantías, entre ellas «el dictamen de dos especialistas» y la «previa exploración del incapaz» a cargo del Juez.

Garantía adicional a las ya mencionadas es «la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal», acerca de la cual señala el Tribunal Constitucional que «debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos formales (previa declaración judicial de incapacidad y nombramiento de representante legal, fehaciencia de la petición de esterilización formulada por el mismo, emisión de los dictámenes de los especialistas y exploración del incapaz por el Juez) y materiales que antes se han indicado».

Tras la enumeración y examen de las garantías previstas en el precepto: «inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del

incapaz; del Juez ...; de los especialistas ... y, finalmente, la intervención del Ministerio Fiscal», el Tribunal Constitucional afirma «que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida». A continuación puntualiza y matiza esta afirmación de carácter general: «Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que ... garantizaran mejor la grave medida cuya autorización se encomienda a la autoridad judicial, pero lo cierto es que ni el precepto impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla o bien para denegarla». Después de esta precisión, el Tribunal realiza un deslinde de funciones entre el poder legislativo y el poder judicial, indicando al tiempo el concreto alcance de la misión del Tribunal Constitucional en tanto que intérprete supremo de la Constitución: no «corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto. Nos basta con determinar, en este último aspecto, que la norma por la importancia del supuesto que contempla, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general, lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales».

4) En el fundamento jurídico cuarto el Tribunal Constitucional aborda, entre otras cuestiones, la posible vulneración del derecho fundamental a la integridad física, la sustitución del consentimiento de la persona incapaz y la justificación y proporcionalidad de la acción esterilizadora.

Comienza indicando el Tribunal que «es indudable que la esterilización ... afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre

desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución». Recuperando una argumentación ya formulada en una sentencia anterior, la STC 120/1990, se afirma que «mediante el derecho a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular». En el caso de personas incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, éstas no pueden prestar tal consentimiento, «de ahí la previsión legal de la autorización que a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez». Pues bien, esta previsión legal es la que motiva la cuestión de constitucionalidad interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia: «el órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de «disminución de la integridad» de las personas como es la esterilización». Frente a esta declaración del auto promovente replica el Tribunal Constitucional: «Mas tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico —y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa— indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines».

Y continúa su argumentación precisando el alcance del problema y relacionando los aspectos que deben ser debatidos y resueltos en su decisión: «El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la intervención física que la intervención entraña».

Después de centrar la cuestión, manifiesta expresamente la imposibilidad de quienes padecen una grave deficiencia psíquica, es decir, de las personas a las que se refiere el precepto debatido, de hacer frente a las

obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad. Y mediante el apoyo en tres preceptos constitucionales, los artículos 39.3, 43 y 49, afirma la justificación y proporcionalidad de la medida esterilizadora tal y como resulta regulada por el artículo 428.II inciso último del Código penal: «De ahí que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz 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 psíquica que padece, permiten afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines».

Tras esto, el Tribunal Constitucional explica más pormenorizadamente cada una de las afirmaciones anteriormente vertidas, empezando por la justificación de la esterilización de la persona incapaz, para, en segundo lugar referirse a la proporcionalidad de tal medida.

El Tribunal afirma la justificación de la esterilización del incapaz porque ésta, «por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el art. 428 CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones». Tras analizar y justificar la medida de la esterilización para ambos sexos, el Tribunal realiza unas consideraciones particulares en el caso de la mujer, entendiendo que en tales situaciones existe una especie de justificación cualificada, ya que «en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes por las consecuencias fisiológicas

del embarazo», concluyendo que «por tanto, si entendemos justificada la esterilización prevista en el inciso cuestionado en ambos sexos, en la mujer deficiente mental está aún más justificada para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, puedan dañar más aún su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo».

«Cuestión distinta» —apunta el Tribunal Constitucional— «es que la disposición controvertida ... sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad». Entiende que lo que el intérprete debe elucidar aquí, al tratar el tema de la proporcionalidad, es averiguar y constatar «que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (como ocurre en un alto porcentaje en el caso de la ligadura de trompas al que se refiere el Auto de planteamiento), de sus potencialidades genésicas». Apoyándose en una sentencia anterior —STC 76/1990—⁷, el Tribunal Constitucional estima que «es claro que la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirla hay esa necesaria proporcionalidad porque el resultado, ciertamente gravoso para el incapaz, no resulta desmedido para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza la finalidad que se persigue. Si los fines son legítimos no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende ... en razón de la mayor seguridad del resultado, la medida cuestionada no es desproporcionada con la finalidad a que responde». Y finaliza el juicio sobre la proporcionalidad —y el fundamento jurídico cuarto— especificando el alcance y operatividad de la proporcionalidad, así como indicando al órgano judicial que deba resolver la autorización la adopción de determinado comportamiento, cauteloso y riguroso en extremo, con la finalidad de evitar perversiones del sentido de la norma: «Ahora bien, es indudable que, pese a lo expuesto, la proporcionalidad desaparecería si la previsión legal pudiera constituir un atentado al derecho fundamental a la vida de los deficientes psíquicos, pero este riesgo, al margen del normal que comporta toda intervención quirúrgica, únicamente

7 En la STC 76/1990 se declara que «... la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultado especialmente gravosos o desmedidos».

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

5) Habiendo examinado en los cuatro primeros fundamentos jurídicos las garantías exigidas en el precepto cuestionado, la finalidad legítima del mismo y la proporcionalidad entre el medio autorizado y los fines perseguidos en la norma, el fundamento jurídico quinto contiene unas reflexiones y alusiones «a las objeciones y otras posibles medidas menos drásticas a las que se refiere el Auto de planteamiento».

A) Comienza con la equiparación —propuesta en el auto promovente— de la esterilización prevista en el art. 428 CP con los tratos inhumanos o degradantes, afirmando taxativamente que «en primer lugar, debe rechazarse que, en modo alguno, la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica merezca la consideración que se afirma en el Auto de planteamiento, del trato inhumano o degradante que prohíbe el art. 15 C.E.». Valiéndose de la jurisprudencia constitucional —STC 120/1990 y STC 57/1994—, que toma como base la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional refuta la identificación sugerida en el auto de planteamiento, concluyendo su argumentación señalando que «la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejar ni su práctica médica supone trato inhumano o degradante alguno. Naturalmente, si, en pura hipótesis, la solicitud de esterilización propugnara su realización a través de un método que resultara inconciliable con la prohibición constitucional, el Juez habría de denegarla».

B) El segundo apartado de este fundamento jurídico examina la propuesta contenida en el auto del juzgado barcelonés del recurso a «la normal vigilancia de los guardadores de la incapaz en orden a prevenir su gravidez y, en último término, el recurso al aborto, admitido en nuestra legislación

para los supuestos de embarazo que sea consecuencia de una violación» como alternativas a la esterilización del art. 428.II inciso último del Código penal. Ante estas manifestaciones, el Tribunal subraya el reduccionismo del auto promovente: «Según se advierte, el órgano judicial únicamente considera innecesario el precepto legal en cuanto afecta a las mujeres deficientes». Seguidamente rebate el expediente del aborto como sustitutivo de la esterilización tal y como se plantea en el auto pues, «y como bien observa el Abogado del Estado, ni todo acceso carnal con una deficiente grave constituye violación (sino sólo cuando medie abuso de su deficiencia: art. 429.2 C.P.), ni cabe considerar seriamente como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que es una medida más traumática, especialmente para quien, en razón de su padecimiento mental, carece de nivel de comprensión en tal caso preciso». Por último, «por lo que atañe a la vigilancia «normal» de las personas deficientes, e independientemente del albur de su real efectividad», entiende el Tribunal Constitucional que «es éste un argumento del Juez *a quo* que, en definitiva, y sobre la premisa de que la sexualidad no integra el contenido de ningún derecho, conduce a justificar su represión absoluta». «Semejante represión puede llegar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), cuando no, en la eventualidad de que exista intimidación, al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 C.E.)», concluyendo su razonamiento apuntando que «la vigilancia a que alude el cuestionante será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad».

C) La tercera cuestión hace referencia a la sugerencia y adopción de «otras posibles medidas anticonceptivas que, aunque no se citan en el Auto de planteamiento, podrían entenderse implícitamente comprendidas en su argumentación». Respecto de ellas el Tribunal afirma que «no ofrecerían la misma seguridad y certeza ... que la esterilización». A esto añade que «además, su adopción o aplicación requeriría, en todo caso, un control constante y continuado por parte de los guardadores del enfermo, no siempre posible y por tanto aleatorio, a no ser que la intervención de aquéllos en la vida del incapaz sea intensa y rigorista que reconducirían estos sistemas a la vigilancia del enfermo de la que ya nos hemos ocupado».

6) El sexto y último fundamento jurídico se destina a estudiar «la compatibilidad entre la previsión legal cuestionada y lo dispuesto en el art. 49 de la Constitución». Ante la pregunta del órgano promovente de la cuestión de inconstitucionalidad de «en qué contribuye la esterilización que el precepto controvertido permite a la «previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» de las personas mentalmente retrasadas», los Magistrados del Tribunal Constitucional responden, «reiterando la vía argumental que venimos sosteniendo, que la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 C.E., puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, 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». A modo de conclusión de su razonamiento acerca de la compatibilidad de la medida esterilizadora prevista en el art. 428.II inciso último del Código penal y el artículo 49 de la Constitución, declara el Tribunal Constitucional: «En definitiva, lo dispuesto en el último inciso del art. 49 C.E. —que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos—, no sólo es compatible con la norma cuestionada, sino que, como ya hemos dicho, contribuye a justificar la finalidad a que responde el precepto».

C) VOTOS PARTICULARES DE LA STC 215/1994

Como ya hemos anticipado, cuatro fueron los votos particulares formulados a la sentencia 215/1994, firmados por cinco Magistrados —uno de los votos formulados recibió la adhesión de un segundo Magistrado— de la resolución recaída respecto de la cuestión de inconstitucionalidad que estamos examinando, la número 1.415/1992. De ellos, amén de la disconformidad con determinados aspectos de la fundamentación jurídica de la decisión, tres son votos discrepantes, que disienten del fallo, estimando que el Tribunal Constitucional debió declarar la inconstitucionalidad del último inciso del párrafo segundo del artículo 428 del Código penal, en tanto que el voto particular restante, o como se denomina en el texto publicado en el B.O.E., voto concurrente, se muestra conforme con el fallo que declara la

constitucionalidad del mencionado precepto, pero mantiene ciertas divergencias en relación con la fundamentación jurídica de tal decisión. A continuación examinaremos cada uno de estos votos particulares por separado, destacando los, a nuestro juicio, principales argumentos que motiven las discrepancias. A efectos de coordinar el análisis de los mismos, y para evitar innecesarias complicaciones, comenzaremos por el voto conforme con el fallo, dejando para un segundo momento los tres que se oponen a la declaración de constitucionalidad del art. 428.II inciso último CP. Tras ello, sin duda estaremos en condiciones de realizar una evaluación crítica de las propuestas de los Magistrados del Tribunal Constitucional y anticipar nuestra opinión relativa a la esterilización de las personas incapaces.

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

El primer voto particular que analizamos coincide con la mayoría de los Magistrados del Tribunal Constitucional en el fallo declaratorio de la constitucionalidad del art. 428.II inciso último CP. Las razones de su discrepancia se refieren a la fundamentación jurídica de la sentencia, en concreto, «dos extremos puntuales» de la misma. El primero, sobre el que, a diferencia del segundo motivo de divergencia, no plantea amplias consideraciones, es el relativo a «las alusiones, que se efectúan en el fundamento jurídico 4º, a), a la mayor necesidad de esterilización de la mujer deficiente psíquica», acerca del cual entiende que, «aunque bien intencionadas, me parecen discriminatorias para la propia mujer».

El segundo extremo con el que no se muestra conforme es el de «las referencias al principio de proporcionalidad que se contienen en los fundamentos jurídicos 4º,b y 5º,c», porque entiende que la sentencia «no es muy respetuosa con la doctrina sobre la proporcionalidad, pues viene a efectuar un análisis abstracto de la bondad de los fines perseguidos por la norma y de la mecánica adecuación de la esterilización para la obtención de tales fines, con olvido de que la proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme a la Constitución, y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o la aplicación constitucional de la misma». Reitera su malestar en el último párrafo de su voto particular, en el que afirma:

«Desgraciadamente poco o casi nada nos dice la presente Sentencia sobre la doctrina de la proporcionalidad, limitándose a ensalzar las supuestas ventajas de la esterilización de los disminuidos psíquicos ... con consideraciones, en mi opinión, ajenas a un juicio de constitucionalidad». Tras estas consideraciones de carácter general en relación con el principio de proporcionalidad, y con la finalidad de remediar las deficiencias y carencias de la sentencia, da paso al concreto supuesto de la esterilización, asombrándose de la diferencia de tratamiento, desmedida e inadecuada, entre «intervenciones corporales» de tan diferente entidad como son los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad —calificada como «leve o banal» mediante la apelación a la doctrina alemana— y la esterilización —calificada como «grave», toda vez «que entraña una mutilación de los órganos sexuales del ser humano». Entonces, con el auxilio y fundamento de la STC 7/1994, que efectúa «un examen pormenorizado de las exigencias de la proporcionalidad», el Magistrado se permite «recordar las principales notas de aquella doctrina que, no obstante el silencio de esta Sentencia, han de resultar, con mayor razón, de aplicación en las esterilizaciones de deficientes psíquicos». Tres son las exigencias que recoge la mencionada resolución del Tribunal Constitucional: «a) en primer lugar, la intervención quirúrgica no puede suponer riesgo alguno para la vida y salud del incapaz, debiéndose acometer siempre por personal sanitario y en centros hospitalarios; b) en segundo, es imprescindible el cumplimiento del principio de necesidad, lo que es lo mismo, la esterilización ha de justificarse objetivamente para obtener el logro de los fines constitucionales que la justifican, y c) por último, y como consecuencia de lo anterior, debe el Juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física, porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines mediante medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el Juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquellas que producen la ablación total de la función reproductora». Finaliza su intervención expresando sus temores acerca de un posible replanteamiento de las cuestiones no solventadas por la sentencia 215/1994: «... mucho me temo que se nos puedan replantear todos estos problemas irresueltos en esta Sentencia a través de futuros recursos de amparo».

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

El presente voto particular comienza disintiendo «del parecer de la mayoría de mis colegas de la fundamentación y del fallo de la Sentencia». En lo que se refiere al fallo, el Magistrado entiende que el Tribunal «debió declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código penal según la redacción dada al mismo por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio». En cuanto a la fundamentación jurídica propuesta en la sentencia, su discrepancia se manifiesta en cinco motivos.

1) El primero hace referencia a la posible vulneración del «derecho a la integridad corporal, reconocido en el art. 15 de la Constitución Española (como «derecho a la integridad física y moral»)), que «es uno de los derechos básicos, esenciales, de la personalidad, también denominados derechos innatos o inalienables y que son objeto de protección máxima a través de la tipificación en el Código Penal de los actos que dañen el propio cuerpo, física o moralmente». Respecto de ello señala que «precisamente el precepto que se cuestiona ... viene a despenalizar, a declarar no punible, la esterilización de un ser humano incapaz afecto de grave deficiencia psíquica. Es decir, una intervención física en su cuerpo con el fin de privarle de su capacidad genésica», y, en relación con este tema, concluye que «no se trata, pues, de la regulación del ejercicio de un derecho fundamental, sino de un precepto que permite la lesión de uno de aquellos derechos innatos, al cual va a hacer perder su más enérgica protección jurídica: la penal».

2) El segundo motivo de su réplica a la fundamentación jurídica de la sentencia es la relativa a «las condiciones de la despenalización de una conducta que es en sí misma delictiva en cuanto trata de privar al sujeto de su capacidad genésica y que se legitima si se dan dos condiciones: que el sujeto pasivo sea un incapaz y además «adolezca de grave deficiencia psíquica» y que sea solicitada por el representante legal y la autorice el Juez previo dictamen de dos facultativos y audiencia del Ministerio Fiscal». A juicio del Magistrado discrepante, la sustitución del consentimiento de la persona incapaz es el núcleo del problema: «lo que se legitima, pues, es esa lesión física, autorizada por terceros: el representante legal que la solicita y

el Juez que la autoriza, supliéndose así la incapacidad». Acerca de ella entiende, a diferencia del parecer mayoritario recogido en la sentencia «que no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de la integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza». Concluye su parecer divergente expresando que «por otra parte, es en beneficio del propio sujeto como el Derecho arbitra las medidas que suplen su incapacidad y no cuando se trata de permitir el perjuicio patente que significa la lesión de su integridad corporal».

3) La proporcionalidad o desproporcionalidad existente entre «la sustitución de la voluntad del incapaz por la de los terceros» y la finalidad perseguida mediante la esterilización es el tercer aspecto que se cuestiona en este voto particular. La opinión al respecto es tajante: «los motivos y fines que se alegan y argumentan revelan dicha desproporción. La insuficiencia notoria de cada uno de ellos para permitir la ablación de una parte de la integridad corporal y su apoyo en otros preceptos constitucionales demuestra la insuficiencia de esos fines». Precizando su afirmación indica que «acaso la guardaría con un fin médico estrictamente curativo»; «el bienestar del disminuido psíquico, aparte la relatividad de ese concepto, no es un derecho fundamental ni menos puede colisionar con el derecho a la integridad física»; «el fin sociofamiliar, aleatorio y más bien teórico, carece asimismo de la fuerza suficiente para parangonarse a aquél y justificar su lesión» y da por concluida su argumentación afirmando que «más bien se trata de una finalidad eugenésica, en la que se advierte el designio de lograr la tranquilidad de los guardadores del incapaz, al fin y al cabo promotores de la autorización».

4) Mediante el recurso a la memoria histórica, se afirma nuevamente «la desproporción jurídica de medidas» como la de la esterilización de las personas incapaces, y «el riesgo cierto que conllevan de relativización de los derechos fundamentales de la personalidad». En tales circunstancias, se patentizan los temores del Magistrado cuando indica que «la ley no es ya ahora garantía suficiente para la defensa de los derechos fundamentales y por ello éstos han debido incluirse en las Constituciones ... Mas la garantía constitucional habrá resultado insuficiente si no se le reconoce toda la

fuerza inherente a unos derechos que se fundan directamente en la dignidad del hombre. Por que ulteriores leyes podrán, una vez degradado el principio constitucional, extender la aplicación de la medida mediante la modificación de las condiciones exigibles ... Cuando se altera un derecho de esta naturaleza las consecuencias antijurídicas pueden llegar a ser desmesuradas». Refuerza asimismo su parecer la situación actual: «... en nuestros días se señalan por algunos estos métodos de actuación como instrumento deseable, no sólo para controlar el crecimiento de la población, sino incluso para disminuirla».

Un segundo aspecto que debate en este cuarto fundamento jurídico de su voto particular se refiere a la intervención del Juez en relación con la solicitud de esterilización. Sobre ella formula un juicio no muy favorable, una opinión pesimista: «la intervención del Juez, con escasa libertad de decisión en el fondo puesto que se trata simplemente 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 salvo que existan groseras informalidades. Puede llegar a ser simplemente una garantía formal».

5) Recapitulando y reafirmando argumentaciones ya avanzadas y desarrolladas en fundamentos jurídicos anteriores —señaladamente el segundo y el cuarto—, este quinto y último fundamento resume y concluye, en cierta medida, la posición del Magistrado formulada en su voto particular. Dice: «El precepto se limita a declarar no punible la esterilización. Ni siquiera se remite a un posible condicionamiento que la hiciera menos radical, ..., requisitos que podrían determinarse en otras Leyes. Claramente se opera con este precepto una relativización del derecho a la integridad física de la persona cuando ésta sea incapaz, en función de otros fines que se suponen favorables para ella o sus representantes, pero que carecen del rango y la fuerza para limitar el derecho fundamental al que se atenta». Una solución que él propone es, simplemente, invocar «un apoyo indirecto en otros preceptos constitucionales: deber de asistencia y protección a los hijos (art. 39.2), amparo y protección a los disminuidos psíquicos (art. 49) ...». Continúa clarificando su postura, primeramente en relación con la proporcionalidad de la medida esterilizadora: «Prevenir una eventualidad no deseada para el incapaz (la maternidad o paternidad) no es prevenir un riesgo cierto

ni menos que lo sea para el propio incapaz. La medida que cercena su integridad corporal es claramente desproporcionada, por supuesto cuantitativamente, pero también cualitativamente»; luego hace lo propio con el delicado tema de la sustitución del consentimiento de la persona incapaz: «En definitiva, una intervención de terceros va a lesionar algo tan propio de la dignidad de toda persona como es su integridad física, precisamente porque, siendo incapaz, no puede contarse con la voluntad positiva ni negativa del sujeto afectado: la autorización para intervenir en su integridad corporal supone una sustitución total de la voluntad de la persona que de algún modo la convierte en objeto.

Existen derechos personalísimos que no pueden ejercerse por terceros, sean éstos el representante legal e incluso el apoderado *ad hoc*. Pero con el precepto legal que aquí se cuestiona, en la integridad física de los incapaces sí podrá entrarse mediante la autorización judicial».

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

La disensión de los Magistrados que suscriben el presente voto particular respecto de la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional de proclamar la constitucionalidad del precepto cuestionado, «pese a coincidir con la mayor parte del contenido de la Sentencia», se debe a un único motivo: «considerar que las garantías previstas por el legislador para el supuesto del inciso final del párrafo 2º del art. 428 del Código Penal son insuficientes desde un punto de vista constitucional». Estas deficiencias y omisiones apreciables en las garantías recogidas en la regulación legal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad debate debieran haber conducido «a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado».

La singular y genérica causa de discrepancia es examinada con detenimiento en el voto particular que nos ocupa. El primer fundamento jurídico del mismo se ocupa de evaluar las garantías requeridas para la esterilización de las personas incapaces mediante la puesta en comparación de ésta con el supuesto de esterilización previsto en el primer inciso del párrafo segundo del artículo 428 CP, así como un análisis comparativo de las garantías legales exigidas en los tres supuestos previstos en el mencionado inciso —trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual—,

para en el segundo fundamento jurídico atender a la concreta regulación del último inciso del párrafo segundo del art. 428 CP, y los efectos que de la misma se derivan en sede constitucional.

1) La comparación entre las tres conductas incluidas en el art. 428.II inciso primero CP que hemos anticipado en el párrafo anterior se realiza agrupando, por una parte, los supuestos de «esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo» y, por otra, el de «trasplante de órganos efectuado(s) con arreglo a lo dispuesto en la Ley». Esta agrupación se efectúa en función del criterio empleado por el legislador para establecer los requisitos necesarios para la producción de cada supuesto. En los mencionados en primer lugar, la esterilización y la cirugía transexual, «las garantías legales para que el consentimiento del lesionado se reputa válido se consignan en el propio precepto penal», en tanto que «respecto al supuesto más complejo del «trasplante de órganos» el legislador penal se ha remitido a la Ley que regula este supuesto»⁸.

Ciñéndose a la «esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica» del inciso segundo del párrafo segundo del art. 428 CP, y refiriéndose a la relación existente entre ésta y la esterilización voluntaria contenida en el inciso precedente, indica que es suficiente la mera enunciación del supuesto cuestionado —la esterilización de incapaces— «para comprender que es muy distinto del de la esterilización voluntaria contenido en el inciso precedente». En éste, «las previsiones legales que la limitan están destinadas a garantizar la libre expresión del consenti-

8 A continuación se afirma, con la intención —creemos— de precisar la concreta ley que regula el trasplante de órganos: «Esto es, a la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, disposición que ha sido objeto de diversos desarrollos reglamentarios».

A nuestro juicio, la norma invocada, la LO 3/1989, de 21 de de junio, de actualización del Código penal, no es la que se quiso mencionar. Del sentido del texto parece inferirse que la intención del Magistrado es identificar la ley que específicamente regula los supuestos de trasplante de órganos, que no es la LO 3/1989, de 21 de junio, sino la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Apoya nuestra opinión la declaración contenida en el último inciso del párrafo controvertido, puesto que la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos cumple a su vez con el requisito de haber sido objeto de «diversos desarrollos reglamentarios» que allí se menciona, fundamentalmente a través del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

miento del lesionado». En aquél, «ciertamente, la situación es otra pues nos encontramos, en primer lugar, ante una medida que afecta a personas que gozan de una especial protección constitucional, por tratarse de disminuidos psíquicos (art. 49 C.E.) y, en segundo término, es preciso establecer un «régimen de autorización judicial» para suplir su consentimiento».

Como conclusión a estos razonamientos, se sugiere cuál y cómo habría de ser la correcta solución a la controversia: «era obligado ... que la exclusión de punición en el Código penal debiera haber ido acompañada de una ordenación legal en la que se regulasen con claridad y precisión los presupuestos materiales de la medida, así como los aspectos procesales de su autorización judicial». Al no haber sido observadas estas condiciones, y al estimar «que la vigente regulación legal del régimen de la autorización judicial no guarda correspondencia con los bienes y valores constitucionales que pueden quedar afectados con la medida, ni supone una protección suficiente del derecho fundamental reconocido por el art. 15 C.E.», se entiende que la resolución tendría que haber sido declaratoria de la inconstitucionalidad del precepto en cuestión.

2) El segundo fundamento jurídico sirve para analizar las insuficiencias y omisiones de la regulación legal del régimen de autorización judicial existente en el artículo 428.II inciso último del Código penal. Para ello, y pese a ser este sistema de regulación contrario al propuesto en el fundamento jurídico anterior, en el que se demandaba un desarrollo normativo ulterior que complementase la previsión de dicho régimen en el precepto del Código penal, se parte de la hipótesis de la aceptación, «como ha hecho la Sentencia», de escoger el sistema de regulación del régimen de autorización judicial dentro del propio precepto penal. Varias son las omisiones que conducen a los Magistrados discrepantes a considerar insuficientes desde un punto de vista constitucional las garantías previstas.

A) «La existencia de una deficiencia psíquica «grave», respecto de la cual «será preciso no sólo determinar su existencia en el momento de solicitarse la autorización judicial mediante los oportunos dictámenes médicos ... sino también que estos dictámenes determinen si esa incapacidad psíquica es permanente o, por el contrario, puede producirse una evolución positiva del incapaz». Respecto de lo primero no se albergan temores, pues se entiende que «pertenece, obvio es, a la normal función judicial de com-

probación de los presupuestos de una conducta que, en otro caso, sería ilícita», pero estos temores sí se observan en relación a la segunda exigencia, «dada la ausencia de una expresa previsión legal, pudiendo quedar vulnerado ... a mi parecer el derecho fundamental que el art. 15 reconoce si, por faltar esta garantía, se autorizase judicialmente la esterilización tanto de quien recupera posteriormente su salud mental o de la persona que posee intervalos lúcidos y otros de grave deficiencia psíquica».

B) En segundo lugar, «comprender los aspectos básicos de su sexualidad y las consecuencias de la medida de intervención corporal cuya intervención se solicita», ya que, «aun tratándose de un disminuido psíquico grave, ello no excluye que dicha persona pueda comprender(los)». Al igual que el dato anterior, éste «está ausente de las previsiones legales y aun cuando la Sentencia lo indica expresamente, no establece la consecuencia apropiada en materia de garantías». En relación con esta circunstancia, «ha sido puesto de relieve por la doctrina científica» que «tal medida sólo puede autorizarse si falta esa comprensión por parte del disminuido psíquico, ya que, en otro caso, la esterilización requerirá necesariamente su consentimiento».

C) El tercer y último motivo de discrepancia dentro de este segundo fundamento jurídico hace referencia al modo de enjuiciar la proporcionalidad de la medida esterilizadora solicitada por parte del órgano judicial, quien debería proceder, a juicio de este voto particular «a una ponderación de otras circunstancias, vinculadas al interés prioritario del disminuido psíquico», con la finalidad de que la eventual autorización judicial «sólo pueda entrañar la menor lesión posible del derecho fundamental que el art. 15 garantiza y no quede soslayada la especial protección que el art. 49 establece». Precisando esta inicial propuesta, se dice que «a este fin, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad». Como

el artículo 428 CP «omite esta doble ponderación», se concluye que «el régimen de la autorización judicial previsto es insuficiente para que quede debidamente protegido el derecho fundamental que el art. 15 C.E. garantiza».

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

El cuarto y último voto particular se divide en un amplio preámbulo o digresión introductoria, que centra la cuestión a debatir y anticipa la personal opinión del Magistrado discrepante, o como él mismo señala, «poniendo por delante empero la «tercera premisa» de la cual hablaba el juez Frankfurter, las convicciones de quien esto escribe», para en la fundamentación jurídica posterior rebatir la decisión mayoritaria del Pleno del Tribunal Constitucional desde una perspectiva y mediante una argumentación más estrictamente jurídica.

Comienza, de una forma hartamente elocuente, exponiendo su postura: «Por razones viscerales, aun cuando pueda parecer una *contradictio in terminis* pero que describe gráficamente el origen profundo, histórico en gran parte y por ello irracional, me opuse en la deliberación a la tesis que ha resultado mayoritaria y de la cual sigo discrepando». Apelando a la historia, a su memoria histórica, indica que «las soluciones» propuestas en el precepto cuestionado «no son nuevas. Nacieron hace un siglo, en Estados Unidos, por obra de una jurisprudencia que florecería luego en Europa durante la década de los treinta», o, más adelante, rememorando «un día aciago, el 1 de septiembre de 1939, en el que médicos capaces y probos funcionarios pusieron fin a la vida de enfermos incurables». Introduce asimismo, reafirmando su posicionamiento, la contraposición entre dos testimonios de signo claramente antagónico, el de Aldous Huxley y su «*Brave New World*», por un lado, y el del profesor Jiménez de Asúa, «una de las mentes más lúcidas de la época», que «cayó en la trampa de la geometría biológica», en el extremo opuesto; o la evocación de la escena de la película «*Cabaret*», «donde una balada idílica» —«*Tomorrow belongs to me*», título altamente significativo y expresivo—, «cantada por un rubio adolescente angelical y coreada por gentes sencillas y honestas, se convierte en una marcha militar agresiva, bajo la mirada reprobadora de un anciano, el único que compren-

de». Concluye sus reflexiones personales así: «En definitiva, creo que la norma donde se despenaliza la esterilización de incapaces va en una dirección no sólo equivocada sino peligrosa, por bueno que haya sido el propósito de sus redactores, que no pongo en duda, aunque —como dice el refrán— el infierno está empedrado de buenas intenciones».

1) El primero de los fundamentos jurídicos del voto particular es susceptible de dividirse en dos apartados o motivos de discrepancia, empero íntimamente relacionados. El primero de ellos, que se corresponde con el primer párrafo del mismo, analiza el alcance de la vulneración del derecho a la integridad física (artículo 15 CE) a causa de la esterilización. Se comienza afirmando: «La esterilización es una agresión anatómica que, por sí, daría lugar a un delito de lesiones y, por ello, castigado con especial severidad (art. 421 C.P.)⁹. Es clara la antijuridicidad formal como lo es también la material que le sirve de cobertura». Por todo ello, y «en consecuencia, cualquier injerencia en el contenido esencial del derecho a la integridad física ha de practicarse con la máxima delicadeza, siempre en función de su finalidad y de la proporcionalidad de la medida, así como de las garantías previstas para su adopción». Este último inciso del párrafo sirve de engarce con el segundo motivo, el cual comienza indicando que en las coordinadas propuestas en el párrafo anterior de la fundamentación jurídica, «se habla del bienestar del incapaz, pero se olvida que la comodidad de los padres, tutores y guardadores, su egoísmo en suma, pudiera resultar determinante de la decisión de esterilizarle, ocultando por otra parte que el objetivo real es evitar la transmisión hereditaria de la incapacidad, finalidad explícita en otros tiempos, y vergonzante en éstos, de cualquier manifestación de una política eugenésica». La conclusión que extrae de las anteriores consideraciones es la siguiente: «El fin, pues, no justifica los medios que, por otra parte, resultan desproporcionados por irreversibles y podrían ser sustituidos por un mayor cuidado o vigilancia o el internamiento en establecimientos *ad hoc*, medidas —eso sí— más incómodas o más costosas».

⁹ Hemos de precisar la exacta y completa regulación penal de los delitos de lesiones con resultado de esterilidad, que aparecen recogidos en dos preceptos de nuestro Código penal: el artículo 419 y el artículo 421 —mencionado por el Magistrado discrepante—, más tan sólo en su número 2º.

2) Enjuiciadas la finalidad y la proporcionalidad —«insuficiente» la primera y «desproporción notoria» la segunda—, el segundo fundamento jurídico se centrará en el examen de las garantías exigidas para la protección de la persona incapaz, que «son inexistentes». En primer lugar, «la expresión «persona incapaz» parece referirse a una situación de hecho, sin exigencia de una previa declaración judicial al respecto (art. 199 C.C.)»¹⁰. «Por otra parte, el factor desencadenante o elemento causal, la «grave deficiencia psíquica», carece también de la precisión deseable y es en definitiva un concepto indeterminado tanto jurídica como médicamente... Se configura así de un plumazo una auténtica discrecionalidad médica». Una tercera queja se formula en relación al carácter decisivo otorgado a «la opinión de dos facultativos, especialistas o no, pues no se les exige tal condición, aunque su apreciación quede en manos del Juez asistido del Fiscal, con una función de garantía más formal que sustantiva por ser legos en la materia». De todo esto deduce que «no se toman, pues, las precauciones mínimas para garantizar la intangibilidad de la integridad física». Finalmente, y a modo de corolario de su intervención, enlazando con las manifestaciones preliminares, indica: «Si a lo dicho se añade que las razones eugenésicas recuerdan demasiado a las que pretendieron y pretenden justificar la pena de muerte, quizás se comprenda mejor el rechazo visceral, y vuelvo al principio, que suscitan estas medidas en muchos de quienes hemos vivido otros tiempos tan azarosos como trágicos. No se olvide, finalmente, que el respeto a la dignidad de la persona, exigencia constitucional, está en el meollo de todos los derechos fundamentales y es frontera insalvable para el legislador».

10 Un error tipográfico o de transcripción hace que en el texto publicado en el B.O.E. aparezca la abreviatura «C.E.», esto es, Constitución española, cuando la mención ha de ser al Código civil (C.C.). Entendiendo de este modo la naturaleza de la equivocación, como errata, hemos efectuado la correspondiente corrección en el texto.