

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DIEGO PEÑA JORDAN
Letrado del Tribunal Constitucional

Sala Primera. Sentencia 63/1994, de 28 de febrero de 1994. Recurso de amparo 1.909/1991. Contra Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid, que desestimó demanda interpuesta por la actora frente a Resolución del I.N.S.S. reconociéndole prestación por jubilación. Supuesta vulneración del principio de igualdad: denegación de pensión de jubilación a ex religiosa excluida del Régimen General de la Seguridad Social en el desempeño de actividad docente no laboral.

En el recurso de amparo número 1.909/91 interpuesto por doña Encarnación Temprano Gómez, representada por el procurador don José María Gutiérrez y defendida por el letrado don Juan Pascual Gómez, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid, de 28 de julio de 1991, que desestimó la demanda interpuesta por la actora. Han sido partes el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por el procurador don Carlos Jiménez Padrón y asistido por la letrada doña María Angeles Pinilla González. Ha sido ponente el magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 20 de septiembre de 1991, doña X interpuso recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid de 28 de julio de 1991.

2. La Sección Primera de la Sala Primera, mediante providencia de 30 de septiembre de 1991, acordó tener por interpuesto el recurso de amparo y conceder un plazo de diez días para que compareciera la recurrente ante este Tribunal con abogado y procurador a su cargo, pudiendo dentro de dicho plazo solicitar dichos nombramientos del turno de oficio, luego de acreditar el haber gozado de los beneficios de justicia gratuita en el proceso judicial precedente, o hallarse actualmente dentro de los requisitos prevenidos en el artículo 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recibido escrito de la recurrente solicitando la designación de procurador de turno de oficio, la Sección, mediante providencia de 14 de octubre de 1991, le requirió nuevamente para que acreditase haber gozado de los beneficios de justicia gratuita o hallarse en el supuesto del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Designados para la defensa de la recurrente el letrado nombrado por la misma, y para la representación a la procuradora señora García Gutiérrez en turno de oficio, la Sección concedió, en providencia de 2 de diciembre de 1991, un plazo de veinte días a la citada procuradora para formular la correspondiente demanda.

Con fecha 18 de diciembre de 1991 se formalizó por la procuradora designada de oficio demanda, que es una transcripción literal de la presentada directamente por la interesada el 18 de septiembre de 1991.

3. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

La actual recurrente en amparo solicitó con fecha 10 de septiembre de 1990 prestación por jubilación, siéndole reconocida por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, I.N.S.S.), de 17 de octubre de 1990, una prestación del 64 por 100 de la base reguladora de 83.583 pesetas. Para el cálculo de la misma se computaron los diecisiete años de cotización acreditados. La actora figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social desde el 12 de noviembre de 1973.

Disconforme con el porcentaje aplicado, presentó reclamación previa contra la Tesorería de la Seguridad Social y contra la Congregación de las Siervas de San José, en la cual había prestado sus servicios. Pretendía que se le reconociera el 100 por 100 de la base reguladora, porque, además de los años tenidos en cuenta para su cálculo, había desempeñado su trabajo como profesora de Enseñanza General Básica desde el año 1950 hasta 1971. Concretamente, había ejercido como maestra durante esos años en distintos colegios de Villanueva de la Serena y de Mérida (Badajoz), administrados por la Congregación de Siervas de San José.

La vía administrativa resultó infructuosa. En el acto de la conciliación, celebrado el 10 de enero de 1991, no se obtuvo avenencia porque la representante de la Congregación, aun aceptando que los hechos alegados eran ciertos, no admitió responsabilidad alguna porque entre la demandante y la congregación no existía relación contractual de ninguna clase, sino la relación canónica derivada de la profesión religiosa.

Interpuesta la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, se dictó por el Juzgado número 7 de Madrid, Sentencia el 28 de junio de 1991, en la que se desestimó la pretensión de la actora. En sus razonamientos afirma la Sentencia que, «al alegarse por la actora el vínculo laboral con anterioridad a tal alta hubiera sido necesario que así lo acreditase, ya mediante el contrato laboral que vinculaba a las partes, ya mediante una declaración que reconociera el vínculo laboral, en definitiva que se probase que prestaba servicios por cuenta de otro —empresario— bajo la dirección de éste a cambio de un salario, lo que hubiera implicado afiliación al Mutualismo Laboral y posteriormente al Sistema General de Seguridad Social con la responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización directa y exclusiva en el primer caso y subsidiaria del I.N.S.S. en el segundo y en 1959, en aplicación de compensación de culpas».

4. La demanda de amparo denuncia vulneración de los artículos 14 y 16 de la C.E. La actora considera que ha sido discriminada con relación a los demás profesores no religiosos que en el mismo colegio sí fueron dados de alta en la Seguridad Social; discriminación por motivos de religión, pues ella pertenecía durante el período reclamado a una congregación religiosa. Por ello, solicita de este Tribunal dicte Sentencia «reconociendo el derecho que solicita».

5. Por providencia de 11 de mayo de 1992, la Sección Primera, admitió a trámite la demanda, y requirió al Juzgado de lo Social la remisión del testimonio de los Autos y el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento previo, para su comparencia en este proceso en el plazo de diez días.

6. Recibidas las actuaciones y personados en nombre y representación, respectivamente, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General los procuradores de los Tribunales señores Jiménez de Parga y Marina Gómez-Quintero, la Sección acordó, en providencia de 22 de junio de 1992, dar vista de las actuaciones del presente curso de amparo por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los procuradores para presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. Con fecha 10 de julio de 1992 presentó escrito de alegaciones la representante de la recurrente en amparo, que vino a reiterar las manifestaciones realizadas en la demanda de amparo.

8. La representación del I.N.S.S. formuló alegaciones en escrito que tuvo entrada el 17 de julio de 1992. En el mencionado escrito, después de afirmar que el recurso no debe prosperar porque la recurrente no alega ni prueba la existencia de discriminación, interesa «que se dicte la Resolución que en Derecho proceda».

9. El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones presentado el 17 de julio de 1992, pide que se estime el amparo solicitado por entender que la resolución judicial impugnada vulnera el artículo 14 en relación con el artículo 16 de la Constitución.

A su juicio, la vulneración denunciada parece ir referida, no a la libertad religiosa (art. 16), sino a la no discriminación por motivos religiosos (art. 14 C.E.), y ello porque el fondo de la cuestión recae en que, reconocido el hecho de que la actora prestaba servicios de enseñanza como maestra y profesora de E.G.B. en colegios pertenecientes a la Congregación religiosa a la que pertenecía (Congregación de las Siervas de San José), las Resoluciones impugnadas entienden que tales servicios se prestaban por causa y razón de su pertenencia a la citada orden religiosa y no existía relación contractual alguna.

En sentido estricto no había relación contractual (remuneración por cuenta ajena) entre la actora y la Congregación. Pero no pueden negarse dos hechos: a) La actora ejercitaba una actividad laboral idéntica a la que prestaban en centros públicos y privados, religiosos y no religiosos, otras personas. En cuanto a titulación y capacidad, como las resoluciones recurridas nada dicen a este extremo no parece que pueda ser argumento obstaculizador; b) La actora realizaba ese trabajo en relación de dependencia con sus superiores en los centros de enseñanza respectiva.

Añade el Ministerio Fiscal que «esa relación era, *mutandis mutandi*, sustancialmente idéntica, en razón de dependencia a la de otros profesores que realizaban sus mismas funciones en centros de enseñanza públicos y privados, religiosos o no religiosos, con la única salvedad de la inexistencia de remuneración antes apuntada».

Si además añadimos a estos datos los Acuerdos Iglesia-Estado que van desde el Concordato de 27 de agosto de 1953 (arts. XXVII y XXXI) hasta los actualmente vigentes de 3 de enero de 1979 y que siempre han reconocido la libertad religiosa de la Iglesia católica especialmente en el campo de la enseñanza impartida por religiosos, «forzoso es concluir que la primera aproximación al tema debatido ha de finalizar con que los razonamientos a que llegan las resoluciones recurridas se orientan en el sentido de la discriminación de trato justificado».

La exigencia, pues, de la relación contractual que viene dada por lo establecido en el artículo 61.1.d) de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, debe reexaminarse, a nuestro juicio, en el contexto personal y temporal antes señalado. Este no es otro que la duplicidad fáctica de la existencia de una actividad laboral condicionada por la cualidad profesora-religiosa de la actora. Como quiera que una relación contractual civil entre ella y su congregación no podía ni producirse, ni menos era exigible en el marco jurídico-civil y concordatario de la época, no parece razonable interpretar el artículo 61.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social sin tener en cuenta dichas circunstancias y sin que esa interpretación deje en términos de igualdad y no discriminación a la actora frente al resto del colectivo que durante esos años impartía enseñanza en el correspondiente nivel educativo.

La razón de esa discriminación se hace recaer por la inexistencia de una vinculación contractual que en realidad existía, pero que no podía revestir la forma civil que parecen requerir las resoluciones recurridas. La actora, como razonaba la S.T.C. 109/1988, realizaba una tarea propia de seculares y no exclusivamente religiosa, por lo que su trato no podría ser discriminatorio respecto al de aquéllos.

10. Por providencia de 24 de febrero de 1994 se fijó para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 28 siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La demandante de amparo es una ex religiosa que perteneció a la Congregación de Siervas de San José, en la que ejerció como maestra desde el año 1950 a 1971. Al secularizarse prestó determinados servicios en un centro de la propia congregación y en otra empresa distinta, permaneciendo dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el año 1973 hasta el 31 de agosto de 1990. En esta fecha solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social en cuantía equivalente al 64 por 100 de la base reguladora. Ahora bien, con base en el período de tiempo trabajado de religiosa como maestra en la congregación, reclamó un incremento hasta el 100 por 100 de la base reguladora. La Administración desestimó la reclamación después de comprobar que en sus archivos no aparecían otras cotizaciones que las computadas para el cálculo de la resolución inicial. Interpuesta demanda, el Juzgado de lo Social número 7 de Madrid dictó Sentencia de 28 de julio de 1991, desestimando, asimismo, la pretensión de la actora.

La recurrente en amparo entiende que la referida Sentencia vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación (art. 14 C.E.) y de libertad religiosa (art. 16 C.E.). La violación se habría producido porque se le ha privado, como consecuencia de ser religiosa, del derecho reconocido a otros trabajadores que desempeñaban una idéntica actividad docente en la etapa previa a su secularización. El derecho reclamado consiste en el cómputo, a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación —que depende del período de ocupación cotizada—, del tiempo correspondiente en el que trabajó como profesora dentro de la congregación, perteneciendo a ésta como religiosa.

La Sentencia impugnada rechaza que haya discriminación, porque no ha acreditado que, con anterioridad al alta en el Régimen General de la Seguridad Social en 1973, haya habido relación laboral o prestación de servicios por cuenta de un empresario, y bajo la dirección de éste a cambio de retribución, que hubiese implicado su afiliación a la Seguridad Social.

El Ministerio Fiscal, apoyando el recurso de amparo, sostiene, por el contrario, la existencia de discriminación de trato por motivos religiosos, con base en la concurrencia de una real vinculación contractual, aunque por la cualidad de la profesora-religiosa de la actora, tal relación no pudiera revestir la forma civil.

2. Interesa poner de relieve, con carácter previo, que aunque sólo se impugna la resolución judicial, debe entenderse impugnada también la Resolución del I.N.S.S. de 17 de octubre de 1990, pues lo cierto es que la presunta violación se produce originariamente en sede administrativa, por la Dirección Provincial del I.N.S.S. de Madrid, al fijar la base reguladora de la pensión de jubilación en el 64 por 100 y no acceder a elevar al 100 por 100 como interesaba la solicitante. Este Tribunal tiene declarado que cuando se impugna una resolución judicial confirmatoria de otras resoluciones anteriores, sean administrativas o judiciales, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de considerarse también recurridas las precedentes decisiones confirmadas, aunque no lo hayan sido expresamente en el recurso (por todas, S.T.C. 59/1993).

Del resumen de los hechos y de lo alegado en este proceso de amparo se deduce que la cuestión planteada consiste en la existencia de una situación de hecho —relativa al vínculo existente entre la recurrente y la congregación religiosa antes del alta en el Régimen General de la Seguridad Social en 1973— de la que derivaría un trato supuestamente discriminatorio para la recurrente en amparo que, realizando las mismas actividades docentes que el resto de profesores, no fue afiliada, ni dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, razón por la cual no se le ha tenido en cuenta este período a efectos del cálculo de la pensión de jubilación.

El problema planteado reside, pues, en la condición de religiosa que tenía la recurrente en los años a los que extiende su reclamación, pues dicha condición es la que hace justifi-

cable para la congregación, así como para la Sentencia impugnada, que no se le hubiese afiliado durante ese tiempo a la Seguridad Social pese a realizar en ese período labores docentes. Es evidente que, de no concurrir esta causa, la omisión del alta y de cotizaciones por parte de la congregación a la que pertenecía hubiera generado la correspondiente responsabilidad empresarial (art. 96.2 de la Ley General de Seguridad Social y concordantes, que obligaría a la congregación a capitalizar las diferencias de pensiones correspondientes); y que, en su caso, hubiera forzado la intervención de la Seguridad Social pagando las diferencias en la prestación de jubilación, con la consiguiente subrogación de derechos frente a la congregación (art. 96.3 L.G.S.S. y concordantes). Ahora bien, todas estas consecuencias, que llevarían a que la recurrente percibiera —como reclama— la totalidad de la base reguladora, sólo pueden surgir por el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, por parte de la Congregación de Siervas de San José. Y lo que está en cuestión es determinar si existían o no esas obligaciones y en qué medida las relaciones de una religiosa con su comunidad permiten excluirla de la protección que otorga el Estado por medio de la Seguridad Social, lo que presupone dilucidar previamente la existencia de vínculo laboral del que emanarían aquellas obligaciones.

3. A tal efecto es preciso tener en cuenta que durante el período en que la señora Temprano perteneció a la comunidad, la Ley General de Seguridad Social (arts. 7 y 12) no incluía en su campo de aplicación a las religiosas que formaban parte de comunidades religiosas, ni por ende obligaba a que éstas las afiliasen a la Seguridad Social. Hoy la situación es distinta, pues, en virtud del Real Decreto 3325/1981, de 20 de diciembre, están incluidos los religiosos o religiosas de la Iglesia católica que sean españoles, mayores de dieciocho años, miembros de monasterios, órdenes, congregaciones, institutos y sociedades de vida en común de Derecho pontificio inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y que residan y desarrollen su actividad en territorio nacional exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la comunidad religiosa a la que pertenecen, quedan comprendidos —según la referida norma— con carácter obligatorio en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, salvo que realicen una actividad profesional que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los otros regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. De lo cual se deduce que, con independencia de la existencia o no de vínculo laboral con la institución religiosa, el período de permanencia en la comunidad religiosa se computa a efectos de obtener la correspondiente prestación.

Una segunda observación que se debe hacer, es que —como bien dice el Ministerio Fiscal— el invocado derecho a la libertad religiosa (art. 16 C.E.) debe ser analizado exclusivamente en la órbita del artículo 14 C.E. o desde el prisma de la no discriminación por motivos religiosos. En efecto, no se trata de que se haya negado a la demandante la libertad religiosa, ni la exteriorización de sus creencias o convicciones, ni que se le haya cuestionado su libertad de declarar sobre religión, manifestaciones que, según la S.T.C. 19/1985, comprende el derecho fundamental recogido en el artículo 16 C.E. Lo que está en discusión es si, a diferencia de sus compañeros seculares, no fue incluida en el Régimen General de la Seguridad Social por razón de su religión.

Este Tribunal, en una jurisprudencia reiterada, viene señalando que el derecho a la igualdad ante la Ley impone al legislador y a quienes la aplican la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable (S.S.T.C. 114/1987 y 109/1988). Ahora bien, también ha precisado que en ocasiones la desigualdad de trato puede estar legitimada, si obedece a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas (S.T.C. 29/1987).

La religión, amén de que constituya una de las circunstancias personales a las que se refiere el inciso final, figura expresamente entre las causas de discriminación proscritas por

el artículo 14 C.E. En principio, las actitudes religiosas de los sujetos de derechos no pueden justificar diferencias de trato jurídico (S.T.C. 24/1982).

4. Se hace evidente que la cualidad de miembro de una orden religiosa no puede determinar la «deslaboralización» automática de la actividad profesional que presta ni, por consiguiente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social. La irrelevancia de la condición religiosa de la persona que ejerce una actividad profesional ajena a su *status*, con respecto de la configuración de un vínculo jurídico-laboral —que es el presupuesto que condiciona la viabilidad y existencia de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social—, ha sido repetidamente proclamada por la jurisprudencia ordinaria (entre otras, S.T.S. de 12 de marzo de 1985, S.T.C.T. de 16 de septiembre de 1985). No debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece cuando tal actividad se subsume dentro de la participación de la actividad productiva exigida por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

Pero el supuesto planteado es diferente en la medida en que no hay un tercero distinto de la congregación. La actora, cuando impartía clase como maestra, primero, y como profesora de E.G.B. después, realizaba un trabajo en dependencia exclusiva de la comunidad a la que pertenecía como religiosa. El Ministerio Fiscal subraya, a pesar de lo cual, que existe una igual situación real entre los unidos por una relación laboral (maestros seculares) y la actora, dado que realizaban, unos y otra, un mismo trabajo en relación de dependencia con sus superiores del centro. En esta razón justifica la apreciación de la recurrente en que el trabajo desempeñado reunía las condiciones que motivan la protección de la Seguridad Social.

Sin embargo, no es de estimar el motivo que aducen conjuntamente la recurrente y el Ministerio Fiscal, toda vez que la relación entre religioso y comunidad no puede ser en modo alguno calificada como laboral, tal como de manera insistente viene afirmando la jurisprudencia ordinaria (entre otras, S.S. del Tribunal Central de Trabajo de 23 de marzo de 1983, 19 de mayo de 1983, 24 de noviembre de 1983). El trabajo docente realizado por la demandante de amparo no era ajeno a sus compromisos como profesora. La pertenencia de la señora Temprano a la comunidad religiosa, en uso de su libertad asociativa, suponía la disposición de ella a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas otras tareas no genuinamente religiosas como la actividad docente, orientadas al servicio de ciertos sectores de la sociedad. La subordinación o dependencia a la superiora del centro, como en el caso de los compañeros seculares en las tareas educativas, responde a las necesidades organizativas del centro educativo, y puede constituir un elemento esencial del contrato laboral, pero no convierte a la actora en trabajadora por cuenta ajena. Su relación con la actividad del centro estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la recurrente dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en fin, de una prestación en la que está por completo ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica.

Todo ello conduce a considerar que la recurrente, antes de secularizarse, no se encontraba en la misma situación que sus compañeros seculares, aunque desempeñase actividad docente igual que ellos. Su no inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, no previsto —como ya hemos visto— hasta el Real Decreto 3325/1981, de 20 de diciembre, no obedecía a motivos discriminatorios, sino a que desarrollaba una actividad que caía fuera del ámbito del contrato de trabajo. Así se razona en la Sentencia impugnada que al aplicar la legalidad entonces vigente sin vulnerar los derechos fundamentales invocados por la recurrente, no es susceptible de ser revisada por este Tribunal.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por doña Encarnación Temprano Gómez.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Pedro Cruz Villalón.—Firmados y rubricados.

Sala Segunda. Sentencia 66/1994, de 28 de febrero de 1994. Recurso de amparo 1.174/1992. Contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaída en autos de pensión de viudedad. Supuesta vulneración del principio de igualdad y del derecho de libertad ideológica: exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad.

En el recurso de amparo número 1.714/92, interpuesto por doña María García Gómez, representada por el procurador don Ignacio Puig de la Bellacasa y Aguirre, asistida del letrado don Leopoldo del Prado Alvarez, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992, recaída en autos de pensión de viudedad. Ha comparecido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.) y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El 1 de julio de 1992 tuvo entrada en este Tribunal recurso de amparo interpuesto por doña María García Gómez, representada por el procurador don Ignacio Puig de la Bellacasa y Aguirre, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina el 20 de mayo de 1992, que, confirmando otra de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) dictada en suplicación, confirma la resolución del I.N.S.S. denegatoria de pensión de viudedad.

2. Del contenido de la demanda y de los documentos que la acompañan resultan, en síntesis, estos antecedentes fácticos:

a) La hoy recurrente convivió maritalmente con don Salvador Enrique Montero desde 1934 hasta el 5 de octubre de 1989, en que éste falleció siendo pensionista de la Seguridad Social. Solicitó el reconocimiento de la prestación de viudedad, que fue denegada por resolución del I.N.S.S., de 20 de enero de 1990, ante la inexistencia de vínculo matrimonial con el causante.

b) El Juzgado de lo Social número 2 de Málaga en Sentencia de 25 de julio de 1990 desestimó la demanda subsiguiente.

c) Interpuesto recurso de suplicación, fue asimismo desestimado por Sentencia, de 29 de abril de 1991, de la Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

d) Contra la misma interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, igualmente desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1992.

3. La demanda de amparo impugna esta última resolución por vulnerar los artículos 14 y 16.1 de la C.E. Se argumenta, en síntesis, que aunque las Sentencias del Tribunal Constitucional en Pleno de 14 de febrero de 1991 ya se han pronunciado sobre este tema rechazando que la solución legal y jurisprudencial atente contra los artículos 14 y 24.1 de la C.E., resta por decidir si la desprotección de las uniones de hecho atenta a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la C.E. y también al artículo 14 por lo dispuesto en el artículo 101 del Código civil y la Disposición adicional novena de la Ley 11/1984 (*sic*). La ideología anarquista del causante, de fuerte arraigo en Málaga en los años anteriores a la Guerra Civil, no exige requisitos especiales —sean eclesiásticos o laicos civiles— para la celebración de un contrato de unión entre dos personas y su asunción no puede constituir una fuerte discriminación hacia la viuda de hecho, máxime cuando la recurrente y sus hijos han gozado de la cobertura de las sucesivas instituciones de previsión social.

De otra parte, si una de las causas de extinción de la pensión de viudedad es la convivencia marital con otra persona, el más elemental sentido de igualdad, no sólo material sino también legal y formal, exige que la pensión se deba obtener por haber convivido *more uxorio*.

Interesa, por ello, la revocación de la Sentencia impugnada y que se reconozca a la recurrente el derecho a percibir la correspondiente pensión de viudedad.

4. Por providencia de 14 de diciembre de 1992, la Sección acordó admitir a trámite el presente recurso, y por ello reclamar las correspondientes actuaciones judiciales de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga); debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 18 de febrero de 1993, la Sección acordó tener por personado al procurador don Carlos de Zulueta Cebrián, en nombre y representación del I.N.S.S., acusar recibo de las actuaciones remitidas y dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo común de veinte días para que pudieran presentar las alegaciones pertinentes.

6. El 15 de marzo de 1993 presentó sus alegaciones la demandante de amparo. En las mismas, subrayaba, en primer lugar, que no se trataba de cuestionar el artículo 160 L.G.S.S., pues ello ya fue resuelto en la S.T.C. 184/1990, sino si, en el caso presente, ha existido violación de los artículos 16 y 14 C.E., en relación al artículo 101 C.C. y de la Disposición adicional novena de la Ley 30/1981. A continuación, pone de relieve el hecho de que la demandante y el fallecido que con ella convivía se mantuvieron unidos en convivencia estable más de cincuenta años, tuvieron descendencia a la cual se les confirió los apellidos de ambos y no contrajeron matrimonio con otras personas, esto es, eran solteros, formando por lo tanto una verdadera familia (art. 39 C.E.), aunque no matrimonial. Si no se unieron con el vínculo formal del matrimonio se debía a la ideología anarquista profesada por los interesados, la cual se ha de poner en relación con la libertad ideológica proclamada en el artículo 16.1 C.E. Entiende que la interpretación dada por los Tribunales al artículo 160 L.G.S.S., en este caso ha supuesto, de hecho, una vulneración del mencionado precepto constitucional.

Además entiende vulnerado el artículo 14 C.E., por cuanto que la Ley 30/1981 (Disposición adicional novena, 5), en relación al artículo 101 C.C. crea una situación en la que el mismo fenómeno —la convivencia *more uxorio*— tiene dos tratamientos distintos. Evoca finalmente la doctrina de la S.T.C. 222/1992, que declaró inconstitucional el artículo 58.1 L.A.U.

7. El 15 de marzo de 1993 presentó sus alegaciones el I.N.S.S., a través de su representación legal, en las que considera que no se han producido las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas por la demandante. Del artículo 14 C.E., porque la demandante pudo haber sido cónyuge de quien convivía, lo que no hizo, ni tampoco era

viuda del mismo, por lo que no se puede situar en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 160 L.G.S.S., siendo de otro lado reiterada la doctrina de este Tribunal de que no puede extenderse a las uniones de hecho la pensión de viudedad.

Del artículo 16.1 C.E., en cuanto que este precepto se limita a garantizar las libertades ideológicas, religiosas y de culto, a lo que añade que si hubiera que estar a una mera declaración del recurrente en cuanto a la profesión de ciertas ideas que le impidiesen contraer matrimonio, ello iría contra la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), aparte de que, como el propio artículo 16 C.E. señala, las libertades en él garantizadas están limitadas en sus manifestaciones por el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

8. El 10 de marzo de 1993 presentó el fiscal sus alegaciones, interesando que se denegase el amparo solicitado. A su juicio, partiendo de la doctrina de este Tribunal sentada particularmente en la S.T.C. 184/1990, no puede considerarse inconstitucional el hecho de que el legislador dé un trato diferenciado de la unión matrimonial a la puramente fáctica, siendo por lo tanto obligada la aplicación del artículo 160 L.G.S.S., precepto que ha de considerarse plenamente constitucional.

Considera igualmente que tampoco quebranta el principio de igualdad la equiparación en determinados supuestos en los cuales se equiparase la relación conyugal con otra «análoga relación de afectividad», ya que en tales casos —también observados en la S.T.C. 187/1990— se persiguen fines y se protegen valores distintos.

Descarta también la atendibilidad de la mención hecha por el recurrente al artículo 101 C.C., que entiende referida a un supuesto diverso al expuesto en el artículo 160 L.G.S.S.

Por último, considera que, sin perjuicio de entender que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza la expresión de las propias ideas, ello no puede llevar al condicionamiento de los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la no exigencia de las mismas.

9. Por providencia de 24 de febrero de 1994, la Sala acordó, para deliberación y fallo de la presente Sentencia la fecha de 28 de febrero siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige formalmente contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1992 —si bien debe entenderse también dirigido contra las Sentencias confirmadas por aquélla—, a la que se imputa violación del principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 C.E., y del derecho a la libertad ideológica, reconocido en el artículo 16.1 C.E.

A juicio de la demandante, la Sentencia recurrida habría incurrido en las vulneraciones que le imputa al negarle una pensión de viudedad, que se habría de derivar de la convivencia *more uxorio* que mantuvo con don Salvador Enrique Montoro, que al fallecer era pensionista de la Seguridad Social. Esta negativa se produjo, a decir de la demandante, a pesar de que la convivencia marital se prolongó de modo estable por más de cincuenta años, tuvieron hijos, y concurrían en ella las circunstancias precisas para considerarla como una «familia» en sentido constitucional, de manera que si no contrajeron matrimonio fue por la ideología anarquista que profesaba el señor Enrique Montoro, por ella compartida, que era contraria a someter su relación al vínculo formal matrimonial.

Tanto el I.N.S.S., personado en este proceso, como el Ministerio Fiscal, coinciden en que, de acuerdo con la doctrina expresada por este Tribunal —sobre todo en la S.T.C. 184/1990— el amparo debe ser denegado, pues la pensión no se concedió con base en un precepto que se ha considerado constitucional, el artículo 160 L.G.S.S.

2. Desde la S.T.C. 184/1990, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 C.E. (S.T.C. 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992), pues, entre

otras consideraciones entonces efectuadas, es preciso recordar, la de que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del Derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (fundamento jurídico 2.º), concluyéndose, a continuación, que «... siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento» (fundamento jurídico 3.º).

Esta doctrina del Tribunal, que lleva a declarar acorde a la Constitución el artículo 160 L.G.S.S., no debe entenderse alterada por la doctrina de la S.T.C. 222/1992, también del Pleno de este Tribunal, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta en relación al artículo 58.1 L.A.U. En efecto, en esta Sentencia, que se refería a cuestiones distintas del derecho a una pensión de la Seguridad Social, se salvaba expresamente, en su fundamento jurídico 5.º y por las razones que allí se exponían, la doctrina sentada en las S.S.T.C. 184/1990 y concordantes, y no se cuestionaba la libertad del legislador para exigir la convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones, sin que se afectara por tanto la doctrina establecida por este Tribunal a que ahora nos referimos.

3. En el presente caso se argumenta por la demandante de amparo que, aun reconociéndose la legitimidad abstracta de otorgar al vínculo matrimonial determinadas consecuencias jurídicas más favorables, es preciso tener en cuenta que quien convivía con ella maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria en modo alguno a la familia, sí lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30/1981, que permitía el divorcio). De ello deduce que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible para acceder a la pensión de viudedad supone atentar, de hecho, a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 C.E.

Sin embargo, a este razonamiento hay que oponer que, aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio —art. 32.1 C.E.— en el artículo 16.1 C.E., es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica «no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho» (A.T.C. 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad (S.T.C. 184/1990, fundamento jurídico 2.º), pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades, a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o ingerencia de los poderes públicos por su ejercicio (S.T.C. 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos.

En suma, una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos —como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el artículo 160 L.G.S.S.— así como la constitucionalidad de «aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho

constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir *more uxorio*» (S.T.C. 184/1990, fundamento jurídico 2.º), no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial. Aunque tal objeción le deba ser respetada, no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder prestaciones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considerado oportuno por el momento, y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional.

4. La recurrente alega por último que la negativa que se dio a la pensión de viudedad que solicitó suponía una vulneración del principio de igualdad en la Ley (art. 14 C.E.), evocando el artículo 101 del Código Civil, en relación a la Disposición adicional décima, párrafo 5.º, de la Ley 30/1981. Alega que, según ésta, los derechos a efectos de Seguridad Social concedidos en virtud de esta Ley a quienes no pudieron contraer matrimonio con anterioridad por no existir ley de divorcio «quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil», precepto éste que dispone que en los casos de nulidad, separación o divorcio, el derecho a la pensión se extingue «por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona», de lo que el recurrente concluye que si por vivir maritalmente se pierde un derecho a pensión, por ese mismo hecho se debe obtener el mismo.

Mas tal planteamiento no puede ser aceptado, no sólo por la evidente inidoneidad del *tertium comparationis* empleado— puesto que el artículo 101 C.C., en relación a la aludida Disposición adicional, se refiere a posibles causas de extinción de una pensión, mientras que el artículo 160 L.G.S.S. se refiere a los requisitos para obtenerla—, sino porque la demandante pretende, al amparo del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 C.E., concluir la inconstitucionalidad de una norma jurídica a la que en definitiva sólo entiende como ilógica o incoherente, discrepando en definitiva, de que una norma reconozca unos determinados efectos a la convivencia de hecho —el cese de una pensión de viudedad por convivir maritalmente con una persona— y no otros —que se derive una pensión de viudedad de una convivencia *more uxorio*—, pero sin que esa situación permita apreciar las circunstancias exigibles para que nos podamos situar ante los más básicos elementos de una posible vulneración del principio de igualdad en la Ley (S.T.C. 22/1981, fundamento jurídico 3.º y S.T.C. 23/1981, fundamento jurídico 4.º, por todas), pretendiendo únicamente sustituir la lógica empleada por el legislador por la suya propia, pero sin que aquélla incurra en vulneración alguna del artículo 14 C.E.

5. Lo anteriormente razonado nos lleva a concluir que las resoluciones impugnadas no han cometido las infracciones de derechos fundamentales que se les imputa en la demanda, por lo que procede desestimar la misma.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.—Luis López Guerra.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Firmados y rubricados.

Pleno. Sentencia 215/1994, de 14 de julio de 1994. Cuestión de inconstitucionalidad 1415/1992. 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 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Votos particulares.

En la cuestión de inconstitucionalidad número 1.415/92, promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona respecto del 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 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Han comparecido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el abogado del Estado y han sido Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de junio de 1992 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona al que se acompañaba testimonio del Auto del referido Juzgado del 30 de mayo anterior, en el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, en la parte de la misma en que se autoriza la esterilización de los declarados incapaces mediante consentimiento de sus representantes legales.

Por providencia del siguiente 8 de junio, la Sección Primera del Tribunal acordó tener por recibido el precedente testimonio del Auto de planteamiento de la cuestión y, previamente a resolver sobre su admisibilidad, requerir al órgano judicial proponente para que en el plazo de diez días, y conforme dispone el artículo 36 de la L.O.T.C., remitiera testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de dicho planteamiento.

La Sección, mediante providencia de 30 de junio de 1992, acordó: 1.º tener por recibidas las actuaciones interesadas y admitir a trámite la cuestión planteada; 2.º dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el artículo 37.2 de la L.O.T.C., al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al fiscal general del Estado para que, en el plazo improrrogable de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes; 3.º publicar la incoación de la cuestión en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. El proceso de 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.G.Z., 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 artículo 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.

La fundamentación jurídica del Auto mediante el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad puede resumirse del siguiente modo:

A) Las razones que llevan al órgano judicial al planteamiento de la cuestión se encuentran fundamentalmente en la contradicción de la norma legal con el contenido del artículo 15 C.E. No cabe duda alguna de que la integridad física y la integridad moral resultan conculcadas con la esterilización, y si bien, tratándose de personas adultas, el consentimiento libremente prestado para dicho atentado a su persona, una vez que el legislador ha despenalizado el hecho, determina la impunidad de tal conducta, tratándose de disminuidos físicos y psíquicos, como es el caso de los incapaces, que por su propia situación no pueden prestar consentimiento alguno, 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, tras el dictamen favorable de dos facultativos, oído el Ministerio Fiscal y después de examinar por sí mismo a la incapaz, las circunstancias concretas del caso sometido a su consideración no aconsejan lo contrario.

Ha de partirse de un hecho indiscutible: «la persona mentalmente retrasada tiene básicamente los mismos derechos que los demás ciudadanos pertenecientes a su mismo país y a su misma edad». Así lo establece el artículo 1 de la Declaración de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, que concluye con estas palabras: «la persona mentalmente retrasada tiene, por encima de todos los demás, el derecho de ser respetada». A ello ha de añadirse lo dispuesto en los artículos 10.1 y 15 C.E. Así, toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona; también de la persona mentalmente retrasada. Por otro lado, el artículo 49 C.E. dispone que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración 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 han sido necesarias una serie de medidas legislativas, entre las que pueden destacarse: la Ley 13/1982, que propugna la «integración social de los minusválidos»; la Ley de 24 de octubre de 1983, que regula de nueva planta la incapacitación del enfermo o deficiente psíquico y su tutela, etc. Por todo ello, la primera pregunta que cabe formularse, frente a la solicitud de esterilización, es la siguiente: ¿se acomoda o no a la protección constitucional de la salud? ¿Contribuye a la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas mentalmente retrasadas?

B) Algunos autores se muestran favorables a la esterilización con base, generalmente, en el hecho de que la misma permitirá a los incapaces el disfrute de uno de los derechos que tradicionalmente han estado privados, el derecho a la sexualidad, impidiendo la consecuencia normal del mismo que es el embarazo. Se alega que la medida constituye un bien para la incapaz al permitirle el disfrute del sexo excluyendo los riesgos que puedan seguirse. Pero el «derecho a la sexualidad» invocado por estos autores no existe como tal. Se trata, a lo sumo, de un pseudo-derecho no reconocido por ninguna Declaración universal. «Por otro lado, es discutible que el simple ejercicio físico de la sexualidad sea un bien para la persona cuando el mismo no va acompañado de una comprensión total del acto que se realiza y deja por ello de ser expresión de afecto y de ansia de unión. La sexualidad, según la concepción que domina en nuestra sociedad, exige una preparación no sólo física, sino también principalmente psicológica. De ahí que resulten severamente castigadas las prácticas sexuales con un menor. Si se tratara siempre de un bien, sería ilógico privar de ella a los menores..., pero se trata de un bien al que sólo deben accederse en determinadas condiciones no sólo de capacidad física, sino también de comprensión anímica e intelectual».

C) «Se alega por otros defensores de la esterilización que con la medida la incapaz quedará a salvo del riesgo de un embarazo que nunca puede consentir. Pero la simple po-

sibilidad de un evento tan extraordinario —evitable en la mayoría de los casos si los guardadores de la incapaz adoptan una normal vigilancia— no justifica la adopción de un medio tan radical que atenta contra su integridad física y moral, constitucionalmente defendida con rango primordial, ello aparte de que en la legislación actual se encuentra autorizada la posibilidad de poner fin, en este supuesto, impunemente, al embarazo no deseado. Entre los escasos supuestos en que (el) aborto es exculpado en nuestra legislación actual se encuentra precisamente el embarazo consecuencia de la violación y sólo como violación podría ser tipificado el acceso carnal con una deficiente mental. Por otro lado, la sexualidad no sólo comporta goces, sino que también lleva consigo altos riesgos de los que el embarazo es sólo uno más. Piénsese en las enfermedades venéreas, sobre todo en el Sida y en su extensión creciente. ¿Cómo podrá la incapaz ser protegida de este peligro? No con la esterilización, sino tan sólo con la vigilancia».

Hay, además, otros muchos aspectos ligados a esta cuestión. Así, en primer lugar, la primera Ley en el campo de la sanidad y la medicina promulgada por Hitler fue precisamente para autorizar la esterilización de los disminuidos psíquicos, entre otros supuestos. En segundo lugar, han de tenerse presentes las consideraciones médicas, a cuyo tenor de madres psíquicamente deficientes no se sigue con absoluta necesidad el que los hijos sean también retrasados mentales. En tercer lugar, debe repararse en el avance continuo de la medicina que acaso puede lograr un indudable mejoramiento en las condiciones psíquicas de los disminuidos que les permita incluso el acceso a una sexualidad consciente y a una maternidad responsable, «la que pudiera constituir para algunas disminuidas psíquicas un bien indudable, del que quedarían privadas con la esterilización». Por último, y principalmente, ha de pensarse en la doctrina del Tribunal Constitucional, sostenida al pormenorizar el alcance de los preceptos constitucionales (v.gr., S.S.T.C. 53/1985 y 120/1990).

D) En suma, la esterilización de los incapaces es medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física, constitucionalmente protegida. No existe un derecho a la sexualidad, sobre todo si, como ocurre con las incapaces, se encuentran imposibilitados de practicar una sexualidad verdaderamente adulta y responsable. La medida es desproporcionada. «No existe ningún peligro inmediato de que se produzca un embarazo indeseado por la actuación de algún desaprensivo y el supuesto, caso de producirse, tendría forzosamente que ser tipificado como violación y encontraría solución jurídica en la posibilidad de un aborto, expresamente declarado constitucional en el supuesto de violación y con mayor razón si se tratara de una incapaz». Tampoco dicha medida aparece inspirada por algún noble propósito, ni encaminada al beneficio del incapaz. «Este, si es profundo —único supuesto en que el legislador lo autoriza—, nunca podrá disfrutar de una vida sexual adulta, consciente y gratificadora. Y, reiterando lo ya dicho, si los avances médicos —supuesto que no puede descartarse— logran un día próximo reintegrarle un mínimo de conciencia y de responsabilidad, le habríamos privado, con la esterilización, del derecho a una maternidad futura que acaso pudiera contribuir a su plena realización como persona (...). 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».

3. Por escrito registrado el 8 de julio de 1992, el presidente del Senado comunicó el Acuerdo de la Cámara de que se la tuviera por personada en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la L.O.T.C.

4. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 16 de julio siguiente, en el que se contienen las alegaciones que a continuación se resumen:

A) A juicio del Juzgado proponente, la tacha oponible al artículo 428 del Código Penal se sitúa tanto en el ataque que la esterilización de los incapaces supone a su integridad física y moral como en el trato vejatorio o degradante que entraña. Empezando por esto último, hay que rechazar que estemos en presencia de un trato degradante en sentido pro-

pio. En primer lugar, no puede tenerse por degradante para una incapaz un trato que está permitido a las personas conscientes mediando su consentimiento y al que el Auto planteante no manifiesta encontrarle objeción alguna. Esto es, el hecho de provocar la agenesia en una persona no es en sí mismo vejatorio o degradante, no es atentatorio a la dignidad de la persona que proclama, como fundamento del orden político y de la paz social, el artículo 10.1 C.E., y que necesariamente se proyecta sobre el contenido del artículo 15.

Por otra parte, «tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (S.T.C. 120/1990, fundamento jurídico 9). En igual sentido se ha manifestado el T.E.D.H. en las resoluciones que cita esta Sentencia. No puede verse, según esto, en la práctica de una intervención médica que conduzca a la agenesia de una incapaz un trato que provoque sufrimientos físicos o psíquicos vedados por nuestra Constitución y por las diversas declaraciones internacionales.

B) Ha de examinarse entonces si atenta a la integridad física y moral de la persona afectada. Cualquiera que sea el concepto que se maneje de esta integridad, se presenta como una emanación de la vida misma. 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, entre ellas, manifiestamente, la maternidad como indeleble atributo de la condición femenina. Por tanto, en principio, cualquier actuación que elimine o restrinja la capacidad genésica de la mujer hay que reputarla como un ataque a la indemnidad femenina e infractora de lo que dispone el artículo 15 C.E. Por ello el Código penal tipifica como delito grave causar la esterilidad de una persona (art. 419). Ahora bien, aunque el artículo 428 C.P. sienta inicialmente el principio de que el consentimiento del lesionado no provocará la impunidad de las lesiones, a continuación consagra una excepción para los casos de trasplantes, esterilización y cirugía transexual, en los que el consentimiento del lesionado, siendo libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal. Existen, pues, supuestos concretos en los que la lesión, en su acepción jurídico-penal, deja de constituir delito. Esto es, se permiten lo que se puede llamar autoatentados contra la integridad física de una persona que no son ilícitos penales. El legislador ha considerado que, en estos concretos casos, existe disponibilidad de la persona sobre su indemnidad física, aunque para llevar a efecto esta disposición sobre la propia persona se adoptan una serie de garantías: consentimiento libre y expreso de las personas que disfruten de plena capacidad e intervención de un facultativo, llegando a excluir en todo caso que nadie—su representante legal— pueda emitir el consentimiento por el menor o el incapaz.

Respecto de la esterilización, que es lo que importa, y más específicamente la de la mujer, 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*. Ni existe por parte de nadie el derecho a mutilar a una mujer, como es obvio, ni tampoco el derecho a imponerle la maternidad. En consecuencia, toda mujer puede renunciar a ella, ya sea de forma natural, utilizando desde la abstinencia sexual hasta cualquiera de los medios mecánicos que la técnica ofrece, ya mediante una intervención quirúrgica que provoque su esterilidad.

C) Desde estas categorías socio-jurídicas, la cuestión aquí reside en si una mujer incapaz, que no puede prestar su consentimiento válido ni a la procreación ni a la agenesia provocada, puede ser objeto de manipulaciones médicas que conduzcan a su esterilidad. Siendo en todo caso necesario el consentimiento, el problema consiste en si tal consentimiento puede encontrar fórmulas sustitutorias. La pregunta no es otra que si la regulación del artículo 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.

Es cierto que los disminuidos mentales tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, según la Declaración aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, en la que se inspira la legislación española, según se dice en el artículo 2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos; pero no lo es menos 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. Tienen limitaciones legales tanto para regir su persona como sus bienes. Su capacidad de obrar en el mundo del Derecho es suplida o complementada por la de su representación legal. De acuerdo con el artículo 162 del Código Civil, los padres tienen la representación del menor, de lo que se exceptúan los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Aún, pues, los derechos más personalísimos o su ejercicio, para ser exactos, está subordinado a las «condiciones de madurez» del menor o incapaz. Pues bien, el artículo 428 C.P. no autoriza en ningún momento que el consentimiento para la esterilización —que exime de responsabilidad penal— sea prestado por el representante legal del incapaz que adolezca de grave deficiencia, sino que llama al juez para que, a petición del representante, autorice, sin que en ningún momento se le imponga, la esterilización solicitada. 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. Nos hallamos ante un binomio derecho-obligación, derecho a la maternidad como emanación natural de la mujer y obligación que se deriva de la condición de madre (véase el art. 154 del Código Civil). Una mujer incapaz grave ni puede valorar el alcance del acto sexual ni enfrentarse responsablemente con la maternidad. La Ley no puede privarle de lo primero (aunque tiene la poderosa limitación de que cualquier yacimiento con ella constituya delito de violación: art. 429.2.º C.P.), pero sí permitir que, observando todo un cúmulo de garantías, pueda impedírsele la maternidad a la que no puede enfrentarse de forma solvente. 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. 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. La atenta vigilancia de los padres que propugna el juez como alternativa eficaz para evitar un embarazo no deseado es, por de pronto, una carga que en ciertos momentos puede ser irrazonable, además de que no puede asegurarse en medida aceptable que produzca el efecto perseguido. Ni, por otra parte, el hecho de que la esterilización aporte tranquilidad a los padres, o hasta, si se quiere, comodidad, puede conceptuarse como un propósito no noble. Y menos aún es compartible el criterio del juez de que un embarazo de una incapaz profunda pueda resolverse con un aborto despenalizado (art. 417.2.ª C.P.), ya que sería en todo caso violación. 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 legislador ha permitido en ciertos casos puntuales, entre ellos la esterilización, que una persona tenga disponibilidad sobre una dimensión de su integridad física, sobre la base de que si no puede imponerse la maternidad no puede tampoco impedirse que la interesada adopte medidas para evitar la concepción, siempre, claro es, que medie un consentimiento plenamente válido. En los casos de los disminuidos psíquicos aquejados de grave deficiencia, en atención a su incapacidad para valorar el resultado de ciertas de sus acciones y, en concreto, de las obligaciones a que da lugar la maternidad, se permite, como excepción al principio general de no validez del consentimiento de los me-

nores e incapaces o de sus representantes legales, que la privación médica de su capacidad *generandi* pueda ser autorizada por el juez en el curso de un procedimiento en el que deben seguirse una serie de requisitos, enderezados a la conveniencia para la menor de tal medida. El atentado a su indemnidad 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. 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) Antes de concluir, parece conveniente salir al paso de una interpretación mecanicista del artículo 428 C.P., que parece ser la admitida por el Auto proponente. De la lectura de éste se saca la idea de que el juez se ve irremisiblemente condicionado por los informes periciales. No es así. 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. 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 (no se olvide que, como regla general, la esterilización es delito y que el propio consentimiento para eximir la responsabilidad penal se enuncia como excepción al principio general de su ineficacia, todo según el art. 428) 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 efectúe de ellos y de los otros elementos del juicio sometidos a su examen y consideración.

En atención a lo expuesto, el fiscal concluye que el artículo 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 artículo 15 de la Constitución.

5. Por escrito registrado el 20 de julio de 1992, formuló sus alegaciones al abogado del Estado, quien suplicó que en su día se dictase Sentencia por la que se desestimara la cuestión planteada. Ello con arreglo a las consideraciones siguientes:

A) El precepto cuestionado no se refiere a todos los incapaces, sino sólo a aquellos declarados como tales que adolezcan de una grave deficiencia psíquica. No bastará, pues, con que el sujeto al que se pretenda practicar la esterilización se encuentre legalmente incapacitado. Se requiere que su incapacidad comporte una grave deficiencia psíquica. La audiencia de los dos especialistas que debe realizar el juez pretende acreditar, entre otros, este extremo. ¿Cuál es 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. 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. El Auto de planteamiento indica que el embarazo es evitable «en la mayoría de los casos si los guardadores de la incapaz adoptan una normal vigilancia». Ni la vigilancia más continuada por parte de quienes ejercen la patria potestad puede impedir que cualquier desaprensivo abuse sexualmente de la incapaz. La solución que en el propio Auto se indica para el caso de que el embarazo ocurra es la «práctica del aborto por ser lícito al derivar de una violación». No todo acceso carnal con un enajenado es violación. Esta sólo se producirá cuando «se abuse de su enajenación», conforme al artículo 429.2 del Código penal. 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) El problema que se suscita es el de la prestación del consentimiento de un incapacitado. 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, para su protección y representación y, en su caso, la prórroga o rehabilita-

ción de la patria potestad. La protección del incapaz alcanzará a la protección de su salud. Mediante el precepto a que afecta la cuestión se pretende salvaguardar la salud psíquica de la incapaz ante embarazos que puedan resultar traumáticos. El nacimiento de hijos, por otra parte, no permitirá que la incapaz pueda cumplir las funciones propias de la patria potestad.

La representación de los hijos cuyo grado de incapacidad fuere profunda implica la prestación del consentimiento por éstos para obligarles. Esta prestación requerirá en determinados casos, como es el contemplado en el artículo 428, párrafo 2.º, del Código penal, autorización judicial para garantizar que la actuación que los padres llevan a cabo en nombre de los hijos se realiza en su beneficio. Pues bien, la autorización judicial es el necesario complemento que debe tener la decisión de los representantes de los incapaces de esterilizar a los mismos. Se permite en tales casos, en los que el incapaz «adolece de grave deficiencia psíquica», que éste pueda evitar engendrar una descendencia a la que no va a poder atender, particularmente, en el caso de la mujer, que sufra el trauma que el embarazo pueda generarle. Para conocer las particulares circunstancias psíquicas del incapaz al que se pretende esterilizar, la norma cuestionada ordena al juez que oiga «el dictamen de dos especialistas». También se le ordena, al afectar la decisión a un incapaz, la audiencia del Ministerio Fiscal. Y se le exige para que forme adecuadamente su criterio «la previa exploración del incapaz». 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. Carece, en definitiva, de fundamento la pretensión de violación por el precepto cuestionado del artículo 15 de la Constitución.

6. El presidente del Congreso de los Diputados, por escrito registrado el 23 de julio de 1992, comunicó el acuerdo de la Cámara de no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General.

7. Mediante providencia de 12 de julio de 1994, se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona cuestiona la legitimidad constitucional del párrafo segundo, último inciso, del artículo 428 del Código penal, introducido por el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del citado Código. Para centrar desde el primer momento el verdadero alcance de la cuestión planteada, es preciso reproducir en su integridad el párrafo 2.º del artículo 428, pues el inciso cuestionado trae causa de lo que para las personas capaces se establece en la primera parte del párrafo 2.º En él, después de disponer el párrafo 1.º que las penas señaladas para los delitos de lesiones se impondrán «aun cuando mediare consentimiento del lesionado», se establece que «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 transesexual realizada por facultativos, 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». A continuación el precepto incluye el inciso cuestionado que dice así:

«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 re-

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

En el Auto de planteamiento, recogido con detalle en el antecedente 2 de esta Sentencia, se hacen algunas consideraciones o comentarios críticos al inciso cuestionado desde el punto de vista de su deficiente técnica legislativa que, a su juicio, deja de resolver una serie de problemas como el relativo a si el juez competente ha de ser el que conoció del juicio de incapacitación o el que por reparto corresponda a un nuevo procedimiento; la clase y naturaleza de éste, si de jurisdicción contenciosa o voluntaria; y también estima irrazonable que de la regla general prohibitiva contenida en la primera parte del párrafo 2.º del artículo 428 C.P. —que el otorgante del consentimiento fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales—, solamente se exceptúe en el inciso cuestionado la esterilización de los incapaces y no la de los menores, siendo así que el problema sigue siendo el mismo y el precepto no da razón alguna para esta discriminación. 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 cuestionada». 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 al derecho fundamental proclamado en el artículo 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».

El Auto parte de un hecho ciertamente indiscutible: que los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos. En apoyo de esta aseveración incuestionable cita los artículos 10 y 49 de la Constitución y se refiere también a la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, que concluye con estas palabras: «La persona mentalmente retrasada tiene, por encima de todos los demás, el derecho de ser respetada». Por ello en el Auto de planteamiento se hace una afirmación que, más que justificar la duda del juzgador, demuestra su convicción sobre la inconstitucionalidad de la norma. Después de reproducir el artículo 15 C.E. en lo que afecta a la cuestión planteada, afirma que «por ello hemos de partir de un hecho fundamental: toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de la persona mentalmente retrasada».

A continuación, el Auto, después de referirse para combatirlas a las opiniones doctrinales favorables a la medida y a diversas Sentencias de este Tribunal relacionadas con el rigor y la ponderación con que han de ser respetados los derechos fundamentales cuando se da el caso de una posible colisión entre ellos (S.S.T.C. 53/1985, 53/1986 y 120/1990), señala otras medidas que podrían adoptarse para la finalidad pretendida por la norma sin llegar al extremo de la esterilización, como la vigilancia por los guardadores del incapaz o incluso la interrupción del embarazo al amparo de la causa 2.ª del artículo 417 bis del C.P., y termina planteando la cuestión en los siguientes términos: la esterilización de los incapacitados es medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física constitucionalmente protegida; la medida es desproporcionada y no aparece inspirada por ningún noble propósito, ni encaminada al beneficio del incapaz; la posibilidad de mejoría del incapaz, no descartable dado los avances de la ciencia médica, podrían privarle de su facultad reproductiva ya que, según el informe del forense especialista en ginecología, «la esterilización en el momento actual, y con el método propugnado por los actores, que es el más inocuo, resulta irreversible entre un 10 y un 30 por 100 de los casos».

El Auto cierra su argumentación con las siguientes palabras: «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, a juicio de este magistrado notoriamente inconstitucional».

El núcleo de la cuestión planteada está, pues, referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el artículo 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 2.º del artículo 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. Es cierto que, como se recuerda en el Auto de planteamiento con cita de diversas Sentencias de este Tribunal, cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia «y se ve obligado —como dice la S.T.C. 53/1985— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos».

Pero 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. Admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en ese supuesto y en los demás que contempla el artículo 428 del C.P. —trasplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la Ley y cirugía transexual—, según la reforma de 1983, surge inmediatamente, en lo relativo a la esterilización, la conveniencia de que esa posibilidad que se otorga a las personas capaces, pueda extenderse, exclusivamente en beneficio de ellos, a quienes en razón de grave enfermedad psíquica no están capacitadas para prestar el consentimiento libre que exige el precepto. En principio, si respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 C.E.), precepto éste que concuerda con el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 («El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos»), habrá de concluirse que el inciso cuestionado del artículo 428 del C.P. no plantea realmente un problema de posible vulneración del artículo 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 2.º del artículo 428 del C.P., 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.

Se desprende de este planteamiento, que es el que surge de relacionar lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 428 del C.P. en sus dos vertientes de personas capaces e incapaces, que 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 garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de re-

quisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

3. Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el Auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la 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 que, dotada de independencia y de 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. 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.

La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto: «cuando aquella —la autorización— haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz». Por tanto, sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada. Añádase que la «petición del representante legal» de que habla el artículo 428 del C.P. en el inciso cuestionado presupone lógicamente —tratándose como se trata de deficientes psíquicos mayores de edad, que son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición— una previa incapacitación de los mismos declarada jurisdiccionalmente en otro proceso. Esta incapacitación judicial previa se da por supuesta en el Auto de planteamiento cuando duda si debiera corresponder a ese mismo juez otorgar la autorización controvertida. En suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; la autorización del juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes.

En tercer lugar, la solicitud deducida por el representante legal del deficiente, aunque presupuesto inexcusable de la decisión del juez, carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta. La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia «grave» y, consecuentemente, 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. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del incapaz.

Finalmente, el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien, como es obvio, 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.

Pues bien, prevista en el precepto la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz; del juez mediante su autorización que puede o no otorgar y que está precedida de la exploración del enfermo y de una previa declaración de incapacidad también judicialmente acordada; de los especialistas que habrán de informar sobre la gravedad de la enfermedad psíquica del incapaz y sobre las consecuencias que para su salud física y mental podrá producir la esterilización y, finalmente, la intervención del Ministerio Fiscal sobre el cumplimiento de todas y cada una de las garantías previstas en la norma, permite afirmar 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.

Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que, como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible, 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; ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto. 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. Es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma que examinamos afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el artículo 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 artículo 10.1 de la Constitución.

Mediante el derecho a la integridad física y moral —declaramos en la S.T.C. 120/1990— «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» (fundamento jurídico 8.º). Este consentimiento, empero, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el juez. 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. Esta, así, nunca sería admisible, toda vez que no cabe su aceptación por el sujeto al que habría de afectar.

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. 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 integridad física que la intervención entraña.

Que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el artículo 39.3 C.E. y que son explicitadas en los deberes y facultades que el Código Civil (art. 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. 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 derivan necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines:

a) Lo primero —la justificación— porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el artículo 428 del C.P., 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. Pero es que además de los fines expuestos que justifican la medida de esterilización para ambos sexos y que, en modo alguno pueden calificarse de ilegítimos o innobles, en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes por las consecuencias fisiológicas del embarazo. La paciente de una grave enfermedad psíquica no alcanzará a comprender las mutaciones que experimenta su cuerpo, ni las molestias e incluso sufrimientos que lleva aparejada la gestación y, menos aún, el final traumático y doloroso del parto. Por tanto, si entendemos justificada la esterilización 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, pueden dañar más aún su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo.

b) Cuestión distinta es que la disposición controvertida, autorizante de una limitación del derecho fundamental a la integridad física y por ello precisada de la justificación ya examinada, sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, 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 que es el supuesto al que se refiere el Auto de planteamiento), de sus potencialidades genésicas.

En la S.T.C. 76/1990 que, aunque referida al artículo 14 C.E., al cual no es absolutamente extraño el caso aquí planteado, declaramos 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 resultados especialmente gravosos o desmedidos». Pues bien, analizada desde este prisma la norma cuestionada, es claro que entre 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. A otras medidas posibles se refiere el Auto y de ellas nos ocuparemos en el fundamento siguiente. Ahora nos basta señalar que, en razón de la mayor seguridad del resultado, la medida cuestionada no es desproporcionada con la finalidad a la que responde.

Ahora bien, es indudable que, pese a lo expuesto, la proporcionalidad desaparecería si la previsión legal pudiera constituir un atentado al derecho fundamental a la vida de los deficientes psíquicos, pero este riesgo, al margen del normal que comporta toda intervención quirúrgica, únicamente podría producirse si la resolución judicial autorizante se adoptara no obstante constar en el dictamen de los especialistas el grave riesgo que para la salud de aquéllos habría de significar la esterilización solicitada por sus representantes. De ahí que el respeto a los derechos a la vida y a la integridad física y moral de tales personas requiere del juez que interese de los peritos especialistas que han de dictaminar que se pro-

nuncien 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. Examinadas en los fundamentos anteriores en sentido positivo para la constitucionalidad del precepto, las garantías que en él se exigen para que pueda pronunciarse el juez sobre la autorización que de él se solicita, la finalidad legítima del precepto para amparar la limitación del derecho constitucional a la integridad física de los incapaces, y la proporcionalidad entre el medio autorizado y los fines que persigue la norma, sólo nos resta aludir a las objeciones y a otras posibles medidas menos drásticas a las que se refiere el Auto de planteamiento:

A) 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 artículo 15 C.E. Basta para ello con contrastar la índole de la medida cuya práctica puede autorizar el juez, llevada a cabo por facultativo especialista de manera conforme a la *lex artis*, con los contornos de la acción constitucionalmente vedada, según ha sido identificada por nuestra jurisprudencia tomando como base la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, de una parte, «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico —declaráramos en la S.T.C. 120/1990, fundamento jurídico 9.º, y hemos venido reiterando [así, recientemente, en la S.T.C. 57/1994, fundamento jurídico 4.ºA)]—, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente. De otra parte, hemos dicho igualmente que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados. Pues bien: nada de esto ocurre en el supuesto de la esterilización de deficientes prevista en el artículo 428 del C.P., como tampoco en el de la esterilización voluntaria de personas capaces mayores de edad contemplada en el mismo artículo. Verdad es que lo que distingue a ambos casos es el consentimiento de los afectados, pero la falta de aquél en el caso de los incapaces y su sustitución por la autorización judicial no conlleva la vulneración de la interdicción contenida en el artículo 15, ya que la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejear o envilecer 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 juez proponente sostiene como alternativa al precepto cuestionado 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. Según se advierte, el órgano judicial únicamente considera innecesario el precepto legal en cuanto afecta a las mujeres deficientes; mas, aun así, su argumentación no resulta aceptable. En efecto, comenzando por la referencia a la posibilidad de interrumpir la gestación que contempla el artículo 417 bis 1.2.º del Código penal, 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 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 del nivel de comprensión en tal caso preciso.

De otro lado, por lo que atañe a la vigilancia «normal» de las personas deficientes, e independientemente del albur de su real efectividad, es éste un argumento del juez *a quo* que, en definitiva, y sobre la premisa de que la sexualidad no integra el contenido de ningún derecho, conduce a justificar su represión absoluta. Pero semejante represión puede

llegar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), cuando no, en la eventualidad de que exista intimidación, al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 C.E.). La vigilancia a que alude el cuestionante únicamente será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad.

C) Otras posibles medidas anticonceptivas que, aunque no se citan en el Auto de planteamiento, podrían entenderse implícitamente comprendidas en su argumentación, puesto que las señaladas expresamente lo son a título indicativo, no ofrecerían la misma seguridad y certeza, a que ya nos hemos referido, que la esterilización. Pero es 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 tan intensa y rigorista que reconducirían estos sistemas a la vigilancia del enfermo de la que ya nos hemos ocupado.

6. Un último punto a tratar es el de la compatibilidad entre la previsión legal cuestionada y lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución. Acerca de este extremo, el órgano judicial se ciñe a preguntar, sin más consideraciones, en qué contribuye la esterilización que el precepto controvertido permite a la «previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» de las personas mentalmente retrasadas. A este respecto tenemos que decir, 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 artículo 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. En definitiva, lo dispuesto en el último inciso del artículo 49 C.E. —que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos—, no es sólo compatible con la norma cuestionada, sino que, como ya hemos dicho, contribuye a justificar la finalidad a que responde el precepto.

FALLO

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 2.º, último inciso, del artículo 428 del Código penal, redactado según el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1988, no es contrario a la Constitución.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.—Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Firmado y rubricados.

Voto particular que formula el magistrado don José Gabaldón López respecto de la Sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad número 1415/92.

Disiento del parecer de la mayoría de mis colegas respecto de la fundamentación y el fallo de la Sentencia. Del fallo, porque entiendo que debió declarar la inconstitucionalidad del párrafo 2.º, último inciso, del artículo 428 del Código penal según la redacción dada al

mismo por el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, es decir, del párrafo que literalmente dice: «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 los especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

En cuanto a la fundamentación, por los motivos siguientes:

1. El derecho a la integridad corporal, reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española (como «derecho a la integridad física y moral») 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. Precisamente el precepto que se cuestiona, integrado en la reforma del Código penal, 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. 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. Y ello, pese a la formulación expresa en el precepto constitucional de un derecho fundamental que implica el de no ser privado de ninguna parte corporal o vital, incluso de la propia apariencia personal y de la integridad de las funciones corporales.

2. La cuestión se plantea, pues, en relación con 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.

Debe, sin embargo, partirse de una esencial afirmación: el incapaz es un ser humano, que, como tal, tiene derecho a su integridad física. La conducta que deja de ser punible y por tanto se legitima no puede ni siquiera ser consentida por el sujeto pasivo, por ser éste incapaz. 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. Entiendo, sin embargo, que no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerando como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza.

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 sustitución de la voluntad del incapaz por la de terceros no guarda en el caso ni siquiera proporcionalidad. Acaso la guardaría con un fin médico estrictamente curativo. Pero 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. 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. De hecho se basa en una serie de hipótesis como la de evitar la prole del incapaz porque éste no está en condiciones de afrontar las responsabilidades de la paternidad... 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. Los ejemplos de la historia reciente, conocidos y sufridos por la humanidad, ponen de relieve la desproporción jurídica de medidas de este tipo y el riesgo cierto que conllevan de relativización de los derechos fundamentales de la personalidad. Por lo pronto, una Ley

autoriza, bajo ciertas condiciones, la lesión de la integridad física de los incapaces. Mas 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. La posibilidad de que las leyes, con diversos fundamentos, permitan en uno u otros casos su afección, los coloca en riesgo cierto de resultar degradados y alterados. Mas la garantía constitucional habrá resultado insuficiente si no se les reconoce toda la fuerza inherente a unos derechos que se fundan directamente en la dignidad del hombre. Porque ulteriores leyes podrán, una vez degradado el principio constitucional, extender la aplicación de la medida mediante la modificación de las condiciones exigibles: en cuanto a los fines, en cuanto a la persona del solicitante, en cuanto a los requisitos de la intervención judicial... y finalmente, incluyendo en la categoría «autorizable» a otros sujetos pasivos que se consideren parangonables a los deficientes psíquicos. Cuando se altera un derecho de esta naturaleza las consecuencias antijurídicas pueden llegar a ser desmesuradas.

Y ni siquiera es necesaria la memoria histórica cuando 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.

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. El juez podrá verse constreñido a autorizar la mutilación de un ser humano sólo con que se pida por su representante legal y dos médicos dictaminen favorablemente la existencia de una deficiencia psíquica grave, incluso sin determinar si su naturaleza se relaciona con la medida pretendida y si es necesaria para los fines que se aducen en su justificación. Ni siquiera existe una garantía de que la ejecución médica de la medida se ajustará a la decisión del juez, ni que éste pueda imponer algún tipo de condicionamiento.

5. El precepto se limita a declarar no punible la esterilización. Ni siquiera se remite a un posible condicionamiento que la hiciera menos radical, como podrían ser ciertas facultades atribuibles al juez, o las condiciones del sujeto (naturaleza de la deficiencia psíquica) o las de la intervención (reversibilidad, constituir una última ratio, imposibilidad de utilizar otros métodos... como incluso exige el informe del Parlamento europeo de septiembre de 1992 para estas prácticas), 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. Simplemente podría invocarse 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)... o en eventuales y sedicentes derechos alegados como el «derecho a la sexualidad...» 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 en cuanto tiene lugar una lesión cierta de la integridad corporal con fines difusos y que, por supuesto, no consisten en la preservación de otro derecho fundamental de la misma categoría específica de derecho de la personalidad. No se trata en estas medidas de proteger la dignidad de la persona.

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 re-

presentante 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.

Todo lo dicho determina, en mi opinión, la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Madrid, catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.—José Gabaldón López.—Firmado y rubricado.

Voto concurrente que formula el magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en la C.I. 1415/92.

Estoy de acuerdo con el fallo de la presente Sentencia declaratorio de la constitucionalidad del artículo 428 del C.P. Discrepo, en cambio, de su fundamentación jurídica en dos extremos puntuales: *a)* en las alusiones, que se efectúan en el fundamento jurídico 4.º *a)*, a la mayor necesidad de esterilización de la mujer deficiente psíquica que, aunque bien intencionadas, me parecen discriminatorias para la propia mujer, y *b)* las referencias al principio de proporcionalidad que se contienen en los fundamentos jurídicos 4.º *b)* y 5.º *c)*.

Sobre este último extremo creo que nuestra 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 con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o la aplicación constitucional de la misma.

En este sentido, no deja de sorprender que, ante una «intervención corporal» como lo son los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad (que en la doctrina alemana merecerían la calificación de leve o «banal»), nuestra S.T.C. 7/1994 haya efectuado un examen pormenorizado de las exigencias de la proporcionalidad y, ante una intervención corporal «grave», como es el caso de la esterilización, que entraña una mutilación de los órganos sexuales del ser humano, dicho análisis brille por su ausencia.

Por esta razón, me permito recordar aquí las principales notas de dicha doctrina que, no obstante el silencio de esta Sentencia, han de resultar, con mayor razón, de aplicación en las esterilizaciones de deficientes psíquicos: *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 o, lo que es lo mismo, la esterilización ha de justificarse objetivamente para obtener el logro de los fines constitucionales que la justifican, y *c)* por último, y como consecuencia de lo anterior, debe el juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física, porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines mediante medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquellas que producen la ablación total de la función reproductora.

Desgraciadamente poco a 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 (por cierto, sin determinar siquiera el grado de gravedad y posibilidades de curación por la enfermedad) con consideraciones, en mi opinión, ajenas a un juicio de constitucionalidad, por lo que mucho me temo que se nos puedan replantear todos estos problemas irresueltos en esta Sentencia a través de futuros recursos de amparo.

Madrid, dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 1415/92, al que se adhiere el magistrado don Pedro Cruz Villalón.

Pese a coincidir con la mayor parte del contenido de la Sentencia, me veo obligado a expresar mi disenso del criterio de la mayoría del Tribunal por considerar que las garantías previstas por el legislador para el supuesto del inciso final del párrafo 2.º del artículo 428 del Código penal son insuficientes desde un punto de vista constitucional.

1. Si comparamos el presente supuesto con los contemplados en el primer inciso del párrafo 2.º del artículo 428 del Código penal (C.P.), en los que «el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal», puede observarse que allí el legislador ha regulado de forma muy distinta los presupuestos necesarios para que se produzca este resultado en relación con los tres supuestos que se contemplan. Pues si bien en los casos de «esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo» las garantías legales para que el consentimiento del lesionado se repunte válido se consignan en el propio precepto penal, respecto al supuesto más complejo del «trasplante de órganos» el legislador penal se ha remitido a la Ley que regula este supuesto. Esto es, a la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, disposición que ha sido objeto de diversos desarrollos reglamentarios.

Quizá el singular desarrollo legislativo del precepto cuestionado pueda explicar que fue la primera de las dos vías indicadas la que también se utilizó para incluir el caso de la «esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica» en el inciso segundo del párrafo 2.º del mencionado artículo 428 C.P. Pero basta enunciar el supuesto definido por el legislador para comprender que es muy distinto del de la esterilización voluntaria contenido en el inciso precedente, donde las previsiones legales que la limitan están destinadas a garantizar la libre expresión del consentimiento del lesionado. Aquí, 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. Por ello, era obligado a mi parecer 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. Cabe estimar, pues, que la vigente regulación legal del régimen de la autorización judicial no guarda correspondencia con los bienes y valores constitucionales que puedan quedar afectados con la medida, ni supone una protección suficiente del derecho fundamental reconocido por el artículo 15 C.E. Conclusión que debiera haber conducido, a mi parecer, a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

2. Aun si se acepta, como ha hecho la Sentencia, que la regulación del régimen de la autorización judicial puede llevarse a cabo en el propio precepto penal, las garantías previstas son a mi parecer insuficientes desde un punto de vista constitucional en atención a las siguientes omisiones:

A) En primer lugar, el precepto contempla la existencia de una deficiencia psíquica «grave», por lo que será preciso no sólo determinar su existencia en el momento de solicitarse la autorización judicial mediante los oportunos dictámenes médicos, como se indica en la Sentencia, sino también que estos dictámenes determinen si esa incapacidad psíquica es permanente o, por el contrario, puede producirse una evolución positiva del incapaz. Lo primero pertenece, obvio es, a la normal función judicial de comprobación de los presupuestos de una conducta que, en otro caso, sería lícita. Pero no ocurre otro tanto respecto a lo segundo, dada la ausencia de una expresa previsión legal, pudiendo quedar vulnerado a mi parecer el derecho fundamental que el artículo 15 reconoce sí, 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, aun tratándose de un disminuido psíquico grave, ello no excluye que dicha persona pueda comprender los aspectos básicos de su sexualidad y las consecuencias de la medida de intervención corporal cuya autorización se solicita. Este dato, al igual que el anterior, está ausente de las previsiones legales y aun cuando la Sentencia lo indica expresamente, no establece la consecuencia apropiada en materia de garantías, precisando que debe ser objeto de los oportunos dictámenes médicos; pues como ha sido puesto de relieve por la doctrina científica, tal medida sólo puede autorizarse si falta esa comprensión por parte del disminuido psíquico, ya que, en otro caso, la esterilización necesariamente requerirá su consentimiento.

C) Por último, para enjuiciar la proporcionalidad de la medida en relación con su finalidad es preciso, a mi parecer, que el órgano judicial proceda a una ponderación de otras circunstancias, vinculadas al interés prioritario del disminuido psíquico, para que la autorización judicial, en su caso, sólo pueda entrañar la menor lesión posible del derecho fundamental que el artículo 15 garantiza y no quede soslayada la especial protección que el artículo 49 C.E. establece. A este fin, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad. El artículo 428 C.P., ciertamente, omite esta doble ponderación y, de este modo, el régimen de la autorización judicial previsto es insuficiente para que quede debidamente protegido el derecho fundamental que el artículo 15 C.E. garantiza.

Madrid, dieciocho de julio de novecientos noventa y cuatro.—Julio Diego González Campos y Pedro Cruz Villalón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, magistrado de este Tribunal, respecto de la Sentencia del Pleno que contesta a la cuestión de inconstitucionalidad número 1415/92, promovida por el juez de Primera instancia número 5 de Barcelona, sobre la nueva redacción del artículo 428 del Código penal por obra de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Por razones viscerales, aun cuando la expresión 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. No se me oculta el atractivo de las soluciones cuya vestidura racional se corta y confecciona con un aparente cientifismo. 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. No faltaron entonces, sin embargo, voces que clamaron en el desierto pero dejaron ahí su testimonio, como la de Aldous Huxley en «*Brave New World*», visión futurista de ciencia-ficción con un título shakesperiano que utilizaba una frase atinente, por cierto, al Nuevo Mundo, América. Hasta el profesor Jiménez de Asúa, una de las mentes más lúcidas de la época, cayó en la trampa de la geometría biológica y, con cierta incongruencia, defendió en aquellos años la castración de «los imbéciles, los idiotas, los epilépticos esenciales y todos aquellos enfermos sin remedio que han de engendrar a esos tristes despojos tarados, candidatos a la desgracia y al manicomio... cuando su enfermedad incurable sea, a juicio de los médicos especialistas, transmisible a sus descendientes. Es preciso evitar ese legado maldito. En cambio, los delincuentes, por muy peligrosos e incorregibles que parezcan, no deben ser esterilizados, pues no se ha podido probar la herencia del delito». Está en trance de ser probada cuando se complete el mapa genético de la Humanidad y se identifiquen los cien mil genes que lo componen. ¿Qué haremos entonces?

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 esté empedrado de buenas intenciones. Sin pretenderlo, pero ineluctablemente, esta cuestión retrotrae mi memoria histórica, por la edad, a un día aciago, el 1 de septiembre de 1939, en el que médicos capaces y probos funcionarios pusieron fin a la vida de los enfermos incurables. También aquella medida tuvo un principio más inocuo. La película «Cabaret», que refleja con fidelidad aquella época, contiene una secuencia, obra maestra dentro de una obra maestra, donde una balada idílica, 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 comprende. Sin dramatizar en absoluto, pero consciente del riesgo de estas medidas eugenésicas dejadas al Estado y a la familia, planteo mi discrepancia a continuación, desde una perspectiva estrictamente jurídica, poniendo por delante empero la «tercera premisa» de la cual hablaba el juez Frankfurter, las convicciones de quien esto escribe.

1. La esterilización es una agresión anatómica que, por sí, daría lugar a un delito de lesiones, cualificado por su resultado y, por ello, castigado con especial severidad (art. 421 C.P.). Es clara la antijuridicidad formal como lo es igualmente la material que le sirve de cobertura. En efecto, la propia Constitución nos indica el bien jurídico protegido, la integridad física (art. 15 C.E.) configurado como derecho fundamental, derecho además primario al cual tiende el instinto de conservación como energía biológica. No parece dudoso que los disminuidos intelectualmente tengan todos los derechos de los demás ciudadanos sedicentemente «normales», más uno: el de ser protegidos de sus propias limitaciones y también, a veces, de sus protectores. 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.

En tales coordenadas, 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. Con igual racionalidad podría predicarse, y la tentación se ha producido más de una vez, la castración de los psicópatas o psicóticos, real o potencialmente *serial killers*, asesinos múltiples cuya reincidencia en libertad puede predecirse con un margen de error mínimo como muestra la experiencia en nuestro país y la ajena. 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.

2. Ahora bien, si la finalidad es insuficiente y la desproporción notoria, las garantías para la protección del incapaz son inexistentes. En primer lugar, y desde su dimensión subjetiva, la expresión «persona incapaz» parece referirse a una situación de hecho, sin exigencia de una previa declaración judicial al respecto. 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. No se exige al respecto un diagnóstico sin margen razonable de error, posible hoy en día gracias a los avances espectaculares de la genética, sin tener en cuenta al respecto la trasmisibilidad hereditaria de la dolencia o deficiencia del incapaz a quien se trata de castrar, *ratio* profunda pero enmascarada de esta norma, ni aludir siquiera el método utilizable para la castración, que puede y debe ser reversible. Se configura así de un plumazo una auténtica discrecionalidad médica. Cuenta decisivamente la opinión de dos facultativos, especialistas o no, pues no se les exige tal condición, 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. No se toman, pues, las precauciones mínimas para garantizar la intangibilidad de la integridad física. Si a lo dicho se añade que las razones eugenésicas recuerdan demasiado a las que pretendieron y pretenden justificar la pena de muerte, quizá 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.

Por lo dicho con la mayor brevedad que me ha sido posible, el fallo hubiera debido declarar que el párrafo 2.º, último inciso, del artículo 428 del Código penal, redactado según el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, es contrario a la Constitución.

Madrid, a dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 260/1994, de 3 de octubre de 1994. Recursos de amparo 1.561, 1.562, 1.563, 1.564, 1.565, 1.566 y 1.567/1992 (acumulados). Contra Autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona, en recursos de apelación, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona en autos de jurisdicción voluntaria, seguidos a instancia de los apelantes por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña. Supuesta vulneración del derecho a la educación: escolarización obligatoria. Voto particular.

En los recursos de amparo acumulados números 1.561, 1.562, 1.563, 1.564, 1.565, 1.566 y 1.567/92, interpuestos por la Generalidad de Cataluña, como institución tutelante de los menores Ana María y Miguel Angel B.R. (1.561), Phillipe, Andrea, Christopher, Stephen, Mercy y Laura G. (1.562), Jordi y Sandra D.G. (1.563), Trinity, François y Glenn P. (1.564), Angel M.O. (1.565), Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M. (1.566) y Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M. (1.567), contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de mayo de 1992, en los recursos de apelación números 163/92, 157/92, 159/92, 158/92, 161/92, 162/92 y 160/92, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona, de fecha 6 de noviembre de 1991, en los autos de jurisdicción voluntaria números 517/90, 510/90, 512/90, 511/90, 515/90, 514/90 y 516/90, seguidos a instancia del nombrado apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña. Han comparecido el Ministerio Fiscal, don Agustín B.G. y Doña Concepción R.R., padres de Ana María y Miguel Angel B.R., representados por la procuradora doña Matilde Tello Borrell y asistidos del letrado don Fernando Prida Carballera; doña Evelyn Faye G., madre de Philippe, Andrea, Christopher, Stephen, Mercy y Laura G., representada por la procuradora doña Isabel Alfonso Rodríguez y asistido del letrado don Joaquim Escuder i Planxart; doña María José D.G., madre de Jordi y Sandra D.G., representada por la procuradora doña María del Prado Oliver Cabañas y asistida del letrado don Joaquim Escuder i Planxart; don Harvey Lee P. y doña Carol G., padres de Trinity, François y Glenn P., representados por la procuradora doña Almudena Delgado Gordo y asistidos del letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; doña Rosario M.O., madre de Angel M.O., representada por el procurador don Emilio López Leiva y asistida del letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; don Dennis Edward M., padre de Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M., representado por la procuradora doña Paloma Prieto González y asistido del letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; y doña Teresa M.M., madre de Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M., representada por la procuradora doña Josefa

Landete García y asistida del letrado don Joaquim Escuder i Planxart. Ha sido Ponente el magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de junio de 1992, tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal siete escritos de la Generalidad de Cataluña, como institución tutelante de los menores Ana María y Miguel Angel B.R. (1.561/92), Phillipe, Andrea, Christopher, Sthephen, Mercy y Laura G. (1.562/92), Jordi y Sandra D.G. (1.563/92), Trinity, François y Glenn P. (1.564/92), Angel M.O. (1.565/92), Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M. (1.566/92) y Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M. (1.567/92), formalizando recursos de amparo contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de mayo de 1992, en los recursos de apelación números 163/92, 157/92, 159/92, 158/92, 161/92, 162/92 y 160/92, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona, de fecha 6 de noviembre de 1991, en los autos de jurisdicción voluntaria números 517/90, 510/90, 512/90, 511/90, 515/90, 514/90 y 516/90, seguidos a instancia del nombrado apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña.

2. Los hechos en los que se fundamentan las demandas de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Con fecha 23 de julio de 1990 la Dirección General de Atención a la Infancia comunicó al Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona la oposición de los padres de los menores cuyos nombres se han transcrito a las medidas de protección adoptadas por la Generalidad respecto a ellos, concretadas en la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la Dirección General de Atención a la Infancia.

b) El 6 de noviembre de 1991 el Juzgado dicta los Autos 510 a 516/1991, idénticos en su contenido, desestimando la oposición planteada a la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la Generalidad.

Los mencionados Autos, tras centrar el problema jurídico en el alcance y límites de la patria potestad y, en concreto, del derecho de los padres a educar y formar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones (fundamento jurídico 2.º), consideran que el artículo 27.3 de la Constitución ha de confrontarse con los deberes que la patria potestad conlleva, y que cuando la educación impartida impida o limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo, presupuesto para la asunción de la tutela legal por la entidad pública competente (fundamento jurídico 3.º); tras considerar acreditado que los padres de los menores pertenecen a una secta («Niños de Dios») contra la que se está siguiendo un proceso penal, razona que la conducta de manipulación mental y anulación de toda capacidad crítica realizada por los padres ha supuesto que los menores presenten deficiencias en las áreas de socialización y autonomía personal, por lo que considera que se da una situación de desamparo, explicitada, entre otros aspectos, en la no escolarización de los menores, declarando en consecuencia, ajustada a Derecho la medida de internamiento de los menores, aunque, a petición de la propia Generalidad, «ante la favorable evolución de los menores a raíz de su escolarización», repone a los padres la mera guardia de los menores.

c) Los padres de los menores interpusieron recursos de apelación contra los meritados Autos; recursos que fueron resueltos en sentido estimatorio por los Autos (idénticos en su contenido) números 157 a 163/92, de 21 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. A juicio de la Sala, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y

respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 C.E.); en su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad «Niños de Dios» fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, «escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país». Se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, «rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado», y que, en definitiva, debía «prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos».

3. La demandante de amparo considera vulnerado el artículo 27.1, 2, 3, 4 y 5 en relación con el artículo 15 de la Constitución.

Las demandas de amparo comienzan analizando el cumplimiento de los requisitos procesales y, en particular, la legitimidad de la Generalidad para la interposición de los recursos, considerando al respecto que la legitimación de los menores se deriva de lo dispuesto en el artículo 162.1.b) C.E. y que dichos menores están representados por la Generalidad, como institución tutelante, que, en tal concepto, ha sido parte en los procesos judiciales. Se destaca, asimismo, que lo que se discute es la vulneración del derecho fundamental a recibir una educación integral de los menores, que éstos carecen de capacidad procesal y que, al no hacerlo los padres, surgiría una indefensión si no actuase la institución tutelante.

En relación con el fondo del asunto, entiende la Generalidad de Cataluña que se ha vulnerado el artículo 27.1 C.E. en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral, y que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el artículo 27 C.E. reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga, como afirman los Autos recurridos, injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, conclusión que se apoya en la S.T.C. 86/1985 (fundamento jurídico 3.º), de forma que, sobre la base de los artículos 16.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de noviembre de 1989 (*Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990) y de la doctrina sentada en la S.T.C. 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral; sin embargo, los Autos impugnados supeditan absolutamente al ejercicio de una supuesta libertad religiosa el ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos, en contra también del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (*caso Kjeldsen, Busk, Mandsen y Pedersen*) y de la S.T.C. 5/1981, por lo que los referidos Autos vulneran lo dispuesto en los artículos 10, 15 y 27 C.E., no siendo tampoco de recibo las consecuencias que las resoluciones judiciales impugnadas derivan de la condición de extranjeros de algunos de los menores, en la medida en que el artículo 27 C.E. les es también de aplicación.

En conclusión, se solicita la nulidad de los Autos impugnados, así como su suspensión. Por medio de otrosí, interesa la demandante de amparo que en el supuesto de que este Tribunal considere que la Generalidad no ostenta la representación de los menores, se dé traslado de los recursos al Ministerio Fiscal, al objeto de que pueda, en interés de los menores, comparecer y proseguir su tramitación.

4. Mediante providencias de 28 de septiembre de 1992, la Sección Segunda de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al letrado de la Generalidad

con el fin de que realizaran las alegaciones pertinentes en torno a la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.c) L.O.T.C., por carecer las demandas manifiestamente de contenido constitucional.

El Ministerio Fiscal, mediante escritos de 14 de octubre de 1992, solicitó la inadmisión de los recursos. Razona el Ministerio Público que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria sin dimensión constitucional alguna —determinar si existe o no la situación de desamparo de los menores— resuelta motivadamente por el Tribunal de apelación. A su juicio, no existe vulneración del artículo 27 C.E. toda vez que no se ha probado que los menores no reciban una educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral.

Por su parte, la Generalidad insiste en el contenido de las demandas.

5. Por nuevas providencias de la Sección Segunda de 26 de octubre de 1992, se requirió del Ministerio Fiscal y de la Generalidad que alegasen lo que estimaran pertinente acerca del posible incumplimiento de requisitos procesales, por no ser la actora representante legal ni titular del derecho fundamental controvertido, requerimiento que, por error material, había sido omitido en las providencias anteriores.

El Ministerio Fiscal, mediante escritos registrados el 10 de noviembre de 1992, razona que el artículo 162.1.b) de la Constitución establece que está legitimado para interponer un recurso de amparo quien invoque un interés legítimo cualificado o específico, lo que constituye una categoría más amplia que el derecho subjetivo, porque se identifica con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, regulación que es completada con el artículo 46.1.b) L.O.T.C., que exige haber sido parte en el proceso y tener un interés legítimo. Señala que la Generalidad no es titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado, ya que, como consecuencia de los Autos impugnados, ha perdido la tutela de los menores; sin embargo, si el Tribunal estimara los recursos volvería a recuperarla, de donde se deduce que tiene un interés legítimo; además, ha sido parte en el proceso judicial, por lo que concluye que, en su opinión, no concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a) en relación con el 46.1.b), ambos de la L.O.T.C.

La Generalidad, por su parte, cuyos escritos de alegaciones se registraron el 11 de noviembre de 1992, entiende que está actuando en interés de unos menores necesitados de protección constitucional y a favor de los cuales nadie reclama la referida protección, así como que su posición jurídica le viene conferida por imperativo legal, toda vez que el artículo 172 del Código civil le encomienda la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Afirma, además, que la legitimación en la presente *litis* está conectada con el fondo del asunto, ya que en la medida en que los Autos objeto de los recursos vulneren el derecho fundamental a la educación, su revocación reafirma su legitimación como entidad detentadora de la tutela en el ejercicio de la defensa de los menores.

6. Por providencias de 1 de diciembre de 1992, la Sección acordó admitir a trámite las demandas de amparo sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes, requerir de los órganos judiciales los testimonios de las distintas actuaciones, así como el emplazamiento de quienes en ellos fueron partes, formar las correspondientes piezas separadas de suspensión y conceder, de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la L.O.T.C., un nuevo plazo de diez días al Ministerio Fiscal y a la Generalidad para que formularan alegaciones en torno a la posible vulneración del artículo 27.4 de la Constitución.

7. Por Autos de 19 de abril de 1993 la Sala acordó denegar las suspensiones requeridas.

8. Por providencias de 29 de marzo de 1993 se tuvieron por personados y parte en estos procesos a los padres de los menores y se concedió a sus representantes procesales un plazo de veinte días para que presentaran alegaciones y se pronunciasen sobre la acumulación de los recursos.

El Ministerio Fiscal, en escritos registrados el 3 de mayo de 1993, considera que las resoluciones judiciales impugnadas no vulneran el artículo 27 de la Constitución. El derecho

fundamental a la educación señala a los poderes públicos la obligación de colaborar y ayudar a la efectividad de ese derecho fundamental; aquel precepto declara, en primer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, estableciéndose a continuación la gratuidad de la enseñanza básica y una serie de obligaciones que suponen un deber prestacional por parte del Estado, de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho. El artículo 27.4 —continúa el Ministerio Público— no significa que la enseñanza tenga que realizarse de la manera establecida por el Estado, porque puede recibirse de otra forma siempre que se obtengan los mismos resultados, y esto es, justamente, lo que afirma la Audiencia Provincial que ha sucedido, sin que la diferencia en la forma de recibir la educación suponga por sí misma una vulneración del derecho fundamental. La Audiencia considera que, a pesar de no existir escolarización, no se habían descuidado la educación y formación integral; los Autos impugnados interpretan un término legal como es el del artículo 154.1 del Código civil, y lo hacen de forma razonada y fundada, y, por tanto, dentro del ámbito de su competencia y función. Afirma, por último, el Ministerio Fiscal que a las mismas conclusiones se llega desde la óptica de la supuesta vulneración del artículo 15 de la Constitución, que se circunscribe a una cuestión de hecho, la situación o no de abandono. Concluye manifestando la procedencia de la acumulación de los recursos.

La Generalidad, por su parte, entiende vulnerado el artículo 27 de la Constitución, dando por reprochadas las alegaciones de los escritos de demanda e insistiendo en que los Autos recurridos impiden la escolarización de los menores en centros públicos homologados.

La procuradora de los Tribunales doña Carmen Tello Borrell, actuando en nombre y representación de don Agustín B.G. y doña Concepción R.R., padres de Miguel Angel y Ana María B.R., solicita, mediante escrito registrado el 23 de abril de 1993, la desestimación del recurso 1.561/92, alegando, entre otros extremos, que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los artículos 16 y 27 de la Constitución. Señala, además, su no oposición a la acumulación de los recursos.

La procuradora de los Tribunales doña Isabel Alfonso Rodríguez, actuando en nombre y representación de doña Evelyn Faye G., en el recurso 1.562/92, solicita que se declare no haber lugar al otorgamiento del amparo pretendido. Su razonamiento central, tras negar como cuestión previa su pertenencia a la secta «Niños de Dios», es que es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Considera que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia. Por otra parte, se manifiesta favorable a la acumulación de los recursos. Idéntica argumentación se contiene en los escritos presentados por la procuradora de los Tribunales doña María del Prado Oliver Cabañas, en representación de doña María José D.G. en el recurso 1.563/92, por la procuradora doña Almudena Delgado Gordo, en representación de don Harvey Lee P. y doña Carol G. en el recurso 1.564/92, por el procurador don Emilio López Leiva, en representación de doña Rosario M.O. en el recurso 1.565/92, por la procuradora doña Paloma Prieto González, en representación de don Dennis Edward M. en el recurso 1.566/92, y, por último, por la procuradora doña Paz Landete García, en representación de doña Teresa M.M. en el recurso 1.567/92.

9. Por Auto de 6 de mayo de 1993, la Sección Segunda acordó la acumulación de los recursos.

10. Por providencia de 5 de mayo de 1994, se acordó fijar el día 9 siguiente para deliberación y fallo que ha concluido en el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Para la correcta delimitación del objeto de los presentes recursos de amparo es preciso recordar, sucintamente, cuáles han sido los avatares de las causas que han concluido con las resoluciones judiciales ahora impugnadas y cuáles las razones y argumentos a cuyo alrededor se han articulado los términos de las demandas interpuestas por la Generalidad de Cataluña.

Por Resoluciones de 10 de julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña acordó —de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 y siguientes del Código civil, en el Decreto 332/1988, de 21 de noviembre, de Reasignación de Competencias en Materia de Protección de Menores y en el Decreto 380/1988, de 1 de diciembre, por el que se amplían las competencias y se estructura la Dirección General de Atención a la Infancia— declarar la situación de desamparo de los menores relacionados en los Antecedentes de esta Sentencia y asumir su tutela automática. Tales Resoluciones se basaban en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Los padres de los menores se opusieron a las medidas acordadas por la Generalidad. Tal oposición fue desestimada por sendos Autos del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona; en opinión del Juzgado, los menores se encontraban en situación de desamparo y procedía, en consecuencia, la asunción de su tutela por la Administración autonómica. Promovido recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sección Primera dictó Autos revocatorios de los de instancia, dejando sin efecto las medidas administrativas adoptadas. A juicio de la Audiencia Provincial, los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral. Por lo que a su escolarización se refiere, señala la Audiencia que su formación educativa, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución.

Contra los Autos dictados en apelación se recurre ahora en amparo, alegando infracción del artículo 27 (apartados 1 a 5) en relación con el artículo 15, ambos de la Constitución. A juicio de la Generalidad de Cataluña, se ha vulnerado el artículo 27.1 de la Constitución en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral; entendiéndose que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el artículo 27 de la Constitución reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, de forma que, sobre la base de los artículos 16.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de noviembre de 1989 y de la doctrina sentada en la S.T.C. 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral.

Sostiene, por el contrario, el Ministerio Público que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria sin dimensión constitucional alguna y resuelta motivadamente por el Tribunal de apelación. A su juicio, no existe vulneración del artículo 27 de la Constitución toda vez que no se ha probado que los menores no reciban una educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral. Para el Ministerio Fiscal, el derecho fundamental a la educación señala a los poderes públicos la obligación de colaborar y ayudar

a la efectividad de ese derecho fundamental; aquel precepto declara, en primer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, estableciéndose a continuación la gratuidad de la enseñanza básica y una serie de obligaciones que suponen un deber prestacional por parte del Estado, de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho. La Audiencia ha interpretado un término legal como es el del artículo 154.1 del Código civil de forma razonada y fundada y, por tanto, dentro del ámbito de su competencia y función.

Por último, los representantes procesales de los padres de los menores sostienen que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los artículos 16 y 27 de la Constitución. En su opinión, es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Consideran que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia.

2. Así centrados los términos del debate, es obvio que el objeto de los presentes recursos de amparo no es otro que determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido o no en infracción del derecho a la educación establecido en el artículo 27 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho que ahora se invoca fue esgrimido ante la jurisdicción ordinaria en el marco de un debate más amplio, en el que lo que esencialmente se discutía era si concurrían o no las circunstancias legalmente exigidas a los efectos de atribuir a la Generalidad de Cataluña la tutela legal de los menores. Entre las razones esgrimidas por la Generalidad para fundamentar su apreciación de que la situación de los menores exigía la asunción de la tutela figuraba la relativa a la no escolarización de los niños, pero también otras tales como las referidas a la pertenencia de sus padres a una secta religiosa. Si bien el Juzgado de Primera Instancia estimó que del conjunto de las circunstancias del caso resultaba la concurrencia de las condiciones necesarias para atribuir a la Generalidad la tutela de los menores, la Audiencia Provincial consideró, por el contrario, que de aquéllas había más bien deducir lo contrario. Tratándose, en último término, del examen de una cuestión de hecho —pues no es otra cosa la verificación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas—, es evidente, como señala el Ministerio Fiscal, que nada puede oponerse sobre el particular en esta sede.

En efecto, el juicio que le han merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal, habida cuenta de que se refiere a cuestiones de hecho ponderadas y enjuiciadas en términos que, por no ser ni arbitrarios ni absurdos, no pueden ser objeto de revisión en vía de amparo (S.T.C. 148/1994). Ciertamente, la Generalidad contrae su demanda de amparo a la sola denuncia de la supuesta vulneración del derecho de los menores a la educación, sin cuestionar el acierto judicial en la apreciación y ponderación de las demás circunstancias personales y familiares invocadas en el proceso *a quo* para fundamentar su pretensión de asunción de la tutela. Ello no obstante, es de observar que lo debatido en aquellos procesos no era únicamente la cuestión relativa a la escolarización de los menores, sino, con mayor amplitud, la procedencia o improcedencia de la actuación de los mecanismos de la tutela legal, razón por la cual el problema de la escolarización necesariamente se diluía, hasta confundirse, con el resto de las circunstancias objeto de debate. Y, por lo mismo, las resoluciones judiciales que ahora se impugnan se han limitado, en congruencia con los términos de aquel debate, a declarar la improcedencia de la pretensión de la Generalidad y, en consecuencia, a restituir a los padres de los menores la plena potestad sobre los mismos.

Quiere esto decir que los Autos impugnados, con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor incorporados a sus fundamentos, sobre los cuales este Tribunal no tiene que pronunciarse, no han impedido la escolarización de los menores —único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado—, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad. La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación.

Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar los recursos de amparo acumulados números 1.561, 1.562, 1.563, 1.564, 1.565, 1.566 y 1.567/92.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael Mendizábal Allende.—Pedro Cruz Villalón.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 321/1994, de 28 de noviembre de 1994. Recurso de amparo 2.519/1993. Contra Sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño y del Juzgado de lo Penal número 2 de la misma ciudad sobre delito contra el deber de prestación del servicio militar. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de conciencia: prestación social sustitutoria.

En el recurso de amparo número 2.519/93, promovido por don Eduardo Burgos Lara, representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Infante Sánchez Torres y asistido del Letrado don Tomás Alcázar Viquera, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, de 8 de julio de 1993, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño, de 28 de mayo de 1993, sobre delito contra el deber de prestación del servicio militar. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 30 de julio de 1993, la representación procesal de don Eduardo Burgos Lara formuló demanda de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, de 8 de julio de 1993, dictada en el recurso de apelación penal, rollo número 106/93, dimanante del procedimiento abreviado número 243/93 y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño, de 28 de mayo de 1993.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso, son, en síntesis, los siguientes:

a) Con fecha 28 de mayo de 1993, el Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño dictó Sentencia en el procedimiento abreviado número 243/93 dimanante del Juzgado de Instrucción número 4, por la que se condenaba al recurrente, como autor responsable de un delito contra el deber de prestación del servicio militar del artículo 135 bis i) del Código Penal, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, suspensión del derecho de sufragio activo y pasivo por el mismo tiempo y pago de las costas del juicio.

b) Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Logroño dictó Sentencia, el 8 de julio de 1993, desestimando el mismo y confirmando la Sentencia de instancia.

3. La demanda funda su queja de amparo en la vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica consagrado en el artículo 16.1 C.E. El único límite que establece el constituyente a dicha libertad ideológica es la no alteración del orden público, que nunca podrá verse socavado por el mantenimiento de ideas pacifistas y antitotalitaristas. Las ideas antimilitaristas del recurrente resultarían asimismo incompatibles con la prestación social sustitutoria, pues dicha prestación viene fundada en la previa existencia del servicio militar.

Por otra parte, la resolución judicial recurrida lesionaría el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 C.E., al haber impuesto el mismo juzgador, en esas mismas fechas y por los mismos hechos, penas muy inferiores.

Alega por último el recurrente que la pena privativa de libertad impuesta no está orientada a la reeducación y reinserción social, tal y como establece el artículo 25.2 C.E. La pena, en este caso, sería no sólo perjudicial, sino desde un principio innecesaria, pues el actor es una persona perfectamente integrada en la sociedad. Por otra parte, reeducar significa cambiar de ideas al individuo, lo que sería contrario al sistema democrático sustentado por la Constitución en su Título Preliminar.

Concluye la demanda suplicando la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales recurridas.

4. Por providencia de 18 de octubre de 1993, la Sección Primera, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 L.O.T.C., acordó conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo para que alegasen lo que estimaran pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido [art. 50.1.c) L.O.T.C.].

5. El Ministerio Fiscal, por escrito presentado el 2 de noviembre de 1993, estima que la demanda de amparo carece de contenido constitucional, interesando su inadmisión. Esta conclusión la apoya en las siguientes consideraciones:

Por lo que se refiere a las invocadas lesiones del principio de igualdad (art. 14 C.E.) y del principio de orientación a la reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad (art. 25.2 C.E.), concurriría la causa de inadmisión de la falta de invocación previa [art. 44.1.c) L.O.T.C.], con lo que no se dio a la Audiencia Provincial la posibilidad de examinar dichas quejas, no preservándose el carácter subsidiario del recurso de amparo. Por otra parte, el recurrente al referirse a la presunta vulneración del principio de igualdad en aplicación de la ley no identifica ni aporta las resoluciones judiciales que considera término de comparación, lo cual, ya de por sí, hace que la queja carezca de contenido constitucional.

En relación con el artículo 25.2 C.E., mediante su invocación el recurrente lo que cuestiona no es tanto la finalidad de la pena impuesta como la constitucionalidad del mismo tipo penal [art. 135 bis i) C.P.], por chocar con la finalidad de reinserción social a que toda pena debe tender.

Por lo que se refiere a la denunciada vulneración de la libertad ideológica, entiende el Ministerio Fiscal que ésta no constituye un derecho ilimitado, sino que debe armonizarse su ejercicio, en todo caso, con los deberes que la propia Constitución establece. Partiendo de la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, no sería posible apreciar contenido constitucional en la demanda, pues «ni la libertad ideológica prevalece sobre el deber general del artículo 30 C.E., ni las conductas previstas en el artículo 135 bis i) C.P. —de insumisión frontal no sólo al «servicio militar» por razones de conciencia, sino también a la prestación social sustitutoria, como es el caso del recurrente— pueden verse protegidas por aquel derecho fundamental, ya que es precisamente la objeción de conciencia, en sus propios términos, la única razón que con carácter excepcional ha querido el constituyente que exima de aquel servicio y no también de la prestación social sustitutoria, la cual, como su propia palabra indica, se convierte así en el deber que nace cuando concurre la excepción».

6. Por providencia de 13 de diciembre de 1993, la Sección Primera acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 L.O.T.C., librar atenta comunicación a la Audiencia Provincial de Logroño y Juzgado de lo Penal número 2 de dicha ciudad para que, en el término de diez días, remitieran testimonio del rollo de apelación 106/93 y del procedimiento abreviado 243/93, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el procedimiento judicial, excepto el solicitante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente proceso constitucional.

7. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 20 de enero de 1994, el Abogado del Estado suplica que se le tenga por personado en los autos de amparo.

8. La Sección Primera de este Tribunal, por providencia de 7 de febrero de 1994 acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño y la Audiencia Provincial de dicha ciudad, así como tener por personado al Abogado del Estado. También acordó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 L.O.T.C., dar vista de las actuaciones del presente recurso, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal, Abogado del Estado y procurador del recurrente para que formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen.

9. El 3 de marzo de 1994, el Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones. En él hacía constar que la objeción de conciencia concierne únicamente al servicio militar como tal, sin que pueda extenderse a la prestación social sustitutoria, que no guarda ninguna analogía material con el servicio militar, y a la que no es lícito oponer objeción alguna de carácter ideológico o religioso, salvo que se alegara que la concreta prestación social sustitutoria que corresponde al recurrente consistiera en un auténtico servicio militar, incompatible con sus creencias, lo que ni ocurre ni se alega en el presente caso. En virtud de lo expuesto suplica al Tribunal que rechace en su día el primer motivo aducido por el actor en su recurso de amparo.

10. Mediante escrito presentado el 7 de marzo de 1994, el Ministerio Fiscal reitera sus anteriores alegaciones, interesando del Tribunal la denegación del amparo solicitado.

11. Por providencia de 24 de noviembre de 1994, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión que se suscita en el presente recurso de amparo consiste en determinar si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el principio constitucional de igual-

dad, el principio de orientación a la reeducación y inserción de las penas privativas de libertad, así como el derecho fundamental a la libertad ideológica consagrados respectivamente en los artículos 14, 25.2 y 16 de la Constitución.

2. En primer lugar, procede decidir si, tal y como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones presentado el 2 de noviembre de 1993, respecto a los dos primeros motivos del recurso concurre la causa de inadmisión de falta de invocación previa del derecho constitucional vulnerado [art. 44.1.c) L.O.T.C.]. En efecto, el examen de las actuaciones tenidas ahora a la vista corrobora dicha apreciación. En el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño, el actor no hizo mención alguna a la vulneración judicial del fin de inserción y reeducación al que, según el artículo 25.2 de la Constitución, deben orientarse las penas privativas de libertad. Respecto de este motivo concurre, pues, la causa de inadmisión establecida en el artículo 44.1.c) de la L.O.T.C., que en este momento procesal lo es de desestimación, toda vez que, como reiteradamente hemos declarado, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo impide a este Tribunal conocer de infracciones constitucionales que no se hayan alegado previamente ante los órganos judiciales, dando a éstos la posibilidad de su reparación.

3. Por lo que respecta a la presunta vulneración del principio constitucional de igualdad (art. 14 C.E.), tampoco denunciada con carácter previo, el recurrente se limita a afirmar que «no solamente se ha hecho caso omiso de la mayoría de las Sentencias dictadas hasta la fecha, absolutorias las unas (Madrid, Córdoba, etc.) o que imponen penas inferiores a un año de prisión menor las otras (San Sebastián, Bilbao, Madrid, y en un larguísimo etc.); sino que el juzgador en este caso no ha seguido sus criterios mantenidos en procedimientos anteriores», sin tan siquiera aclarar si este último reproche está referido a Sentencias anteriores del Juzgado de lo Penal número 2 de Logroño, en cuyo caso hubiera sido necesaria la invocación en el recurso de apelación, o si se produjo en la Sentencia de la Audiencia y, por tanto, en tal supuesto la invocación no pudo hacerse hasta su notificación; toda vez que la desigualdad en la aplicación de la Ley sólo puede alegarse si está referida a resoluciones de un mismo órgano judicial. Pero esta indeterminación conduce, aunque no a la causa de inadmisión, sí a la desestimación de la vulneración denunciada.

En efecto, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, para que pueda apreciarse violación del principio de igualdad en la aplicación de ley es necesario que las resoluciones a comparar procedan del mismo órgano judicial (S.S.T.C. 126/1988, 132/1988, 260/1988, 146/1990, entre otras muchas), produciéndose respecto de la doctrina establecida un cambio no razonado ni razonable, o sea, arbitrario (S.S.T.C. 48/1987, 108/1988, 246/1993). Ninguno de estos requisitos han sido mínimamente fundamentados por el recurrente, que se limita a aludir a resoluciones indeterminadas de órganos judiciales que no concreta, sin aportar término de comparación alguno que pueda servir de base para razonar —mediante la oportuna comparación— sobre la posible vulneración del principio constitucional invocado. Por ello este motivo del recurso no puede ser considerado por faltar el término de comparación idóneo que sería, en su caso, las Sentencias dictadas por el mismo Tribunal que no han sido aportadas ni siquiera citadas con concreción por el recurrente.

4. Por último, según el recurrente, las resoluciones judiciales impugnadas, al condenarle como autor responsable de un delito contra el deber de prestación del servicio militar del artículo 135 bis i) del Código penal, habrían lesionado su derecho fundamental a la libertad de conciencia, por resultar sus ideas pacifistas contrarias no sólo al cumplimiento del servicio militar, sino también al de la prestación social sustitutoria, por ser ésta un simple sustitutivo del primero, cuya existencia presupone. Argumentaba el actor que el único límite al ejercicio de la libertad ideológica es el mantenimiento del orden público. Si se acepta el no cumplimiento del servicio militar por razones de conciencia, también ha de aceptarse la no realización de la prestación social sustitutoria por dichos motivos, que por su naturaleza pacifista no pueden vulnerar el orden público.

A la luz de la jurisprudencia constitucional recaída sobre el tema, este último motivo del recurso, sin más argumentación que la transcrita, no puede prosperar. En primer lugar,

porque como en varias ocasiones ha declarado este Tribunal (S.S.T.C. 15/1982, 101/1983, 160/1987, 1227/1988), el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales. Por ello, el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su artículo 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones (S.T.C. 160/1987). No puede, por lo tanto, el recurrente justificar su negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.— Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Pedro Cruz Villalón.—Firmado y rubricado.