

minar una rentabilidad negativa, que no es susceptible de gravamen, siendo así que las magnitudes económicas en juego (intereses y gastos de financiación y rendimientos íntegros del inmueble) son de posible comprobación por la Hacienda.

En consecuencia, el inciso «no podría exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por la cesión del inmueble o derecho» del art. 35 A), debiera haber sido declarado inconstitucional.

5. Por último, respecto del art. 25 h) en relación con el 9 j), en cuanto el primero incluye como rendimiento del trabajo a las ayudas o subsidios familiares y las becas, sin perjuicio de lo dispuesto en el 9 j), y en éste declara rentas exentas «las becas públicas percibidas para cursar estudios en todos los niveles y grados del sistema educativo hasta el de licenciatura o equivalente inclusive», no puede estimarse que la inclusión de las ayudas y subsidios familiares entre los rendimientos lesione el principio de capacidad económica puesto que, si no significan variación importante en el conjunto económico del sujeto pasivo, serán otras normas las que determinen la no sujeción (mínimo exento, deducciones personales o familiares) y en el caso contrario es evidente que constituyen, junto con otros ingresos, una fuente de renta.

Mas, en cuanto a las becas, es patente que el art. 9 j), pese a considerarlas renta, las declara exentas. Lo que no se compagina con el principio de igualdad es que la exención se limite a las becas públicas, cuando, no sólo por su naturaleza de ayudas al estudio y el posible fin de fomento a su otorgamiento privado, sino porque pueden existir becas privadas en las que el sistema, condicionamiento y fines las doten de igual carácter y transparencia que las públicas. En consecuencia, el precepto debió establecer una radical paridad que comprendiera las becas privadas de iguales fines y condicionamientos que las de carácter público.

Estas consideraciones debieran haber llevado a la declaración de inconstitucionalidad del término «públicas» en el apartado j) del art. 9, extendiendo así la exención a todas las becas que tuvieran el destino, fin y condicionamiento establecido para las becas públicas.

En consecuencia, el fallo debió, en mi opinión, ser parcialmente estimatorio, declarando la inconstitucionalidad del art. 30 y los incisos antes señalados de los arts. 28.2, 35 A) y 9 j) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, impugnada.

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

19041 *Pleno. Sentencia 215/1994, de 14 de julio de 1994. Cuestión de inconstitucionalidad 1.415/1992. En relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente don Luis López Guerra, Vicepresidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don

Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.415/92, promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona respecto del art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Han comparecido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado y ha 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 núm. 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 art. 36 de la LOTC, 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 art. 37.2 de la LOTC, 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 del que trae causa la cuestión planteada se origina a resultas de la demanda de juicio declarativo de menor cuantía formulada por los padres de la incapacitada doña M.Z.G., aquejada del síndrome de Down, en la que solicitan la esterilización de la misma mediante la «ligadura de las trompas de Falopio». Una vez conclusos los autos para Sentencia, el Juez, mediante providencia de 28 de marzo de 1992, concedió a los solicitantes y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días a fin de que pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre este precepto introducido en el Código Penal por la Ley de 21 de junio de 1989: «... no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen

de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». Ello por si la norma legal, que fundamenta la petición de esterilización deducida, pudiera ser contraria al art. 15 de la Constitución, en cuanto reconoce que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a... tratos inhumanos o degradantes». En la contestación al trámite de audiencia otorgado, tanto la parte solicitante como el Fiscal se manifestaron contrarios al planteamiento de la cuestión.

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 art. 15 CE. 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 art. 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 arts. 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 art. 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 de 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 debe 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 posibilidad 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., SSTC 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 los incapaces, se encuentran imposibilitados de practicar una sexualidad verdaderamente adulta y respon-

sable. 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 consciencia 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 art. 88.1 de la LOTC.

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 art. 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 propio. 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 art. 10.1 C.E., y que necesariamente se proyecta sobre el contenido del art. 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» (STC 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 art. 15 C.E. Por ello el Código Penal tipifica como delito grave causar la esterilidad de una persona (art. 419). Ahora bien, aunque el art. 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 adjectivación 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 art. 428 tiene justificación, pues va en contra del principio general de que la esterilización tiene necesariamente que ir precedida del consentimiento válido de persona capaz, y si es proporcional al fin perseguido.

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 art. 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 representante legal. De acuerdo con el art. 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 art. 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 asegurar 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 compatible 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 menores 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 art. 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 art. 428 C.P., en su redacción dada por la L.O. 3/1989, en cuanto que permite la esterilización de persona incapaz aquejada de grave deficiencia mediante autorización del Juez, no es contrario al contenido del art. 15 de la Constitución.

5. Por escrito registrado el 20 de julio de 1992, formuló sus alegaciones el 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 incapaz. 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 art. 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 rehabilitación 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 art. 428, párrafo 2, 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 art. 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 núm. 5 de Barcelona cuestiona la legitimidad constitucional del párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, introducido por el art. 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 segundo del art. 428, pues el inciso cuestionado trae causa de lo que para las personas capaces se establece en la primera parte del párrafo segundo. En él, después de disponer el párrafo primero 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 transexual 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 representante 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 segundo del art. 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 art. 15 de la Constitución, en cuya virtud «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a... tratos inhumanos o degradantes».

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 art. 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 (SSTC 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 art. 417 bis del C.P., y termina planteando la cuestión en los siguientes términos: la esterilización de los incapaces 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 art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del C.P. para las personas capaces.

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

2. 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 STC 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 art. 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 art. 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 art. 428 del C.P. no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 C.E. en lo concerniente al derecho «a la integridad física y moral» —aunque ciertamente afecta a ese derecho—, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido

Se desprende de este planteamiento, que es el que surge de relacionar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 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 requisitos 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 aquélla —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 art. 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 como 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 art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución.

Mediante el derecho a la integridad física y moral —declaramos en la STC 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 art. 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 deriven 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 art. 428 del CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones. 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 STC 76/1990 que, aunque referida al art. 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 dictámen de los especialistas el grave riesgo que para la salud de aquéllos habría de significar la esterilización solicitada por sus representantes. De ahí que el respeto a los derechos a la vida y a la integridad física y moral de tales personas requiere del Juez que interese de los peritos especialistas que han de dictaminar que se pronuncien acerca de la existencia de semejante riesgo, pues de concurrir éste, ninguno de los bienes jurídico-constitucionales cuya tutela pudiera perseguir el precepto cuestionado justificaría, por la patente desproporción entre medios y fines, una decisión judicial autorizante de la esterilización.

5. 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 art. 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 —declaramos en la STC 120/1990, fundamento jurídico 9.º, y hemos venido reiterando [así, recientemente, en la STC 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 vejar 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 art. 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 art. 15, ya que la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejar 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 gravedad 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 art. 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. 429.2 C.P.), ni cabe considerar seriamente como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que es una medida más traumática, especialmente para quien, en razón de su padecimiento mental, carece 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 art. 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 art. 49 C.E., puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente. En definitiva, lo dispuesto en el último inciso del art. 49 C.E. —que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos—, no 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 segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, redactado según el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, no es contrario a la Constitución.

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 núm. 1.415/92.

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 segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal según la redacción dada al mismo por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, 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 art. 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, considerado 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 unos u otros casos su afeción, los coloca en riesgo cierto de resultar degradados y alterados. Mas la garantía constitucional habrá resultado insuficiente si no se le reconoce toda la fuerza inherente a unos derechos que se fundan directamente en la dignidad del hombre. 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. Simplemete 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 representante legal e incluso el apoderado *ad hoc*. Pero con el precepto legal que aquí se cuestiona, en la integridad física de los incapaces sí podrá entrarse mediante la autorización judicial.

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. 1.415/92.

Estoy de acuerdo con el fallo de la presente Sentencia declaratorio de la constitucionalidad del art. 428 del CP 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 STC 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 o casi nada nos dice la presente Sentencia sobre la doctrina de la proporcionalidad, limitándose a ensalzar las supuestas ventajas de la esterilización de los disminuidos psíquicos (por cierto, sin determinar siquiera el grado de gravedad y posibilidades de curación de 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 1.415/92, 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 art. 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 art. 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 transsexual realizadas por facultativo» las garantías legales para que el consentimiento del lesionado se reputa 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 art. 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 regu-

lasen 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 pueden quedar afectados con la medida, ni supone una protección suficiente del derecho fundamental reconocido por el art. 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 art. 15 reconoce si, por faltar esta garantía, se autorizase judicialmente la esterilización tanto de quien recupera posteriormente su salud mental, o de la persona que posee intervalos lúcidos y otros de grave deficiencia psíquica.

B) En segundo lugar, 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 art. 15 garantiza y no quede soslayada la especial protección que el art. 49 C.E. establece. A este fin, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad. El art. 428 CP, ciertamente, omite esta doble ponderación y, de este modo, el régimen de la autorización judicial pre-

visto es insuficiente para que quede debidamente protegido el derecho fundamental que el art. 15 C.E. garantiza.

Madrid, dieciocho de julio de mil 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 núm. 1.415/92, promovida por el Juez de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona, sobre la nueva redacción del art. 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 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 completa 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 está empedrado de buenas intenciones. Sin pretenderlo, pero inelectablemente, 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 (art. 199 C.E. 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 al 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 mas 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, exi-

gencia 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 segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, redactado según el art. 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.

19042 Pleno. Sentencia 216/1994, de 14 de julio de 1994. Conflicto positivo de competencia 151/1994. Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con la Resolución del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, de 27 de septiembre de 1993, por la que se añade un nuevo capítulo a las normas que regulan la Lotería Primitiva, mediante el que se establece un concurso extraordinario denominado «El Gordo de la Primitiva». Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 151/94, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, representado por el Abogado don Xavier Castrillo i Gutiérrez, en relación con la Resolución del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, de 27 de septiembre de 1993, por la que se añade un nuevo Capítulo a las normas que regulan la Lotería Primitiva, mediante el que se establece un concurso extraordinario denominado «El Gordo de la Primitiva». Ha sido parte el Abogado del Estado y Ponente el Magistrado don José Gabaldón López, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 18 de enero de 1994 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Abogado de la Generalidad de Cataluña, interponiendo, en su representación y defensa, y una vez agotada sin satisfacción la vía del requerimiento previo, conflicto positivo de competencia frente al Gobierno de la Nación por estimar que la Resolución del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, de 27 de septiembre de 1993, por la que se añade un nuevo Capítulo a las normas que regulan la Lotería Primitiva, mediante el que se establece un concurso extraordinario denominado «El Gordo de la Primitiva», vulnera las competencias que a la Comunidad Autónoma de Cataluña le atribuye el