

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2013 / 2014

Convocatoria: Septiembre 2014

TRATAMIENTO PENAL DE LA ESTERILIZACIÓN NO PUNIBLE.

Especial consideración de la esterilización de menores e incapaces.

CRIMINAL TREATMENT OF NON- CRIMINALIZED STERILIZATION.

Special consideration of sterilization of minors and disabled people situation.

Realizado por la alumna D^a Alexandra García García

Tutorizado por la Profesora D^a Fátima Candelaria Flores Mendoza

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

The aim of this research is to revolve around the legal problems that are produced by the non-criminalized sterilization, specifically the legitimacy of sterilization of minors and disabled people. This practice is actually included in the article 156 of the Penal Code. So it is important to pay attention to the historical evolution that this kind of sterilization has suffered along the time, as well as the legal problems that have arisen with the several reforms and the interpretative problems present in the current regulation related to the nature, basis and field of implementation... For this purpose attention shall be given to the resolved by the Courts in addition to the aforesaid doctrinal positions. Finally, it is going to study this institution in the light of the Law of the Patient Autonomy in addition into the new Project for reforming the Criminal Law.

RESUMEN

El objeto de estudio de este trabajo versa sobre los problemas que suscita la esterilización no punible, concretamente la legitimidad de la esterilización de menores y de personas incapaces. Esta práctica se encuentra recogida actualmente en el art. 156 CP. Se prestará atención a la evolución jurídica que este tipo de práctica ha sufrido a la largo del tiempo, así como los problemas interpretativos han surgido con las reformas, y los problemas presentes en la regulación actual en relación con la naturaleza, ámbito de aplicación, fundamento... Para llenar de contenido estas problemáticas se atenderá a lo resuelto por los Tribunales además de las diferentes posturas doctrinales. Por último, se estudiará esta institución a la luz de la Ley de Autonomía del Paciente y en el nuevo proyecto de reforma del Código Penal.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO. LA ESTERILIZACIÓN: CONCEPTO Y CLASES.....	4
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	8
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	14
4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 156 PÁRR. I CP.....	16
4.1. Naturaleza jurídica y fundamento.....	16
4.2. Requisitos.....	19
4.2.1. <i>Realizada por un facultativo</i>	19
4.2.2. <i>Consentimiento del esterilizado</i>	20
4.3. Esterilización de menores.....	24
4.4. Esterilización de incapaces.....	27
5. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 156 PÁRR. II CP.....	31
5.1. Naturaleza jurídica.....	31
5.2. Fundamento de la esterilización.....	34
5.3. Requisitos.....	37
5.3.1. <i>Concepto de persona incapacitada</i>	37
5.3.2. <i>Concepto de grave deficiencia psíquica</i>	38
5.4. Esterilización de menores.....	40
6. LA ESTERILIZACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.....	42
7. CONCLUSIONES.....	47
8. BIBLIOGRAFÍA.....	49
9. JURISPRUDENCIA.....	51
10. LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS JURÍDICOS.....	52

1. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO. LA ESTERILIZACIÓN: CONCEPTO Y CLASES

El objeto de estudio de este trabajo versará sobre la justificación de la esterilización en el Ordenamiento Jurídico Español. La esterilización es una práctica que se encuentra penada por en el art. 149.1 CP¹. Pese a esta tipicidad, encontramos en el art. 156 una causa de exención de la pena específica para este tipo de lesiones:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

De esta manera y siguiendo los requisitos en el precepto establecidos una esterilización pasa a ser lícita bajo el Derecho Penal si se realiza por concurrencia de múltiples factores.

Las diversas problemáticas en torno a esta figura jurídica entorpecen la puesta en práctica de la misma. Los inconvenientes que genera la dificultosa interpretación son:

Por un lado, se discute la naturaleza jurídica de la misma: la doctrina se adhiere o bien a una causa de atipicidad o causa de justificación, y una vez decantados por una de las dos categorías genéricas, se discute la pertenencia al estado de necesidad, al consentimiento o al ejercicio legítimo de la profesión de médico. Además, de afirmar si existe una única naturaleza en el precepto o por el contrario dista de la uniformidad entre los dos párrafos.

¹“El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.”

Por otro lado, surgen problemas con referencia al ámbito de aplicación de la misma: nos encontramos ante prácticas curativas insertas al tratamiento médico – quirúrgico, o no ostentan esta categoría las técnicas del art. 156 CP.

En cuanto al sujeto pasivo del artículo, se discute la inclusión en un párrafo o en otro de la esterilización de los incapaces, y se plantea la posibilidad o no de realizar esta intervención a los menores y dentro de esta categoría a los menores de edad emancipados y a los menores que hayan obtenido el beneficio de la mayoría de edad.

Asimismo, esta cláusula de extinción de la responsabilidad penal no ha tenido una existencia tranquila dentro de nuestro ordenamiento, sobre todo en lo referido a la justificación de las esterilizaciones de incapaces. Además, de las referidas discusiones doctrinales hay que sumarles las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas desde su introducción en el art. 428 CP en las reformas de 1983 y 1989, aunque ya se considera superada este problema, por cuanto, el TC ha reafirmado en dos ocasiones la licitud de la práctica².

Igualmente, la actual regulación presenta numerosas polémicas con la adecuación a las Leyes Sanitarias o viceversa. Y por último, la oleada reformista que ya llegado al Código Penal elabora otra regulación al artículo, con lo que se verá a posteriori su mejor o no articulación con respecto al texto actual.

Así, los puntos principales en los que se han articulado este trabajo: son la esterilización y su complicada regulación, con especial referencia a su aspecto más controvertido: los menores y los incapaces. Para intentar darles respuesta a todos estos interrogantes, seguiremos las distintas posturas de la doctrina y lo que han resuelto los Tribunales.

Entrado ya en materia, el Código Penal no hace una definición del concepto de esterilización. La RAE, por su parte, define la acción de esterilizar como *hacer infecundo y estéril lo que antes no lo era*. Vemos que esta definición resulta imprecisa y no posee ningún parámetro que sirva para dar un buen concepto jurídico para lo que nos ocupa.

Así, la jurisprudencia define a la esterilización como una lesión, y como tal, “toda acción u omisión que ocasiona una pérdida, disminución, alteración desfavorable de la

²STC 215/1994, de 14 de julio y ATC 261/1998, de 24 de noviembre.

incolumidad corporal humana, o de su capacidad laboral o simplemente que determinen una perturbación en la ordinaria normalidad o corriente bienestar personal”³.

La doctrina ha venido a completar dicho concepto y por esterilización debemos entender, a los efectos penales, cualquier procedimiento o intervención que dé lugar, de forma permanente o duradera, a la pérdida de la capacidad genésica (*capacitas generandi*) en la persona que la sufre, sin extirpación o ablación de sus órganos sexuales, es decir, dejando incólume su *capacitas coeundi*⁴. Con lo que se puede definir a la esterilización como un método anticonceptivo que requiere una intervención quirúrgica, debido a la durabilidad de los efectos, pero esta intervención no supone la extirpación o ablación de sus órganos sexuales, esto es, manteniendo intacta su capacidad para mantener una relación sexual (*capacitas coeundi*).

Por lo que, es adecuado hacer una distinción de la esterilización frente a otras técnicas:

Siguiendo la terminología del Código Penal, debemos diferenciar la esterilización de la mutilación genital que también castiga en el art. 149.2. Esta se diferencia de la esterilización por cuanto consiste en la ablación o destrucción de los órganos sexuales. Con lo que fácilmente se diferenciará entre esterilización y mutilación genital, mientras que la primera supone únicamente la pérdida de la capacidad reproductora sin destrucción o ablación de los órganos sexuales, la mutilación, que no tiene por qué afectar a esta *capacitas coeundi*, comporta la destrucción o ablación de los órganos sexuales⁵.

De la impotencia, también penada en el art. 149.1 CP, debemos diferenciarla por cuanto esta supone la pérdida de la capacidad para realizar el acto sexual en el varón⁶.

De los demás métodos anticonceptivos, la esterilización se caracteriza por la necesaria intervención quirúrgica⁷ y porque aquellos se caracterizan por la temporalidad de sus efectos.

³STS 4371/1979, de 19 de noviembre, 3º Considerando.

⁴ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 260 / LETE DEL RÍO, *La esterilización del deficiente psíquico*, p. 33 / SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces es en el Derecho Español*, p.61.

⁵Por ejemplo, la ablación del clítoris.

⁶ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 223.

Dentro de la esterilización podemos hacer distintas clasificaciones, principalmente en atención a la voluntad del sujeto y en atención a la finalidad perseguida.

En cuanto a la atención a la voluntad del sujeto, se distingue entre esterilizaciones voluntarias y esterilizaciones coactivas.

Se suele distinguir en atención a la finalidad perseguida entre esterilizaciones terapéuticas y no terapéuticas, atendiendo a su fin o no curativo. Las no terapéuticas se pueden dividir en distintas clases (eugenésica, anticonceptiva, social, punitiva). Así podemos realizar la siguiente clasificación atendiendo a la finalidad perseguida quedando la calificación de la siguiente manera⁸:

1. Esterilización terapéutica: es aquella que se realiza por razón de enfermedad, su fin es curativo y por lo tanto se sigue lo dispuesto para el tratamiento médico: indicación médica, *lex artis* y fin curativo⁹.
2. Esterilización eugenésica: aquella que tiene por finalidad la no transmisión de taras a la herencia. Como ejemplo de este tipo de técnicas, las esterilizaciones ocurridas en la Alemania Nazi¹⁰.
3. Esterilización anticonceptiva: dentro de este supuesto encontramos todas aquellas esterilizaciones que no revistan un fin curativo en las que se recoge únicamente la voluntad de no-procreación.
4. Esterilización social: dirigida a contener el crecimiento demográfico.
5. Esterilización punitiva: aquella merma en el derecho a la integridad física tipificada como lesión en el art. 149.1 CP

De entre estas clasificaciones la más ilustrativa va a resultar la que diferencia entre esterilizaciones terapéuticas y no terapéuticas, pues como se verá va a resultar relevante a la hora de establecer el ámbito de aplicación del art. 156. Y la que diferencia entre las esterilizaciones voluntarias y coactivas. Ya que en todo caso las esterilizaciones voluntarias van a quedar bajo la justificación del art. 156 párr. I CP. Y

⁷Así, la ligadura de trompas y la vasectomía que, son los métodos más utilizados, necesitan de intervención quirúrgica.

⁸SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho Comparado*, pp. 15-16.

⁹ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 263

¹⁰Tal y como subraya MUÑOZ CONDE en *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, durante el régimen Nazi, se consideraba a la criminalidad y la *asocialidad* en general como enfermedades hereditarias que debían ser controladas para la no transmisión a las futuras generaciones. La solución para prevenir esta amenaza a la purificación de la raza aria fue la aplicación de medidas esterilizadoras para evitar la procreación. Así el 14 de julio de 1933 se dictó la *Ley de prevención de la descendencia patológica hereditaria*.

en cuanto a las coactivas podrán ser en algunos casos justificadas vía art.156 párr. II CP, cuando concurren determinadas garantías.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El comienzo de la tradición normativa de la punibilidad de la esterilización como tipo específico dentro de las lesiones data de 1928, año en el que se introduce la esterilización como delito especial dentro de las lesiones.

Art. 530 CP 1928: “El que de propósito castrare o esterilizare a una persona, de uno u otro sexo, no siendo por prescripción facultativa, será castigado con la pena de ocho a veinte años de prisión.”

Antes la esterilización podía ser subsumida dentro del tipo básico de lesiones, por cuanto comporta un menoscabo de la integridad física. Pese a esto en muchas ocasiones la esterilización iba a ser confundida con la castración, asimilando las conductas y asignando a la esterilización la misma pena que a la castración¹¹. Después de esta introducción en Códigos posteriores desaparece el tipo específico de la esterilización y no es hasta el art. 418 CP 1963 y art. 418 CP 1983¹² donde la esterilización vuelve a aparecer como lesión con *nomen iuris* propio¹³.

En cuanto al consentimiento como figura penalmente relevante en las lesiones, debemos mencionar que la primera y única consideración la encontramos en el art. 638 CP 1822, al establecer:

“El que no siendo cirujano y por razón de enfermedad que lo requiera, castrare voluntariamente y a sabiendas, o inutilice de cualquier modo alguno de los órganos de la generación, a niño o niña que no haya llegado a la pubertad o cometa con violencia igual delito contra una persona más adulta, aunque no llegue a causar la muerte, sufrirá de

¹¹La castración y la impotencia si iban a estar contenidos en un tipo específico de lesiones, por ejemplo: art. 332 CP 1848: “El que de propósito castrare a otro será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a la de la muerte.”/ art. 429 CP 1870: “El que de propósito castrare a otro será castigado con la pena de reclusión temporal a perpetua.”/ art. 431.1º CP 1870: “El que hiere, golpear o maltratare de obra a otro, será castigado como reo de lesiones graves: con la pena de prisión mayor, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente o ciego.”

¹²Art. 418 CP 1963 “El que de propósito castrare o estilizare a otro será castigado con la pena de reclusión menor.”/ Art. 418 CP 1983: “El que de propósito castrare o estilizare a otro será castigado con la pena de reclusión menor.”

¹³Para un mayor desarrollo del castigo de la esterilización a lo largo de la historia penal española véase SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, pp. 25-33.

trabajos perpetuos. Si lo hiciera en persona que haya pasado la pubertad, consintiéndola ella, sufrirá diez años de obras públicas y después será deportado.”

Tras esta puesta en consideración del consentimiento como atenuante, encontramos que en los posteriores Código Penales siempre ha sido irrelevante para el legislador. Aunque la doctrina discutía si debía dársele o no alguna relevancia¹⁴.

En la tradición jurídica Europea encontramos ejemplos en los que la esterilización iba a estar justificada por concurrir el consentimiento del lesionado. Así La primera ley que establece la impunidad de la esterilización en el Antiguo Continente, la se dicta en Dinamarca en 1919. En Austria, en el parágrafo 90 del Código Penal de 1975 también se despenaliza este tipo de esterilización consentida.

Hasta la reforma de 1963 el Código Penal no tuvo ningún precepto sobre el consentimiento del lesionado en los delitos de lesiones desde aquel primitivo art. 638 CP 1822. Así, el Decreto 691/1963, de 28 de marzo introduce el precepto 428:

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

Pese a ello, esta generalidad fue una fuente grave de problemas. Este precepto no permitía justificar el tratamiento médico ya que en ningún caso el consentimiento del lesionado eximía de pena. Para justificar el tratamiento médico la doctrina señalaba que la justificación del podía salvarse entendiendo que las intervenciones quirúrgicas terapéuticas practicadas conforme a la *lex artis* y el consentimiento del paciente resultaban atípicas¹⁵. Así era posible mantener la atipicidad de las intervenciones quirúrgicas sin necesidad de acudir a una exención.

En cuanto a la esterilización se constituía como lesión y por lo tanto era perseguible por el Derecho Penal. Entendía GARCÍA ARÁN que cuando se realizaba contra de voluntad o con el desconocimiento de la persona debería ser penada y quedaría exenta cuando fuera realizada en atención a su fin curativo, que serían todos

¹⁴Véase por todos MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ªed, Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996, p. 99.

¹⁵Véase por todos GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho Penal Español*, p. 260.

los demás casos. Así esta práctica sería atípica al igual que los tratamientos médicos curativos¹⁶.

El legislador consciente de los enormes inconvenientes que generó la regulación, introduce aprovechando la reforma de 1983 un segundo párrafo al art. 428 CP:

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por 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.”

En lo que a la esterilización respecta, lo más importante de esta reforma es la exoneración de responsabilidad penal *ex lege* por concurrencia del consentimiento del esterilizado, con la salvedad de la esterilización de menores e incapaces¹⁷.

Pese a ello, se planteaba el interrogante de la posible esterilización de incapaces y de menores a través de una autorización judicial expresa. Así la Fiscalía General del Estado somete a Consulta dicha cuestión¹⁸. En ella se argumenta que el consentimiento sólo debe aparecer como figura relevante cuando sea emitido por persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad y la plenitud de las facultades mentales. Así los incapaces y menores de edad no son aptos para emitir un consentimiento válido. A su vez el acto de emitir el consentimiento es un acto personalísimo y es ineficaz el prestado a través de representación. Resulta clara la respuesta; el precepto establece una prohibición respecto a los disminuidos psíquicos y menores, pese a esto la doctrina no resulta del todo satisfecha con la regulación, aunque da por zanjada, por el momento, la cuestión de la posible esterilización de incapaces¹⁹.

Así las cosas, la posibilidad de realizar una esterilización a un incapaz resultaba, tras la reforma de 1983, controvertida y resultaba necesario una autorización a nivel normativo²⁰.

¹⁶GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho Penal Español*, p. 261.

¹⁷SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*, p. 42.

¹⁸Circular núm. 3/1985 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁹En este mismo sentido SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*, p. 43.

²⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El Consentimiento y la esterilización de los incapaces*, p. 333.

ARROYO ZAPATERO recoge esta posibilidad de autorización judicial supliendo o convalidando los consentimientos de las personas mencionadas. Se adjunta a la posición de la Fiscalía respecto de la prohibición absoluta de la esterilización de menores, pues “repugna la autorización de tales actos a los menores, carentes de madurez plena y suficiente”²¹. Ahora bien, afirma la posibilidad de esta práctica, siempre y cuando redunde en un beneficio para el menor, es decir, que la esterilización tenga carácter curativo, con lo que nos encontramos ante una práctica subsumida en el tratamiento médico, que nada tiene que ver con la esterilización del art. 428 CP.

En cuanto a los incapaces, se separa de la solución propuesta por la Fiscalía, entendía que la esterilización comporta siempre una mejora de la salud del incapaz por cuanto evita embarazos no deseados y permite el ejercicio de su derecho a la sexualidad, por lo que ningún principio jurídico prohibiría que la regla del art. 428 CP pudiera completarse con una autorización judicial a instancia del representante del incapaz (mayor o menor de edad) en la que intervenga el Ministerio Fiscal. En este caso entiende, que la esterilización al establecerse como una técnica médica que redunde positivamente en la salud del incapaz va a resultar atípica.

A lo largo del año 1987 irrumpe con fuerza este debate, sobre todo en la sociedad, de cuál debe ser la postura del Derecho Penal ante la práctica de operaciones de esterilización²². Sin embargo, no existía unanimidad de las Asociación de familiares²³, ejemplo de ello son las declaraciones de Juan Pérez Marín, presidente en ese tiempo de la Confederación Española de Federaciones y Asociaciones Pro Deficientes Mentales²⁴.

Con todo ello se explica el contexto jurídico-social que acontece a la reforma de 1989.

²¹ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, pp. 19-25.

²²El periódico El País, de 24 de agosto de 1987, “Padres de oligofrénicos piden que se modifique la ley y se permita esterilizar a sus hijos” recoge este hecho, y ya por agosto de este año se habrían producido numerosos escritos a la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Barcelona “solicitando información y permiso para poder esterilizar a sus hijos, para que éstos puedan mantener una relación sexual normal, eliminando al tiempo el riesgo de una descendencia de la que no puedan responsabilizarse”. Disponible en http://elpais.com/diario/1987/08/24/sociedad/556754402_850215.html (últ. acc. septiembre 2014). Para un mayor desarrollo de las demandas sociales ver la obra de SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*.

²³Véase en este sentido lo recogido por SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*, p. 46.

²⁴Recoge El País el 29 de agosto de 1987 las palabras de este doctor sobre la esterilización de deficientes psíquicos, al decir que se trata de “una agresión a los disminuidos psíquicos, que tienen derecho a una vida sexual normal, al matrimonio e incluso a la paternidad”. Disponible en http://elpais.com/diario/1987/08/29/sociedad/557186405_850215.html (últ. acc. septiembre 2014).

Mediante la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de Actualización del Código Penal se introduce al párrafo segundo del art. 428 el inciso segundo, quedando el artículo redactado de la siguiente manera:

“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 cirugías transexuales realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya otorgado viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. 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.”

Esta nueva regulación fue recibida de manera ambigua. Pareció acertado la inclusión de este inciso pues respondía una demanda social y jurídica exigida durante hacía bastante tiempo. Por otro lado, jurídicamente se criticó la introducción de una regulación plagada de excepciones²⁵.

Cabe destacar, que este precepto, en 1992 fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad. Finalmente el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia núm 215/1994, de 14 de julio, declara la constitucionalidad del mismo²⁶.

La regulación dada por la reforma fue campo abonado para los mismo problemas interpretativos que en 1983²⁷. Se planteaba cuál era el concepto de *menor* referido en el inciso primero. Se discutía el alcance que tenía el concepto, vinculándolo con el Derecho Civil: menor de dieciocho años; o por el contrario con el Derecho Penal: menor de dieciséis años²⁸. A favor del alcance civil se encontraba gran parte de la doctrina²⁹. En contra apostaban por una interpretación armónica con las figuras del Derecho

²⁵SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, pp. 64 -65.

²⁶Dicha sentencia será objeto de estudio a lo largo del trabajo.

²⁷Recoge estas discusiones, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, pp. 268-279.

²⁸Art. 8.2º CP 1973: “Están exentos de responsabilidad criminal: 2.º El menor de dieciséis años.”

²⁹ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, pp. 268-270/ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 97.

Penal³⁰. Se discutía también el alcance civil o penal del concepto *incapaz* del primer inciso del art. 156 CP.

A estas discusiones se le añadió la del alcance del concepto *incapaz* del inciso segundo (esterilizaciones de incapaces)³¹. Cierta parte de la doctrina entendía que el concepto de persona incapaz era equivalente al penal³² y pero la doctrina mayoritaria entendía por el contrario el civil³³.

A continuación parece acertado estudiar las tres propuestas de los tres Proyectos de Ley Orgánica del Código Penal (1992, 1994 y 1995).

En estos proyectos la modificación que sufre el inciso primero es mínima (se introduce como requisito del consentimiento la validez y la consciencia) siendo más interesante las modificaciones del inciso segundo, con lo que únicamente se procederá al estudio de estas últimas.

El artículo 164 PCP 1992³⁴ presenta como novedad la adición de las palabras *declarada incapaz* en el inciso segundo, con lo que se determina legalmente que la persona sujeto de la esterilización pasa a ser una persona incapacitada judicialmente. Otro aspecto importante es el proceso en el que se debe dirimir la cuestión bien en *el procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria*³⁵. La propuesta de 1994, reproduce a la del 1992, así que se omite su estudio.

La última propuesta de reforma fue la de 1995. Se parece a sus antecesoras pero mejora notablemente el precepto. Las novedades fueron introducir en el inciso primero dos requisitos más al consentimiento: la validez y la consciencia. Y en el inciso segundo

³⁰BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, p. 161.

³¹Recogen esta discusión ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, pp. 274-276/ SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el derecho español*, pp. 63-65.

³²El concepto penal de incapaz lo encontramos en el actual art. 25 CP: “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.”

³³Art. 199 CC: “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley.”

³⁴“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona declarada incapaz de adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitando con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

³⁵SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*, p. 49.

la incorporación del criterio rector que debe estar presente en toda esterilización: *el mayor interés del incapaz* y el cambio de *persona incapaz a persona incapacitada*.

Así la definitiva redacción del precepto varía del Proyecto de Reforma de 1992 y 1994, quedando redactado el art. 156 de la siguiente manera:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

Encontramos mejoras respecto a la regulación anterior, por ejemplo por el empleo de persona incapacitada en vez de persona declarada incapaz; también en la separación en dos párrafos del artículo (por un lado esterilización consentida, cirugía transexual y trasplante de órganos y por otro, esterilización de incapaces) dotando así una mayor claridad al precepto. Por último, contiene acertadamente el fundamento propio de la esterilización: *el mayor interés del incapaz*.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El art. 156 CP se constituye como una norma específica dentro régimen general de causas de justificación del art. 20 CP y de atenuación de las lesiones consentidas enunciados por el art. 155 CP. Así, se establece que las prácticas médicas en el artículo establecidas (esterilización, donación de órganos y cirugía transexual) quedarán exentas de pena si concurren determinadas condiciones.

Ahora bien, encontramos varias posturas doctrinales en lo que va a ser el ámbito de aplicación de este artículo.

En los convulsos años en los que no había regulación legal de la justificación de la esterilización, cierta parte de la doctrina entendía que las esterilizaciones se iban a considerar siempre terapéuticas, por lo tanto atípicas, al comportar un tratamiento médico-quirúrgico curativo. GARCÍA ARÁN consideraba típicas únicamente aquellas esterilizaciones que se realicen sin el consentimiento del lesionado, argumentando que las esterilizaciones son siempre terapéuticas³⁶. En este sentido, resulta al menos curiosa la postura de SILVA SÁNCHEZ que admite la atipicidad de las esterilizaciones no curativas; expone que “sea por razones terapéuticas o no, sólo excepcionalmente podría estimarse penalmente típica por ser lesiva”³⁷. Parece que estos autores, que ante todo abogaban por la introducción de una cláusula penal que resolviera el problema, intentaban salvar la legitimidad de la práctica.

Ya en la actualidad y en sentido totalmente contrario, autores como GIMÉNEZ GARCÍA, entienden que el ámbito de aplicación del art. 156, abarca también las esterilizaciones terapéuticas³⁸.

En otro sentido, la exclusión del ámbito de aplicación serían las esterilizaciones curativas. Con lo que el artículo irá referido únicamente a los casos de esterilizaciones no curativas. Así parte de la doctrina actual excluye del ámbito de aplicación a las esterilizaciones curativas por ser atípicas al comportar tratamiento médico curativo. DÍEZ RIPOLLÉS afirma que el precepto no resultará aplicable cuando las actuaciones tengan carácter *terapéutica o profiláctica*³⁹. Así la doctrina dominante mantiene la licitud de este tipo de intervenciones quirúrgicas curativas siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: indicación médica, *Lex Artis* y fin curativo.

Más discutible parece la indicación *profiláctica o preventiva*, aunque ésta sería asimilable a la terapéutica en cuestiones de atipicidad siempre que se trate de evitar los riesgos de un futuro y cierto daño a la salud⁴⁰.

Otro argumento a favor de limitar el ámbito de aplicación del art. 156 CP a las esterilizaciones no terapéuticas es que la regulación que le dedica el Código Penal a la

³⁶GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho Penal Español*, p. 261/ ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, pp. 22-24.

³⁷SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, p. 26.

³⁸GIMÉNEZ GARCÍA, *Comentarios al Código Penal*. Tomo 2, p. 1107.

³⁹En este mismo sentido ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, pp. 119 y 263.

⁴⁰ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 263.

justificación de la esterilización hace que resulte excluido del régimen general de justificación del tratamiento médico curativo, y quede bajo esta eximente específica⁴¹.

Por ello, entiendo junto a la doctrina dominante que podemos limitar la aplicación del art. 156 CP a aquellos supuestos de esterilización dentro de un tratamiento médico-quirúrgico no curativo.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 156 PÁRR. I CP

Una vez estudiado el ámbito de aplicación de precepto, estamos en disposición de desengranar el contenido jurídico que acompaña al mismo. Para ello, separaremos el estudio en dos partes, cada una correspondiente a cada párrafo del artículo. Esta primera parte se centrará en el párrafo primero dedicado la esterilización consentida de personas capaces y mayores de edad. Como podemos ver en el artículo se nombran también otras prácticas, cirugía transexual y trasplante de órganos, pero en este caso y al ser el trabajo únicamente de la esterilización, nos centraremos solo en esta.

Ahora bien, como preámbulo del estudio y para una mejor comprensión, hay que recordar que me he adherido en cuanto al ámbito de aplicación del art. 156 a la corriente que entiende que se circunscribe a supuestos de esterilización no curativa.

4.1. Naturaleza jurídica y fundamento

Llegados a este punto parece conveniente hacer una reflexión acerca de la naturaleza jurídica del precepto. El bien jurídico protegido en este tipo de intervenciones es la integridad corporal. Como en cualquier otro tipo de lesiones, la integridad corporal es un bien jurídico individual no disponible de manera general. Se rompe la norma general de la no disponibilidad en los casos de los arts. 155 y 156. Es decir, se trata de un bien jurídico disponible en cuanto su titular puede consentir su lesión bajo la regulación de los arts. 155 y 156 CP. Por ello, podemos afirmar que en los delitos de lesiones no se está protegiendo la libre disposición del mismo, ni esta tampoco forma parte de los tipos⁴². Así, se puede afirmar que el art. 156 párr. I actúa como causa justificación y no como causa de exclusión del tipo.

⁴¹DÍEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de lesiones*, p.145.

⁴²ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 206.

Respecto de a la causa concreta de justificación la doctrina está dividida. Una parte minoritaria de la doctrina⁴³, defienden la inclusión dentro del ejercicio legítimo de la profesión de médico. Otra parte mayoritaria, abogan por la consideración del consentimiento como causa de exclusión⁴⁴.

DÍEZ RIPOLLÉS entiende que la justificación resulta adscrita al ejercicio legítimo de una profesión integrada en el art. 20.7 CP, aceptando que el consentimiento es parte fundamental de la causa de justificación pero sin poseer la entidad suficiente como para ser el eje central. Así, la exigencia de que las intervenciones sean realizadas dentro del marco del tratamiento médico-quirúrgico no curativo expone la amplitud de contenido de requisitos que no van a ser agotados por los establecidos para el consentimiento. El requisito de que la intervención sea realizada por un facultativo es “una remisión *in toto* a las exigencias del tratamiento médico-quirúrgico no consentido”. Esta pretensión de mantener el consentimiento, según este autor, viene dada por intentar dar uniformidad a los dos preceptos (arts. 155 y 156 CP) en torno a la figura del consentimiento, sin embargo, esta igualdad se rompería de todas formas, con la naturaleza del art. 156 párr. II CP, que será estudiada posteriormente⁴⁵.

El resto de la doctrina circunscribe la causa de justificación al consentimiento del sujeto pasivo. Ahora bien, aceptando que el consentimiento, aunque desempeña una función de gran importancia, no es por sí sola la que justifica la actividad⁴⁶. Así las cosas, aceptar que el ejercicio legítimo de la profesión de médico es la causa de justificación podría a la consideración errónea de que no es el consentimiento del paciente sino una especie de *derecho del médico* lo que exime de pena y justifica la intervención⁴⁷.

Como se señaló anteriormente, la totalidad de la doctrina considera al art. 156 párr. I como causa de justificación. Así, para los autores que abogan por la relevancia

⁴³De los que destaca DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 147.

⁴⁴CEREZO MIR, *Curso de derecho penal Español*, p. 331/ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 206/ FERNÁNDEZ PANTOJA, “Comentario a los artículos 155 y 156 CP”, pp. 572-573/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, p.13.

⁴⁵DÍEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de Lesiones*, p. 148-149.

⁴⁶Véase en este sentido, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 266.

⁴⁷MUÑOZ CONDE; *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 122.

del consentimiento, éste se constituye como la causa de justificación de frente a la otra posible naturaleza del consentimiento como causa de atipicidad⁴⁸.

El consentimiento va a excluir la antijuricidad en aquellos tipos en los que no se protege la libre disposición del bien jurídico individual. En los delitos de lesiones, como se expuso, no se protege la libre disposición del mismo. Con lo que, la libre disposición nunca va a poder formar parte del tipo y esto nos lleva a afirmar que el consentimiento nunca va a poder actuar como causa de exclusión del tipo. Es decir, al ser disponible la integridad física en los arts. 155 y 156, hay que entender que no forma parte del tipo y el consentimiento del interesado actúa como causa de justificación⁴⁹.

Ahora bien, esta concepción del consentimiento como causa de justificación debe encontrar su principio justificante. Siguiendo la enumeración de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA encontramos diversas teorías: la del negocio jurídico, la de ausencia de interés (MEZGER), la de la ponderación de valores (NOLL) y la más moderna la de la valoración social (JESCHECK)⁵⁰. De estas teorías, CEREZO MIR es defensor de la ponderación de valores. El consentimiento va a operar ya que el Derecho le ha concedido prelación al valor de la libertad frente al desvalor de la acción y el resultado de lesión⁵¹.

Se ha señalado que el art. 156 párr. I CP tiene una doble faceta: por un lado, una *inclusiva* que indica qué conductas y bajo qué condiciones actúa la causa de justificación, y por otro lado, otra *exclusiva*, compuesta por todas las demás conductas no recogidas en él que quedarán supeditadas al delito de lesiones correspondiente⁵².

La necesaria intervención del facultativo, que como veremos es obligatoria, determina una limitación al alcance del consentimiento. Esto apoya la idea de que el consentimiento no es todo el contenido de la causa de justificación, siendo ésta una combinación entre el consentimiento y el ejercicio de la profesión de médico⁵³.

⁴⁸En este sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, pp. 572-573.

⁴⁹A favor de esta interpretación, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. II p. 331/ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, pp. 206 y 241.

⁵⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, p.13.

⁵¹CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español II*, p. 334.

⁵²ROMEO CASABONA, *Los Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p.238.

⁵³ROMEO CASABONA, *Los Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p.242.

Así las cosas, y siguiendo a la doctrina mayoritaria, parece más adecuada la consideración del fundamento propio de la esterilización al consentimiento. Actuando éste como eje central de la causa de justificación, si bien aceptando que no agota todo su contenido, siendo necesario acudir a las exigencias del ejercicio de la profesión de médico.

4.2. Requisitos

4.2.1. Realizada por un facultativo

Si comenzamos por los requisitos encontramos que el art. 156 párr. I CP establece la necesidad de que la esterilización sea realizada por un facultativo.

Por *facultativo* hemos de entender un médico y así viene definido por la RAE: “Persona titulada en medicina y que ejerce como tal”.

El Tribunal Supremo ha entendido que la condición de médico se atribuirá a aquel que haya obtenido el título universitario de licenciado en medicina⁵⁴. Con lo que por facultativo se entenderá, por ahora, licenciado universitario en medicina.

A este título se le debe añadir un *plus*, dicho licenciado en medicina debe estar inscrito en su correspondiente Colegio de Médicos⁵⁵. Esta obligatoriedad viene dada por el art. 35.1 Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos:

“Será requisito indispensable para el ejercicio de la profesión médica, en cualquiera de sus modalidades, la incorporación al Colegio Oficial de Médicos en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión.”

Con lo que el facultativo ha de cumplir dos requisitos para poseer legitimación: por un lado la titulación y por otro lado la colegiación⁵⁶.

La necesaria intervención del facultativo es un requisito insoslayable, el legislador parte de la presunción *iuris et de iure* de que sin la concurrencia de un facultativo la

⁵⁴STS 905/1994, de 30 de abril, FJ 6º.

⁵⁵En este mismo sentido ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, p.55/ SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, p.116-117.

⁵⁶SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho Comparado*, p. 117.

realización de la esterilización implicaría graves riesgos para la salud⁵⁷. En este sentido el propio legislador penal ha previsto la punición de la posible falsedad de la cualidad de facultativo en el art. 403 CP (Intrusismo)⁵⁸.

Ahora bien, no basta con que el facultativo alegue su condición para que la causa de justificación le ampare. Como dijimos en el apartado anterior la causa de justificación va a ser mixta, es decir, se necesita también el consentimiento del que va a someterse a la esterilización⁵⁹.

4.2.2. Consentimiento del esterilizado

Sin duda el aspecto más controvertido de esta causa de justificación es el consentimiento del esterilizado. Todos los demás requisitos van a girar en torno a éste. En este sentido el precepto establece que el consentimiento debe ser *válida, libre, consciente y expresamente emitido*.

La *validez* del consentimiento posee el mismo contenido y limitaciones que el art. 155, no reconociéndose expresamente capacidad para consentir al menor de edad o al incapaz o a sus representantes legales.

Así, será válido el consentimiento de cualquiera que disponga de capacidad natural o de juicio en el momento de consentir la intervención. Y además que sea mayor de dieciocho años. Así no será válido el consentimiento otorgado por una persona que no disponga de esta capacidad natural o que sea menor de edad. Se entiende, por tanto, a sensu contrario que el consentimiento válido es el otorgado por un mayor de edad capaz⁶⁰. En este aspecto, resulta interesante la posible esterilización de los menores o incapaces, algo que se estudiará en apartados siguientes⁶¹.

⁵⁷ROMEIO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica*, pp. 241-242.

⁵⁸Art. 403 CP: “El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”

⁵⁹En este mismo sentido, ROMEIO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica*, p. 241.

⁶⁰FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, p. 574.

⁶¹Véase apartados siguientes: “La esterilización de menores” y “La esterilización de incapaces”.

Por *libre* hemos de entender que no haya sido emitido bajo coacción, engaño, violencia o cualquier otro medio que haya provocado una discordancia entre la voluntad del sujeto y la expresión de la misma⁶². Otros autores incluyen también al error como determinante de la invalidez del consentimiento. Ahora bien, este error debe afectar al propio bien jurídico de modo que excluya la conciencia de disposición del mismo. Además estos autores afirman que será irrelevante el error sobre los motivos⁶³.

Por otro lado, el art. 156 menciona expresamente que la presencia *de precio o recompensa* determina la invalidez del consentimiento, la razón de ser es impedir el comercio de órganos humanos⁶⁴.

Un problema interesante que enuncia ROMEO CASABONA es el relativo a cuando los vicios determinantes de la libertad (incluido el precio o recompensa) se hayan sido provocados por un tercero pero son desconocidos por el médico. Resuelve pensando al médico por el hecho doloso únicamente si su error – de prohibición (sobre la licitud de la conducta) – era vencible⁶⁵, y el tercero mediante una inducción o autoría mediata del hecho delictivo⁶⁶.

Por otro lado el consentimiento debe ser *consciente*, se alude esta consciencia a la presencia de un consentimiento informado sobre el tratamiento médico – quirúrgico. Este consentimiento informado deberá abarcar: el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento con sus correspondientes consecuencias y riesgos. Con lo que se originará en el facultativo un deber de información reforzado, exhaustivo y libre de excepciones⁶⁷.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002), viene a definir en su art. 3 lo que debemos entender por *consentimiento informado*:

⁶²En este sentido véase FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, pp. 574-575/ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 572/ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica*, p. 242.

⁶³DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 572/ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. II*, p. 328.

⁶⁴Se enuncia en este sentido FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, p. 575.

⁶⁵Art. 14.3 CP.

⁶⁶ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica*, p. 242.

⁶⁷En este mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 157/ FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, pp. 577-578/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho penal*, p. 18.

“La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.”

El art. 4 de esta misma norma viene bajo la rúbrica del derecho a la información asistencial, y llena de contenido el concepto de consentimiento informado:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”

Como vemos, se hace necesario recurrir a Leyes extrapenales para llenar de contenido el consentimiento necesario para la apreciación de la causa de justificación. Algo que como estudiaremos más adelante hace que numerosas voces aboguen por la eliminación de la esterilización del Código Penal y su inclusión en las Leyes Sanitarias.

Por último, se hace necesario que el consentimiento sea *expreso*, ya desde la vigencia del anterior art. 428 CP se discutía si con la expresión *expreso* debía ser interpretada la exclusión del consentimiento presunto o tácito. Así las cosas, al elegir el legislador la palabra *expreso* resulta claro que se excluye el consentimiento presunto o tácito⁶⁸.

Ahora bien, el Código no establece si el consentimiento debe ser recogido verbalmente o por escrito. En el art. 8.2 Ley 41/2002, sin embargo, se menciona expresamente que:

⁶⁸A favor de esta interpretación véase lo dicho por DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 142. / ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 242 / FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, p. 576.

“El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.”

Aunque esta necesidad de contar por escrito, solo puede tener efectos en los ámbitos civiles o administrativos, especialmente en caso de incumplimiento. Pues en el ámbito penal no interesa este hecho, ya que lo que realmente se intenta proteger en el art. 156 párr. I es que se haya producido el consentimiento expreso y haya llegado al facultativo, sin importar si este sea escrito o verbal⁶⁹. Pese a ello parece, al menos como medio de prueba, más conveniente el consentimiento expreso escrito.

En los supuestos de concurrencia parcial de los requisitos exigidos no será ajustado a derecho aplicar el artículo 156 párr. I CP. La doctrina no se acoge a una única solución, habiendo tantas, como autores que han estudiado al respecto.

Por una parte, no será posible plantear como alternativa la apreciación de la causa de justificación genérica de ejercicio legítimo de una profesión del art. 20.7, en palabras de Díez RIPOLLÉS, dada la “vocación restrictiva” del art. 156 CP. Soluciona abriendo la posibilidad de una atenuante por analogía del art. 21.7 en relación con el 21.1, cuando falten determinados requisitos, especialmente los formales⁷⁰.

Recoge, este autor, la opinión de ROMEO CASABONA que entiende que no cabrá eximente incompleta pues todos los requisitos son esenciales. Soluciona aplicando al delito de lesiones correspondientes, en este caso, el art. 149 CP, la pena inferior en uno o dos grados, en las condiciones establecidas en el art. 155 CP: *consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido*⁷¹.

En otro sentido, CEREZO MIR establece que no todos los requisitos van a ser esenciales. Lo serán únicamente los requisitos de libertad, validez y consciencia. Siendo, por tanto, inesenciales que el consentimiento sea expreso o que se haya obtenido

⁶⁹En este sentido se pronuncia ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genérica*, p. 242.

⁷⁰DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 160.

⁷¹ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 238.

mediante precio o recompensa. Así la causa de justificación incompleta se apreciará si faltan solamente los requisitos inesenciales⁷².

4.3. Esterilización de menores

Como expusimos anteriormente una de las limitaciones del requisito de la validez del consentimiento en la esterilización consentida era el no haber obtenido la mayoría de edad.

Ya la antigua discusión del concepto menor (civil/penal) queda zanjada y ello por dos motivos fundamentales: Primero, porque al establecer “menor de edad”, se hace referencia exclusivamente al concepto civil del art.315 CC⁷³. Segundo, porque el concepto de menor que contiene el Código Penal de 1995 es el mismo, al establecer, *a sensu contrario*, el art. 19 que la responsabilidad penal bajo el Código Penal empieza a los 18 años⁷⁴. Con lo que ningún menor de dieciocho años podrá consentir válidamente para su propia esterilización.

Pero, en tanto que no alcance la mayoría de edad, de acuerdo con el principio de protección, el menor está sometido a la patria potestad, siendo su titular sus padres o tutores, quienes ejercen la representación legal y suplen su falta de capacidad⁷⁵. Podría plantearse ser estos quienes consientan la esterilización de su hijo.

Ahora bien, el art. 162.1º CC hace una exclusión de la representación legal de los hijos en:

“Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.”

Con lo que, los actos relativos a derechos de la personalidad va a quedar excluida la representación de quien ostente la patria potestad. Pero esto llevaría a la conclusión de que en los supuestos de derechos de la personalidad en los que se incluiría la esterilización el representante legal no podría intervenir nunca⁷⁶. Esta interpretación debe rechazarse. No se excluye siempre la actuación del representante legal, lo que acontece es que el práctica de estos actos personalísimos del menor por parte de su

⁷²CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español II*, p.365.

⁷³Art. 315 CC: La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

⁷⁴Art. 19 CP: los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

⁷⁵Art. 162 CC.

⁷⁶SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho Comparado*, pp. 144-147.

representante legal está sometido a un control oficial⁷⁷. Este control oficial, viene dado por la propia redacción del art. 156. I CP, que establece, como hemos apuntado en otras ocasiones que los menores de edad y sus representantes no pueden consentir en esta cuestión.

En este sentido la Consulta 3/1985 FGE vetó la esterilización de los menores e incapaces por cuanto la ley entiende que el consentimiento es un acto personalísimo y que nunca va a poder ser sustituible por la voluntad de un tercero. Con lo que queda va a quedar siempre vetada la esterilización de menores de edad.

Pese a esta prohibición, encontramos situaciones igualmente gravosas para la integridad del menor, en las que sí se tiene por válido su consentimiento. La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en su art. 13 apartado cuarto enuncia:

“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.”

Con lo que nos encontramos con la disyuntiva de que sí podrían someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, siendo su consentimiento el que justifique la acción⁷⁸, pero no podría someterse a una esterilización.

Pero no es el único caso, en las Leyes Sanitarias la mayoría de edad con carácter médico a los 16 años, así el art. 9.3 c) Ley 41/2002 expone:

“Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación.”

Mientras para las Leyes Sanitarias, es válido el consentimiento otorgado por un mayor de dieciséis, para el Código Penal en materia de esterilización es inválido, ahora bien hay que matizar que la edad no es criterio absoluto, se trata de una presunción, por lo que si a criterio del médico el menor no tiene capacidad suficiente éste acudirá a los representantes legales del menor (art. 9.3 Ley 41/2002).

⁷⁷SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho Comparado*, pp. 144-147.

⁷⁸Ahora bien, necesita que uno de sus progenitores/tutores tenga constancia del hecho a no ser que esto suponga *un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo* (Art. 14 LO 2/2010).

Frente a la edad de dieciséis años como presunción de capacidad suficiente para consentir, el art. 9.4 ha realizado una remisión externa en los supuestos de⁷⁹:

- Interrupción voluntaria del embarazo: como hemos dicho anteriormente, la edad se establece en los dieciséis años.
- Práctica de ensayos clínicos: en el art. 7.3 Real Decreto 223/2004⁸⁰ se establece que desde los doce años tendrá que consentir el menor personalmente y además deberán hacerlo sus representantes legales.
- Práctica de técnicas de reproducción humana asistida, según el art. 6.1 Ley 14/2006⁸¹, establece dieciocho años.

Es decir, si no existiese un art. 156 párr. I CP el menor de 16 años si tuviere capacidad suficiente al arbitrio del médico podría consentir su propia esterilización, pues en la remisión externa que hace la Ley 41/2002, no se menciona en ninguna ocasión las técnicas de esterilización. Pese a ello, he de quedarme con lo que establece el Código Penal, con la mayoría de edad a efectos de esterilización a los dieciocho años, no sin establecer que el desarrollo de la capacidad como requisito tendría un mejor acomodo en las Leyes Sanitarias.

SEOANE RODRÍGUEZ plantea la posibilidad de la esterilización de menores emancipados y menores que hayan obtenido el beneficio de la mayoría de edad. En cierta forma, estas instituciones se encuentran en un “estadio intermedio entre la plena capacidad de obrar del mayor de edad y la reducida del menor”⁸². El art. 323 CC se refiere de la siguiente manera:

“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”

⁷⁹GONZÁLEZ CARRASCO, “Autonomía y tratamiento médico del menor” p. 196.

⁸⁰Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

⁸¹Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁸²SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, pp. 147-149.

Ahora bien, tal y como señala, la identificación de ambas clases en orden a la capacidad de obrar no lleva consigo la conversión de los emancipados y de quienes gozan del beneficio de la mayor edad, en personas mayores de edad, sino tan sólo una asimilación de las facultades para realizar actos con eficacia civil. En consecuencia, los menores emancipados y los menores que gocen del beneficio de la mayor edad tienen la consideración de menores de edad a los efectos del art. 156 párr. I CP.

Ante este hecho, no resulta satisfactoria la regulación, pues la frontera que separa la plena capacidad y autonomía personal de la capacidad de obrar reducida o limitada es un criterio meramente formal, que no responde sino al transcurso de un lapso de tiempo. Y eso se acentúa si tenemos en cuenta que uno de los criterios definidores de la capacidad es un criterio real o material: la capacidad de juicio de cada persona⁸³.

Concluyendo, el Código Penal en materia de esterilización entiende por menor de edad a toda persona (emancipada o no) que aún no ha cumplido los dieciocho años, aun cuando posea las condiciones de madurez del art. 162.1º CC.

Pese a esto, parece más conveniente que se rebajara la edad de consentimiento a los dieciséis años, siendo entre esta edad y los dieciocho una presunción de capacidad suficiente que debería ser controlada por el médico. De esa forma el Código Penal se adecuaría a lo dispuesto en la Ley 41/2002 en materia de consentimiento de menores de edad.

4.4. Esterilización de incapaces

La otra limitación a la validez del consentimiento es la invalidez del que lo emite. Así el párrafo primero del art. 156 CP establece que ni los incapaces ni sus representantes legales pueden consentir válidamente su propia esterilización.

Ya en el antiguo art. 428 CP se planteaba la discusión sobre la naturaleza del concepto de *incapaz*. El concepto civil o el penal. Esta discusión se encuentra superada y la mayoría de la doctrina entiende que debemos referirnos al concepto formulado en el art. 25 CP⁸⁴:

⁸³Véase en este sentido lo dicho por SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, p. 149

⁸⁴FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, p. 574/ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 585/ ROMEO CASABONA, *los delitos contra la vida la integridad y los relativos a la manipulación genética*, pp. 242-243.

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

Pese a ello se ha planteado que el término incapaz es el civil: persona que haya sido incapacitada judicialmente. Pues se entiende que frente a la comprensión de incapaz en una acepción material/de hecho, lo al que el párr. I parece más idónea es una interpretación formal, o doblemente material, con arreglo a la cual tan sólo es incapaz quien ha sido declarado como tal en vía judicial⁸⁵.

La doctrina dominante, como se ha dicho, argumenta a favor de la concepción penal. En este sentido, la utilización de un concepto penal de incapaz, que nada tiene que ver con la declaración civil de incapacitación, se ve reafirmada, por la contraposición de la denominación de persona incapacitada del art. 156 párr. II CP⁸⁶.

Lo relevante es que la persona posea la capacidad natural de juicio y de comprensión sobre el acto de esterilización independientemente de lo que establezca el Derecho Civil. El Derecho Penal tiene que estar a si el consentimiento constituye una expresión de libertad de decisión consciente por parte de la persona que lo emite, sin tener en cuenta la existencia o no de declaración de incapacitación⁸⁷

Una vez claro que el art. 156 párr. I contiene un concepto penal de incapaz, estamos en condiciones de analizar éste. La doctrina interpreta el art. 25 en un sentido material, bastando únicamente con la situación fáctica de incapacidad, que debe poseer las siguientes características⁸⁸: La incapacidad tiene que venir dada por una enfermedad de carácter persistente o permanente. Y esta enfermedad tiene que producir alguno de estos efectos: ha de imposibilitar que el sujeto pueda gobernar su persona o sus bienes por sí mismos. Bastando uno de los dos para declarar la incapacidad penal. Ahora bien en lo que ocupa a la esterilización, lo que determinará la incapacidad es que la persona esté impedida para gobernar su persona, dejando al lado su capacidad para gobernar sus bienes. En cuanto a las denominadas enfermedades cíclicas, que se den lugar de modo discontinuo, habrá que estar al momento en el que otorga el consentimiento.

⁸⁵En este sentido es interesante la argumentación hecha a favor de la consideración civil/formal del concepto “incapaz” de SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, pp. 160-176.

⁸⁶Véase lo dicho por Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 585.

⁸⁷ROMERO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 275.

⁸⁸Véase por todos, TRAPERO BARREALES, “El concepto de incapaz en el Código Penal”, pp. 7-9.

Concluimos por tanto, que el concepto de incapaz es: aquella persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona y cuya capacidad natural de juicio y de comprensión sobre la esterilización se encuentren afectados por la enfermedad al momento de emitir el consentimiento, con independencia de su declaración o no de incapacitación.

A *sensu contrario*, serán capaces para consentir la esterilización voluntaria, todos aquellos, incapacitados judicialmente o no, que entiendan el alcance de la misma por tener una capacidad natural de juicio y de comprensión. Pues si no se crearía la incongruencia de que supuestos de nula o escasa relevancia de cara a la incapacidad de consentir, como los enunciados en el párrafo anterior, tendrían cerrado la posibilidad de la esterilización mientras que la hipótesis del art. 156 párr. II CP: incapacitado con grave deficiencia psíquica, tendría la posibilidad de la esterilización a instancia de sus representantes legales⁸⁹. Con lo que cuando el incapaz no padece de la *grave deficiencia psíquica* referida en el párr. II, no es incapaz en orden a la posibilidad de manifestar válidamente su consentimiento para la esterilización y, al igual, que una persona no aquejada de enfermedad mental, habrá que estar a lo que decida⁹⁰.

Mientras, la hipótesis del menor de edad incapaz o incapacitado que no tenga grave deficiencia (por lo que no pudiera acudir al párr. II), pero que plantee someterse a una esterilización voluntaria, estará vetada por la expresa remisión que hace el párr. I CP a la negativa de someter a los menores de edad (capaces/incapaces/incapacitados) a este tipo de tratamiento.

Concluyendo, podrán prestar el consentimiento necesario para la aplicación del art. 156 párr. I CP:

- El incapaz de hecho, que tenga capacidad suficiente de juicio y comprensión para consentir. A *sensu contrario*, no podrá consentir el incapaz de hecho que no posea esta capacidad por tener una grave enfermedad.
- El incapacitado (judicialmente) con deficiencias psíquicas no muy graves que le permita comprender el alcance de su decisión, y a quien se le reconozca en la sentencia de incapacitación⁹¹ esta facultad podrá consentir válidamente

⁸⁹DÍEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de lesiones*, p. 155.

⁹⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, p. 76.

⁹¹Art. 760.1 LEC: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta.”

conforme al art. 267 CC⁹². Si en la sentencia no se dictamina nada acerca de este hecho, debemos afirmar junto a ROMEO CASABONA⁹³ que no podrá instar su esterilización voluntaria ni su representante legal tampoco, pues se encuentra vetado por el propio art. 156 párr. I, siendo necesario que se modifique la declaración de incapacidad vía art. 761.1 LEC⁹⁴

Por su lado, el art. 9.3 Ley 41/2002 establece la necesaria intervención del consentimiento por representación en los siguientes casos:

“a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.”

El primer supuesto está referido a los incapaces de hecho que no tenga capacidad suficiente. No plantea problemas en la práctica de acuerdo con lo explicado, pues siempre que el paciente tenga capacidad natural de juicio y comprensión podrá instar su esterilización. Y cuando no la tenga, deberá ser solicitado por los representantes legales la autorización al Juez vía art. 156 párr. II CP

El problema surge con el apartado b), que establece el necesario consentimiento por representación en los supuestos de incapacitados legalmente, entenderemos por legalmente, judicialmente. Nos encontramos ante la disyuntiva de si un incapacitado judicial cuya sentencia de incapacitación⁹⁵ permita consentir su esterilización por no incapacitarlo, por ejemplo, a aspectos relacionados con su autonomía médica. Ya que a estos efectos comprende el alcance de sus decisiones al tener capacidad natural de juicio, no pueda consentir conforme a la Ley 41/2002 porque obliga a sus representantes legales a consentir por representación. Pero el problema se agrava aún más al enunciar el art. 156 párr. I CP que la esterilización no puede ser consentida por los representantes legales del incapaz.

⁹²Art. 267 CC: “El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”

⁹³ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 276.

⁹⁴Art. 761.1 LEC: “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.”

⁹⁵Art. 760.1 LEC: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta.”

Tampoco se adecuía este apartado b) al art. 267 CC, al no tener en cuenta que el tutor no representará al incapacitado en “aquellos actos que pueda consentir por sí solo, ya sea por disposición de la Ley o de la sentencia de incapacitación” y en el caso problemático descrito, el incapacitado tiene capacidad, valga la redundancia, para consentir su propia esterilización voluntaria.

Como expone SEGURA GARCÍA, las interpretaciones que tienen por bueno el art. 156 CP, no tienen en cuenta que los preceptos están en abierta contradicción con las disposiciones legales sanitarias más recientes⁹⁶.

Por lo que, para intentar mantener la validez interpretativa, deberemos entender que cuando la Ley 41/2002 habla de incapacitado legalmente hace referencia a incapacitado legalmente a efectos de su autonomía como paciente establecido sí en la sentencia de incapacitación. En este sentido, se adecuaría lo anteriormente dicho sobre los incapaces judiciales que pueden consentir su propia esterilización por tener capacidad natural suficiente para entender el alcance de su decisión.

Así las cosas, y a pesar de salvar interpretativamente el problema suscitado, parece conveniente que de *lege ferenda* el legislador o bien adecúe la Ley 41/2002 al Código Penal o desde éste último haga una remisión expresa a la regulación contenida en las Leyes Sanitarias.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 156 PÁRR. II CP

Este segundo párrafo del art. 156 CP viene referido a la posibilidad de practicar una esterilización a personas con grave deficiencia psíquica atendiendo al mayor interés del mismo. Como se estudió en el punto tercero de este trabajo, el ámbito de aplicación de este párrafo se circunscribe a las esterilizaciones que no revisten de fin curativo. Lo más controvertido de este apartado va a resultar la naturaleza jurídica y el fundamento propio de la esterilización, por lo que se hará un estudio separado.

5.1. Naturaleza jurídica

Cuando se trata de resolver el problema de la esterilización de los deficientes psíquicos no hay que recurrir al consentimiento del deficiente, que, por lo demás,

⁹⁶SEGURA GARCÍA, “El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas”, p.898.

siempre sería inválido, así mismo lo establece el art. 156 CP. Habrá que atender al *mayor interés del incapaz*, que es, como dice el precepto el criterio rector y fundamento de la práctica. En este aspecto de la naturaleza del inciso, encontramos a la doctrina fuertemente dividida, por una parte un núcleo duro de juristas⁹⁷ afirma la pertenencia del precepto a las causas de justificación, mientras otra parte, estudian el precepto en la tipicidad⁹⁸.

Como representante de estudio en la tipicidad encontramos a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que razona que el precepto viene a establecer la sustitución de la voluntad del incapaz por la del representante legal mediante una autorización, por lo que debe de ser estudiada a nivel de tipicidad. Con lo que no nos encontramos ante una causa de justificación, por cuanto no se trata de un problema de justificar la conducta y por otro lado, porque la autorización judicial forma parte del tipo⁹⁹.

Para otra parte, de la doctrina¹⁰⁰ la naturaleza viene dada por el consentimiento los representantes legales que suplen la falta de consentimiento del incapacitado, ahora bien, no sin las garantías establecidas por el artículo. No obstante, no parece jurídicamente adecuado hablar de un supuesto de consentimiento sustituido, por cuanto la intervención esterilizadora es un acto personalísimo, y por tanto nadie puede sustituir ese consentimiento, ni siquiera un representante. En este sentido la Consulta 3/1985 FGE establece que:

“La ley entienden que el consentimiento es un acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal sea el juez, en otras palabras, la prestación del consentimiento es un acto personalísimo. Sólo tiene aptitud para la validez de la disposición el consentimiento que proceda inmediata y directamente del titular.[...] Es ineficaz el prestado a través de representación legal o voluntaria, no siendo posible en ningún caso la sustitución del titular de la facultad de disposición para la emisión del consentimiento.”

Otra parte de la doctrina el precepto viene a resolver un supuesto de exención de la responsabilidad penal por concurrencia de una causa de justificación (estado de necesidad) que ha de ser valorada por el juez. Así que más que un problema de

⁹⁷Así lo afirman con total rotundidad MUÑOZ CONDE, *Enciclopedia de Bioderecho y bioética*, p. 791/DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 579.

⁹⁸LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, pp. 76-78/ CHIMENO CANO, “Acerca de la esterilización no curativa de incapaces” p. 1719.

⁹⁹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, pp. 76-78. En este mismo sentido véase CHIMENO CANO, “Acerca de la esterilización no curativa de incapaces” p. 1719.

¹⁰⁰ARROYO DE LAS HERAS, MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, p. 168.

consentimiento, por cuanto el incapacitado no puede consentir y sus padres tampoco pueden suplir su falta de consentimiento por tratarse de actos personalísimos, nos encontramos ante un estado de necesidad¹⁰¹. El consentimiento del representante legal nunca podrá equivaler al consentimiento del incapaz, si no es simplemente una petición al Juez, una de las garantías para evitar la interferencia de terceros a los intereses del incapacitado, como pueden ser centros o bien el propio Estado¹⁰².

La opción del estado de necesidad *ex lege* es conveniente por dos motivos fundamentales: Primero, el párrafo I es insuficiente para las peculiaridades de la que estamos tratando (grave deficiencia, petición por parte de los padres/tutores). Así bajo la esterilización no terapéutica del párr. I se presentan múltiples problemas para poder realizar una esterilización a un grave deficiente. Segundo, si para el caso de personas capaces se hizo necesario que se creara la eximente específica por no ser suficiente con las eximentes genéricas, difícilmente iba a resultar útil resolver el caso de los incapaces vía eximente de estado de necesidad genérica¹⁰³.

Una vez aceptado, que nos encontramos ante un estado de necesidad *ex lege*, es necesario hablar de la ponderación de males/bienes jurídicos.

Un primer bloque vendrá constituido, principalmente, por la vulneración de su derecho fundamental a la integridad corporal. Junto a ésta, la propia capacidad reproductora y la posibilidad de ejercerlo de un modo responsable¹⁰⁴.

El segundo bloque, vendrá dado por el derecho fundamental de igualdad y libertad en materia del ejercicio de la sexualidad y de no privar de otros derechos fundamentales tal como la libertad de movimiento, de intimidad de integridad moral e incluso integridad física. Ya que la esterilización le va a permitir a no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad, intimidad e integridad moral. La esterilización haría posible el ejercicio de su sexualidad sin el riesgo de un posible embarazo¹⁰⁵. A estos derechos podría añadirse el derecho de los hijos a la

¹⁰¹Véase lo dicho por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.124.

¹⁰²MUÑOZ CONDE, “La esterilización de deficientes psíquicos...” p. 204

¹⁰³Entiende en este sentido Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, pp. 164-165.

¹⁰⁴DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, pp. 165-167.

¹⁰⁵Véase lo dicho en la STC 215/1994, de 14 de Julio, FFJJ 4º y 5º.

atención y cuidado necesario por parte de sus padres, el de los padres o guardadores del incapaz a no ver aún más agravada su situación¹⁰⁶.

La decantación por este último bloque constituido por el derecho fundamental de igualdad y libertad en materia del ejercicio de la sexualidad sólo podrá materializarse siempre que la esterilización se rodee de una serie de garantías: previa incapacitación, instancia de los representantes legales, informes de dos especialistas, intervención del Ministerio Fiscal, previa exploración del menor por parte del Juez y sobre todo la más importante, la autorización judicial en base a todo lo anterior¹⁰⁷. Y junto a todas estas garantías procesales, dos más de tipo material, operará la causa de justificación siempre que la esterilización sea proporcionada y mantenga como criterio rector el mayor interés del incapaz¹⁰⁸.

5.2. Fundamento de la esterilización

El fundamento del precepto, que ha sido objeto de dos cuestiones de inconstitucionalidad¹⁰⁹, tal cual enuncia, se encuentra en los propios intereses del disminuido psíquico grave, a partir de la obligación de los poderes públicos¹¹⁰ de realizar una política de integración de tales personas que aspire de modo especial a asegurarles el disfrute de los derechos y libertades que la Constitución otorga a todos¹¹¹. En este sentido mismo sentido, STC 215/1994, de 14 de julio en el FJ 2º menciona que respecto a los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I CE otorga a todos los ciudadanos. Se trata de procurar al incapaz de un desarrollo vital semejante en lo posible al de otra persona que no se encuentre privada de sus facultades, para evitar así con la medida de la esterilización la posible vulneración de este desarrollo y la

¹⁰⁶MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.124.

¹⁰⁷STC 215/1994, de 14 de Julio, FJ 3º.

¹⁰⁸El estudio pormenorizado de la decantación del segundo bloque de intereses en el estado de necesidad se hará en el apartado siguiente.

¹⁰⁹La primera referida al antiguo art. 428, dio lugar a la STC 215/1994 en la que se afirma la constitucionalidad del precepto; y la segunda fue inadmitida vía Auto TC 261/1998, de 24 de noviembre, por ya haberse mostrado conforme a la constitucionalidad de la medida en la sentencia antes referida. Esta discusión acerca de la constitucionalidad parece ya incoherente por cuanto en estas dos ocasiones el TC se ha pronunciado a favor de la legitimidad de la medida, con lo que no nos centramos en ella.

¹¹⁰Art 49 CE: “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 otorga a todos los ciudadanos.”

¹¹¹DÍEZ RIPOLLÉS, “Comentarios al Código Penal –arts. 155 – 156 CP”, pp. 591-592.

posible gestación cuyas consecuencias no podría ser calibrada por él¹¹². Con lo que, esta obligación se va a concretar en garantizar el derecho fundamental a la igualdad en lo que se refiere al libre desarrollo de su personalidad en condiciones iguales al de las personas capaces, atendiendo siempre a sus peculiaridades. Y dentro de este libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la sexualidad, pues redundaría en un evidente bienestar y probablemente un beneficio para su salud psíquica, sin riesgos de embarazo. Evidentemente, la disminución psíquica no tiene por qué ser un obstáculo para el libre desarrollo de la sexualidad en condiciones de seguridad y a la par de las personas “capaces”, así este derecho a la sexualidad por las consecuencias que conlleva debe ser canalizado o controlado de alguna manera para evitar los efectos negativos referidos¹¹³. Esta idea de mayor bienestar del deficiente mental se conecta con las dificultades con que se podría encontrar una incapacitada embarazada para hacerse cargo de la relación paterno –filial¹¹⁴.

Por lo tanto, esta intervención no debe ser entendida como un ataque a la integridad física, sino como lo que es estos casos: un método de anticoncepción quirúrgica que va a redundar positivamente al bienestar del incapacitado¹¹⁵. En este sentido la STC 215/1994, de 14 de julio en los FFJJ 4º y 5º recuerdan que la esterilización no es un trato degradante o inhumano y que en todo momento se ha de estar al posible riesgo que suponga para la salud del interesado esta práctica.

Son, por tanto, las consecuencias que repercuten especialmente en la mujer, las que más directamente pueden afectar a su bienestar, de ahí que sea en estos casos la razón fundamental a favor de la esterilización¹¹⁶. Por lo que si se entiende justificada la esterilización en ambos sexos, en la mujer deficiente está más que justificada para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, pueden dañar más aún su estado psíquico por las propias secuelas físicas que produce el embarazo¹¹⁷. En este sentido se puede observar que al igual que en el caso del aborto, la justificación de la esterilización de graves deficientes psíquicos es una regulación para mujeres. Y ello, porque lo

¹¹²Auto AP Asturias 158/2009, de 14 de diciembre, FJ 2º.

¹¹³MUÑOZ CONDE, “La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994”, pp. 196-197.

¹¹⁴A favor de esta consideración DÍEZ RIPOLLÉS, “Comentarios al Código Penal - arts. 155-156 CP”, p. 593.

¹¹⁵Auto AP Barcelona 15/2006, de 19 de enero, FJ 2º.

¹¹⁶STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4º.

¹¹⁷STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4º.

primordial es el posible embarazo. Así, de las Sentencias y Autos estudiados no existe referencia ninguna a una esterilización de un sujeto varón¹¹⁸.

Ahora bien, aparte de este fundamento del mayor bienestar del incapaz, la medida de esterilización tiene que ser proporcionada a la consecución de este *mayor interés del incapaz*. En este sentido, se exigirá que la intervención corporal sea necesaria para conseguir el fin legítimo sin producir a la persona afectada otras consecuencias negativas¹¹⁹. Podríamos aventurarnos a que existen otras técnicas menos invasivas con el incapacitado igualmente válidas que la esterilización.

Para empezar queda claro que las intervenciones corporales suponen un detrimento de la integridad corporal, siendo en principio menos gravosas las terapias anticonceptivas hormonales, por cuanto éstas no suponen ningún ataque a la integridad física del incapacitado. En este tipo de terapias hormonales los responsables de los incapaces tienen que permanecer activos durante todo el tiempo de fertilidad y por lo que serán prolongados en el tiempo y no están exentos de riesgos y contraindicaciones¹²⁰. Pero, la esterilización del incapaz permite a éste un desarrollo totalmente libre de su sexualidad, sin estar bajo la vigilancia de sus progenitores y médicos. Con lo que en lo que respecta a la dignidad y libertad del deficiente resultan más adecuadas las técnicas esterilizadoras.

Por otro lado, los sistemas anticonceptivos tipo DIU, resulta de difícil aplicación en los casos de deficientes psíquicos, por no ser capaces éstos de entender qué supone la colocación del mismo, y deben de ser cambiados cada cierto número de años, con lo que la deficiente debería sometida a este tipo de intervención, siendo más recomendable someter a la paciente una única vez, resolviendo el problema de manera definitiva a través de la esterilización¹²¹.

Vemos por lo tanto, más adecuada y proporcional a la medida buscada (el mayor bienestar del incapaz) la esterilización, por cuanto va a repercutir positivamente en la salud mental del incapaz. La esterilización del incapaz va a permitirle un desarrollo totalmente libre de su personalidad, sobre todo en el aspecto sexual, sin estar sometido a

¹¹⁸ La enumeración de Sentencia y Autos estudiados está contenida en el apartado de Jurisprudencia de este trabajo (Punto 9).

¹¹⁹ Auto AP Zaragoza 205/2001, de 9 de abril, FJ 2º.

¹²⁰ SAP Girona 235/2009, de 19 de junio, FJ 3º.

¹²¹ Auto AP Álava 15/2004, de 10 de marzo, FJ 1º.

una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad, valor promulgado por el art. 15 CE¹²².

5.3. Requisitos

Los requisitos establecidos en el artículo son de índole material e índole procesal. Estos requisitos, sobre todo los procesales, se constituyen como las verdaderas garantías de las que debe rodearse la esterilización. Así estas garantías son la indispensable intervención judicial, la solicitud de quienes ostenten la patria potestad, que se realice en una persona incapacitada, la irreversibilidad de la grave deficiencia, la intervención del Ministerio Fiscal, los informes de dos especialistas y la audiencia del incapacitado para ser oído por el Juez durante el proceso.

De entre todos estos requisitos – garantías se limitará el estudio al concepto de persona incapacitada y a la grave deficiencia psíquica, pues las demás son de índole procesal.

5.3.1. Concepto de persona incapacitada

La redacción dada por el legislador en 1995 (*persona incapacitada*) parece más adecuada que el ambiguo concepto de *persona incapaz* del antiguo art. 428 CP. Los problemas interpretativos que suponían la expresión persona incapaz respecto a los incapaces de hecho, son subsanados; la única persona que podrá ser esterilizada es la *persona incapacitada*, es decir, aquella que “toma su condición de incapaz en virtud de sentencia judicial firme declaratoria de la incapacidad¹²³”.

Pese a esta interpretación, existe un sector minoritario de la doctrina que entiende el término *incapacitada* como persona afectada de incapacitación, aunque no haya sido declarada como tal judicialmente¹²⁴, encontrando su fundamento principal en el art. 25 CP¹²⁵. En este sentido, y en relación con el antiguo art. 428 se puede entender que las declaraciones civiles de incapacidad están pensadas para resolver cuestiones

¹²²Auto AP Barcelona 125/2005, de 14 de junio, FJ 2º.

¹²³SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización de incapaces en el Derecho*, p. 119.

¹²⁴TEJEDOR MUÑOZ, FJ; VEGA GUTIÉRREZ, J Y MARTÍNEZ BAZA, P; *Problemática de la esterilización de incapaces: El Derecho de Objeción de conciencia*, pp. 1702-1703.

¹²⁵Art. 25 CP: “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.”

patrimoniales o familiares, lo que poco tiene que ver con la disposición de bienes personalísimos afectos al Derecho Penal¹²⁶.

En contra de este contenido, el propio art. 156 CP establece que posee la legitimación activa para promover la esterilización *el representante legal del incapaz*; por lo tanto si debe intervenir el representante legal presupone una incapacitación¹²⁷. Además este hecho se refuerza con el procedimiento legal a seguir: *bien en el mismo procedimiento de incapacitación o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria*; con lo que no habrá autorización para la esterilización sin declaración judicial de incapacitación en el mismo proceso o en uno anterior. Este término de persona incapacitada viene a referirse al término incapaz del art. 199 CC¹²⁸, alejándose del concepto amplio de incapaz que contiene el art. 25 CP, que incluye a los incapaces de hecho¹²⁹. Así, el término incapacitado hace referencia únicamente a quien haya sido previamente declarado como tal por el Juez en su sentencia de incapacitación, con lo que no puede incluir al incapaz de hecho, pues el incapaz de hecho no tendría representante legales que pudieran actuar en su lugar como instaure el art. 156 párr. II CP¹³⁰.

Con lo que, es unánime la interpretación del término incapacitado en este artículo, entendiendo que hacer referencia al concepto civil de incapaz y se ha de exigir por tanto la declaración judicial de incapacidad¹³¹.

No suscita problema esta regulación contenida en el párr. II con el art. 9.3 b) Ley 41/2002, que establece el consentimiento debe ser necesariamente otorgado por los representantes legales en el caso de personas incapacitadas legalmente; este consentimiento por representación debe ser entendido en el sentido de que a instancia de los representantes legales el Juez puede autorizar o no la esterilización.

5.3.2. *Concepto de grave deficiencia psíquica*

¹²⁶SÁNCHEZ SILVA, *La esterilización de personas incapaces*, p. 46.

¹²⁷STC 215/1994; FJ 3º.

¹²⁸Art. 199 CC: “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”

¹²⁹Véase en este sentido LETE DEL RÍO, “La esterilización del deficiente psíquico”, pp. 46-47.

¹³⁰ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, pp. 246-247.

¹³¹TRAPERO BARREALES, “El concepto de incapaz en el Código Penal” p. 14.

Para que en la esterilización actúe como causa de justificación la esterilización el Código Penal exige que el incapacitado adolezca de una grave deficiencia psíquica. Por lo que desde una primera aproximación, se van a excluir todas las enfermedades o deficiencias de carácter físico¹³².

Estamos en principio, ante un concepto jurídico indeterminado. Pero siempre jurídico, y no médico así el Auto TC 261/1998, de 24 de noviembre¹³³ define este concepto de *grave deficiencia psíquica* de la siguiente manera:

“Es básicamente un concepto *jurídico*, en el sentido de que la integración acabada de su contenido es tarea que, finalmente, compete al Juez, el cual habrá de verificar si la deficiencia acreditada médicamente es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada.”

El adjetivo grave se refiere a una deficiencia profunda del que no podría dar en ningún supuesto un consentimiento válido por no constituir expresión de madurez o capacidad natural de juicio¹³⁴. Así la gravedad de la deficiencia tiene que ser de tal dimensión que genere la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la media de intervención corporal solicitada¹³⁵.

Pero, el problema surge en cómo se mide esta grave deficiencia psíquica. Entiende SEOANE RODRÍGUEZ que la determinación en orden a la correcta comprensión del requisito de la gravedad no puede ser resultado de la utilización de clasificaciones de deficiencia mental. La gravedad de la deficiencia psíquica ha de determinarse mediante su conexión con una serie de circunstancias relacionadas con la esterilización del incapaz: la comprensión del significado y trascendencia de su conducta en materia sexual y de reproducción¹³⁶¹³⁷.

¹³²A favor de esta exclusión LETE DEL RÍO, *La esterilización del deficiente psíquico*, p. 47.

¹³³Este es el auto por el que se inadmite una cuestión de inconstitucionalidad al art. 156 párr. II CP planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife.

¹³⁴ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica*, p. 247.

¹³⁵SAP Asturias 65/2000, de 14 de febrero, FJ 2º/ Auto AP Barcelona 125/2005 de 14 de junio, FJ 2º.

¹³⁶SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, p. 317

¹³⁷En este mismo sentido se pronuncia el Auto TC 261/1998, de 24 de noviembre: “Los especialistas ilustrarán lógicamente también al Juez sobre las consecuencias que estas discrepancias han de tener en la personalidad del examinado, en su capacidad de comprensión, en su autonomía personal... Y sobre la base de esa información médica, el Juez tendrá que concluir si puede o no considerarse, jurídicamente, que la persona en cuestión padece deficiencia psíquica grave en el sentido del art. 156.2 CP. [...]”.

En todo caso, la deficiencia ha de tener carácter *permanente e irreversible*. Esta característica debe ser entendida en el mismo sentido que la *gravedad*, esto es, puesto en inmediata relación con la intervención esterilizadora que se solicita para la persona incapaz¹³⁸.

Concluyendo, no basta una mera deficiencia psíquica, sino sólo cuando la capacidad natural se encuentre afectada por una grave deficiencia psíquica que le imposibilite comprender el sentido y significado de la esterilización, será posible acudir a la vía de la autorización del párr. II CP¹³⁹. A *sensu contrario*, cuando la persona no adolece de una grave deficiencia psíquica irreversible o permanente, no es incapaz en orden a la prohibición de prestar su consentimiento vía art. 156 párr. I CP.

Ahora bien el TC acepta en el mismo auto que “la expresión utilizada por dicho art. 156.2 CP no sea científicamente correcta, por obsoleta”. Así en la formulada cuestión de inconstitucionalidad el Juzgado de 1º Instancia de SCTF se decía que sería deseable sustituir: *grave deficiencia psíquica* por “*un trastorno mental que de modo irreversible le impida autodeterminarse en lo sexual*”. Siendo sin embargo lo más aconsejable, según este Juez, una remisión a una Ley que regulase los presupuestos y garantías de la esterilización¹⁴⁰.

5.4. Esterilización de menores

Con lo ya estudiado ha quedado claro que el art. 156 CP usa el término de incapacitado contenido en el Código Civil, cabe hacer la reflexión de la posibilidad de esterilizar a menores cuya incapacidad es irreversible. Pensemos en jóvenes de quince - dieciséis años que hayan alcanzado la madurez sexual.

En este sentido, señala el art. 201 CC:

“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”

El art. 201 CC permite incapacitar desde a los menores de edad, siempre y cuando la causa de esta incapacitación no vaya a remitir en un futuro. Como se ha expuesto el

¹³⁸SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, pp. 312-318.

¹³⁹LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, p. 75.

¹⁴⁰Cabe destacar en este sentido que el legislador en otra de las prácticas reguladas por el art. 156 CP –Trasplante de órganos– ha considerado oportuno una remisión a una Ley fuera del Código Penal. Esta ley es la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

término de incapacitado que contiene el párr. II hace referencia al concepto civil. De ahí podemos extraer que el concepto *persona incapacitada* contenido en el art. 156 CP comprende por ende al menor de edad, pues en el Código Civil se trata conjuntamente al incapacitado menor de edad y al mayor de edad. Este razonamiento se contrapone a lo establecido por el el Tribunal Constitucional en la Sentencia 215/1994, de 14 de julio F.J. 3º al afirmar que “los deficientes psíquicos mayores de edad son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición”

Con esta afirmación, el último garante de la Constitución parece esclarecer la prohibición de la esterilización de menores con incapacidad irreversible, pese a ello y textualmente LETE DEL RÍO “parece absurda semejante conclusión y debe rechazarse¹⁴¹” En este mismo sentido, si nos encontramos ante un menor de edad incapacitado con una grave deficiencia psíquica será aplicable este párrafo dada su especialidad frente al párrafo primero. La exigencia de irreversibilidad de la enfermedad nos coloca en un contexto en que carece de sentido esperar a la mayoría de edad¹⁴².

Parece claro, por tanto, la postura de la doctrina en relación con la esterilización de menores incapacitados que adolezca una grave deficiencia, algo que choca frontalmente con la jurisprudencia constitucional la cual, como anteriormente expusimos, cierra la puerta a esta posibilidad entendiendo que la esterilización del párr. II está únicamente dirigida a los adultos. Se puede llegar a pensar que el TC no se planteó de manera profunda la posibilidad de esterilizar a un menor, pues únicamente hace la afirmación antes referida como una mera declaración sin respaldo jurídico. Parece idóneo que el Tribunal se pronunciara sobre la posible inconstitucionalidad de la esterilización de menores. Pese a esto, me parece más adecuada la solución dada por la doctrina aceptando la esterilización de los menores siempre que sufran una grave deficiencia psíquica irreversible.

No parece haber tampoco problemas como dijimos anteriormente para los incapacitados mayores de edad, en relación con la Ley 41/2002, pues establece que el

¹⁴¹Véase lo dicho al respecto por LETE DEL RÍO, “La esterilización del deficiente psíquico, p.47.

¹⁴²DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 169/ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, p. 247/ TAMARIT SUMALLA, “Comentario art. 156 CP”, p. 138.

consentimiento de éstos deberá ser otorgado por sus representantes legales, cuestión que se suple al pedir éstos la autorización al Juez¹⁴³.

6. LA ESTERILIZACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Desde la misma incorporación del antiguo art. 428 CP algunos autores mostraban la conveniencia de la exclusión de la esterilización de las leyes penales; así ROMEO CASABONA aborda este problema y establece que “desde el punto de vista de la técnica legislativa más correcta, estimo que el CP no es el lugar más adecuado para regular estas actuaciones relativas a la esterilización (tanto de adultos capaces como de menores e incapaces), puesto que destacan en primer lugar los derechos de la personalidad...” Continúa argumentado que las otras técnicas recogidas en el antiguo art. 428 CP (cirugía transexual y donación de órganos) también deberían ser encomendadas a la legislación civil o incluso a la sanitaria¹⁴⁴.

En este mismo sentido en 1998 el Juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad entendía que la esterilización tendría una mejor regulación e una Ley que regulara con precisión los presupuestos y garantías necesarias. De esta misma manera entendía que la regulación actual mostraba situación de gran inseguridad jurídica¹⁴⁵.

No de acuerdo con ello, el TC en el Auto 261/1998, de 24 de noviembre argumenta que el legislador ha determinado un régimen ofrece garantías suficientes. Lo que sí admite implícitamente es la necesidad de una regulación en positivo de la cuestión que quizás encuentre su mejor acomodo en las Leyes Procesales.

Ya en este siglo, se sigue manteniendo que sería aconsejable sacar del Código Penal la regulación de la esterilización. Con la aprobación de la Ley 41/2002 autores han entendido que la oportuna regulación de las tres técnicas del art. 156 encontraría su mejor acomodo en dicha Ley¹⁴⁶. En otro sentido, voces críticas consideran que los arts.

¹⁴³Art. 9.3 b) Ley 41/2002.

¹⁴⁴ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p.281.

¹⁴⁵Auto TC 261/1998, de 24 de noviembre, Antecedente 3º.

¹⁴⁶Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y los relativos a la manipulación genética*, p. 239

155 y 156 CP han quedado obsoletos y no aplicables por cuanto las leyes sanitarias (Ley 41/2002) han ido desarrollando este tipo de prácticas¹⁴⁷.

Pese a estar esta técnica consolidada en el Ordenamiento Jurídico Español, sigue habiendo sectores que apoyan por la eliminación de esta cláusula de exoneración de responsabilidad penal, en palabras de Luis Cayo presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): "Nadie puede tomar por otra persona una decisión que afecta al propio cuerpo y que implica privar a alguien de su función reproductiva¹⁴⁸".

Esta urgente necesidad de dotar de una mejor ordenación a la esterilización junto a la de adecuar el Código Penal a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴⁹ ha propiciado una posible reforma del art. 156 CP. En el apartado XXVIII de la exposición de motivos del Proyecto de reforma, el legislador expone que se da una nueva regulación circunscribiendo la esterilización¹⁵⁰ a "supuestos excepcionales en los que se produzcan grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, "que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas."

Con todo ello el precepto conforme a la redacción dada por el Proyecto de reforma es el siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

¹⁴⁷SEGURA GARCÍA, "El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas." p. 898.

¹⁴⁸Público.es, 27 de julio de 2012 "Los discapacitados piden a Gallardón que elimine la esterilización forzosa" disponible en <http://www.publico.es/espana/440118/los-discapacitados-piden-a-gallardon-que-elimine-la-esterilizacion-forzosa> (últ. acc. septiembre 2014).

¹⁴⁹Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

¹⁵⁰Se hace caso omiso a la solicitud del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Al respecto recoge esta noticia El Mundo, miércoles 4 de julio de 2012, "Justicia descarta prohibir la esterilización forzosa de personas con discapacidad" disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/04/solidaridad/1341399661.html> (últ. acc. septiembre 2014).

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

Las novedades que trae esta nueva regulación son las siguientes:

Primero y siguiendo las recomendaciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, se sustituye la expresión, en el primer inciso de *incapaz* por persona que *carezca absolutamente de aptitud para prestarlo* y en el inciso segundo *incapaz* por *personas que de forma no permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento*.

Se cambia, por lo tanto, en el párrafo II, el criterio de deficiencia psíquica grave por el de imposibilidad de prestar el consentimiento. Este hecho según recoge el Consejo General del Poder Judicial¹⁵¹ y el Consejo Fiscal¹⁵² presenta dudas respecto de las personas no declaradas judicialmente como incapaces pero que no puedan prestar de forma permanente su consentimiento o aquellas personas que declaradas judicialmente como incapaces pero que puedan prestar consentimiento de forma libre e informada. Con lo que en la práctica existirán, según estos órganos, problemas interpretativos que harán no viable la redacción dada al precepto.

El Consejo de Estado en su dictamen salva estas objeciones con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda del Proyecto de Reforma, de la que hablaremos *a posteriori*, por cuanto se establece que la autorización judicial para la esterilización debe ser concedida “en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior.” Con lo que no quepa duda que será necesario que la *persona que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento* deberá ser objeto de una expresa declaración judicial de incapacitación.

La segunda novedad es que se sustituye *procedimiento de incapacitación* por *procedimiento de modificación de la capacidad*, conforme a los postulados de la Convención. Y se cambia también en el plano procesal *expediente de jurisdicción voluntaria* por *procedimiento contradictorio*, que deberá contar tal y como sucede en el

¹⁵¹Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Consejo General del Poder Judicial, 16 de enero de 2013.

¹⁵²Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica a Ley Orgánica 10/1995, de 24 De Noviembre, del Código Penal, 8 de enero de 2013.

precepto actual del informe de dos especialistas, el Ministerio Fiscal como garante del mayor interés del afectado y la decisión judicial previo examen directo de la persona, como vemos aquí el proceso no ha cambiado respecto al actual.

Otra de las novedades es que para la no punibilidad de la esterilización hemos de encontrarnos ante *supuestos excepcionales* en los que se produzca un *grave conflicto de bienes jurídicos protegidos*.

Podría parecer un criterio más restrictivo que el vigente *mayor interés del incapaz*, que se establece como el fundamento mismo de la esterilización y la única restricción de tipo material actual. En su informe el Consejo de Estado¹⁵³ ha interpretado negativamente tal restricción. Al igual que Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal¹⁵⁴, que apuestan por mantener la regulación actual.

Esta introducción, bajo mi punto de vista, no aporta nada nuevo, es reiterativa y no restringe en absoluto y podría prescindirse de la misma. Y ello por dos razones fundamentales. Primero, he mantenido durante el estudio del párr. II del art. 156 CP que nos hallamos ante un estado de necesidad *ex lege*. Así se hace innecesario la mención de que nos encontramos ante un *conflicto grave de bienes jurídicos protegidos*, pues esta es la definición del estado de necesidad. Segundo, la expresión *supuestos excepcionales* no hace sino reiterar que nos encontramos ante un estado de necesidad, pues este opera sólo cuando no hay otra solución¹⁵⁵.

Por su parte, el grave conflicto de bienes protegidos encierra un concepto jurídico indeterminado que será determinado para el caso concreto. La determinación del grave conflicto de bienes protegidos vendrá dado por la propia justificación material de la esterilización *mayor interés del afectado* por el cual el bien jurídico de la integridad física y derecho a la maternidad/ paternidad cae ante los bienes jurídicos del bienestar y su derecho a la sexualidad¹⁵⁶. Con lo que no es difícil caer en la cuenta que la nueva regulación, como he mencionado, no aporta novedad alguna, ya que tanto en la

¹⁵³Dictamen 358/2013, de 27 de junio, del Consejo de Estado.

¹⁵⁴Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica a Ley Orgánica 10/1995, de 24 De Noviembre, del Código Penal, 8 de enero de 2013.

¹⁵⁵En este sentido CEREZO MIR define el estado de necesidad “como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber”. Para un estudio del estado de necesidad más amplio véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal II*, pp. 246-289.

¹⁵⁶En este sentido, BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, pp. 235-246.

regulación actual como en la propuesta la justificación de la esterilización va a venir dada por un estado de necesidad atendiendo siempre por el mayor interés del incapacitado.

Otra novedad, ya en el ámbito procesal, es que el nuevo art. 156 párr. II CP se remite a las leyes procesales civiles para que sean éstas las que regulen el procedimiento de autorización de la esterilización. A este efecto la disposición adicional segunda del Proyecto de modificación viene a decir:

“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del art. 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un Juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve; oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal; y previo examen por el Juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.”

Entienden el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial¹⁵⁷ la necesaria eliminación de esta norma de carácter procesal civil, ya que no se trata de una materia sustantiva que deba estar en la Ordenación Penal. Al ser una norma de carácter procesal, pues no es difícil caer en la cuenta que lo que está haciendo el legislador es dar las directrices para un proceso judicial, sólo debería encontrar su hueco en las Leyes Procesales. El Consejo de Estado expone que si era necesario que la regulación se encontrara dentro de la normativa penal lo ideal hubiese sido una disposición adicional que se configure como una reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al igual que parte de la doctrina mencionada anteriormente, estos órganos abogan por la exclusión del Código Penal de este tipo de prácticas, postura nada criticable, por cuanto las Leyes Sanitarias ya han regulado gran parte de la cuestión controvertida y parece que el Código Penal no debe de entrar a regular un proceso, y menos un proceso de carácter civil, como es el de la autorización judicial. Al Derecho Penal (regulado en su totalidad entre el Código Penal y algunas Leyes de carácter especial), le queda relegado la última intervención de protección de bienes jurídicos y por ello solo entrará en juego cuando las demás ramas del Ordenamiento Jurídico hayan perecido¹⁵⁸,

¹⁵⁷Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Consejo General del Poder Judicial, 16 de enero de 2013/ Dictamen 358/2013, de 27 de junio, del Consejo de Estado.

¹⁵⁸MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 72-73.

siguiendo con esta interpretación no resulta adecuado, teniendo en cuenta la función del propio Derecho Penal, que se mantenga en este sentido la norma actual.

El lugar adecuado para la regulación del proceso, es tal y como se establece en el Proyecto de Reforma, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual podrá desarrollar dentro de los procesos civiles especiales (entre los que se encuentra el proceso de incapacidad) el proceso mediante el cual se obtiene la autorización judicial.

Así la técnica legislativa más apropiada parece ser que las Leyes Sanitarias (LGS y Ley 41/2002) regulen las vicisitudes en torno a la esterilización consentida (junto a la donación de órganos y la cirugía transexual) y los requisitos y garantías de la esterilización de incapaces y menores. Y la LEC el proceso mediante el cual se obtenga la autorización para las esterilizaciones de incapaces y menores. Por su parte el Código Penal enuncie únicamente que este tipo de técnicas quedarán exentas de pena para el caso en el que se realicen de acuerdo a las leyes ya mencionadas, evitando la regulación de materias ajenas al Derecho Penal.

7. CONCLUSIONES

De la investigación realizada se cae en la cuenta de los problemas jurídicos que suscita la esterilización en el Ordenamiento Jurídico Español. Con lo que parece idónea una mejor regulación que se adapte al problema que nos ocupa, pues la esterilización recordemos es una actividad penada en el art. 149 CP. Así:

- I. Por esterilización hay que entender aquel método anticonceptivo permanente e irreversible que requiere de una intervención quirúrgica, sin que suponga la extirpación o ablación de sus órganos sexuales, esto es, manteniendo intacta su capacidad para mantener una relación sexual (*capacitas coeundi*).
- II. El ámbito de aplicación de la justificación contenida en el art. 156 CP va a ser aquellas esterilizaciones que no revistan de fin curativo. Es decir, el art. 156 CP se circunscribe en aspectos que no tienen que ver con la justificación de los tratamientos médico curativos.
- III. La naturaleza del art. 156 párr. I CP es una causa de justificación por concurrencia del consentimiento del “esterilizado”. Por su lado, la naturaleza del párr. II es un estado de necesidad, siendo el fundamento del mismo el mayor interés del incapaz.

- IV. El art. 156 párr. I CP va a permitir la esterilización de personas capaces mayores de edad. Esta capacidad vendrá dada por la tenencia de capacidad natural de juicio y de comprensión sobre la esterilización siempre que no se encuentren afectados por una deficiencia al momento de emitir el consentimiento, con independencia de su declaración o no de incapacitación.
- V. La esterilización de menores que está vetada por el art. 156 párr. I CP. Ahora bien, en mi opinión debería ser causa de justificación para mayores de dieciséis años que tengan capacidad natural de saber y entender su decisión, para ajustar la edad a la Ley 41/2002.
- VI. La esterilización de deficientes psíquicos sin grave deficiencia (siempre mayores de edad) va a ser justificada vía art. 156. I CP. No suscita problema alguno, aunque debería estar expresamente reconocida para evitar problemas interpretativos.
- VII. La esterilización de deficientes psíquicos sin grave deficiencia psíquica menores de edad no está justificada por el art. 156 párr. I CP, pero debería estarlo para los mayores de dieciséis años que tengan capacidad natural de juicio, al igual que ocurre con los mayores de dieciséis años no incapaces/incapacitados.
- VIII. La esterilización de deficientes (tanto menores de edad como mayores) psíquicos con grave deficiencia es lícita si se realiza con los requisitos dispuestos en el art. 156 II CP.
- IX. De lege ferenda sería adecuado sacar la esterilización consentida del Código Penal, remitiéndola a una Ley Especial, como sucede en el caso de los trasplantes de órganos. Esta ley debería regular especialmente, atendiendo a los problemas interpretativos y las soluciones dadas por la doctrina, los requisitos de capacidad, en relación con los menores e incapaces/incapacitados, permitiendo a éstos consentir en los términos que se expuso anteriormente. Mientras, dicha Ley debería remitir a la Ley de Enjuiciamiento Civil para que regule el proceso por el que se obtiene la autorización judicial para que los incapaces con grave deficiencia psíquica puedan someterse a la esterilización. Ahora esta autorización debe prestar especial atención a los requisitos que garantizan la legitimidad de la misma: el informe de dos especialistas, audiencia del Ministerio Fiscal y examen directo de la persona. Entre tanto el Código Penal únicamente mencionaría que si las esterilizaciones se realizan conforme a las Leyes referidas se exonerará de pena.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO DE LAS HERAS, A. / MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

ARROYO ZAPATERO, L.: “Los menores de edad y los incapaces ante al aborto y la esterilización”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (nº 4), 1988, pp. 898-901.

BAJO FERNÁNDEZ M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas* (2º ed.), CERA, Madrid, 1991.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* (nº 1), 2014, pp. 235-246.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II* (3ºed), Tecnos, Madrid, 1990.

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II* (6ºed.), Tecnos, Madrid, 2004.

CHIMENO CANO, M.: “Acercas de la esterilización no curativa de incapaces”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (nº3), 2000, pp. 1719 – 1721.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial Vol. 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los Delitos de lesiones*, Colección los delitos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ESBRÍ MONTOLIU, MF.: “Esterilización de deficientes mentales”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 5 (nº. 1), 1997, pp. 76-90.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P. en *Comentarios al Código Penal. Tomo V*, Cobo del Rosal, M.,(Dir), Edersa, Madrid, 1999.

GARCÍA ARÁN, M.: “Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho Penal Español” en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, Mir Puig, S. (Coord), Bosh, Barcelona, 1983, pp. 251 – 266.

GIMÉNEZ GARCÍA, J., en *Comentarios al Código Penal*. Tomo 2, López Barja de Quiroga, J (Coord.), Bosh, Barcelona, 2007.

GONZÁLEZ CARRASCO, E.: “Autonomía y tratamiento médico del menor” en *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Mendoza Buergo, B (Ed.), Civitas, Pamplona, 2010, pp. 179 – 206.

LETE DEL RÍO, J.M.: “La esterilización del deficiente psíquico” *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* en Serrano García, I., Tirant lo blach, Valencia, 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El Consentimiento y la esterilización de los incapaces*, Cuadernos de política criminal (nº44), 1991, pp. 311 – 348.

- *El consentimiento en el Derecho Penal*, Dynkinson, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ RUIZ, J.: “La problemática jurídico penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces” en *Estudios jurídicos – penales sobre genética y Biomedicina, Libro – Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Mantovani*, Benítez Ortúzar, I.F. (Coord.), Dynkinson, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial* (11ºed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- *Derecho Penal. Parte Especial* (18º ed. revisada y puesta al día), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- “La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 14 de julio de 1994” en *Revista de derecho y genoma humano*, 1995, pp. 185 – 210.

- *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* (4ªed, revisada y ampliada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

- “Esterilización” en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Romeo Casabona, C.Mª. (Dir.) Comares, Granada, 2011, pp. 790 – 808.

ROMEO CASABONA, CM^a.: *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985.

- *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA., Madrid, 1994.
- *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

SEGURA GARCÍA, M.J.: “El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas” en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu, J.C. (Coord.), Dynkinson, Madrid, 2005.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*; F. Paideia, A Coruña, 1996.

- *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, Dynkinson, Madrid, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La esterilización de disminuidos psíquicos (un informe de Derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988.

TAMARIT SUMALIA, J.M^a. en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (9^oed.), Quintero Olivares, G (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011.

TEJEDOR MUÑOZ, F.J. / VEGA GUTIÉRREZ, J. / MARTÍNEZ BAZA, P.: “Problemática de la esterilización de incapaces: El Derecho de Objeción de conciencia”; en *La Ley: Revista jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (nº3), 2000, pp. 1702-1705.

TRAPERO BARREALES, M^a. A.: “El concepto de incapaz en el Código Penal” en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*. Vol. V, Aranzadi, Pamplona, 1998.

9. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 215/1994, de 14 de julio.

Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 261/1998, de 24 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 4371/1979, de 19 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 905/1994, de 30 abril.

Audiencia Provincial Islas Baleares (Sección 5ª). Sentencia núm. 210/1999, de 30 de marzo.

Audiencia Provincial Asturias (Sección 4ª). Sentencia núm. 65/2000, de 14 de febrero.

Audiencia Provincial Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 643/2002, de 27 de junio.

Audiencia Provincial Girona (Sección 2ª). Sentencia núm. 235/2009, de 19 de junio.

Audiencia Provincial Zaragoza (Sección 2ª). Auto núm. 205/2001, de 9 de abril.

Audiencia Provincial Álava (Sección 2ª). Auto núm. 15/2004, de 10 de marzo.

Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 125/2005 de 14 de junio.

Audiencia Provincial Vizcaya (Sección 4ª). Auto núm. 756/2004, de 2 de noviembre.

Audiencia Provincial Madrid Auto núm. 887/2004, de 10 de diciembre.

Audiencia Provincial Girona (Sección 2ª). Auto núm. 86/2005, de 11 de mayo.

Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 125/2005, de 14 de junio.

Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 15/2006, de 19 de enero.

Audiencia Provincial Asturias (Sección 1ª). Auto núm. 158/2009, de 14 de diciembre.

10. LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS JURÍDICOS

- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
- Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Circular núm. 3/1985 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de abril, en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el consentimiento justificante en el artículo 428, párrafo segundo, del Código Penal
- Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Informe del Consejo Fiscal, de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica a Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal.
- Dictamen 358/2013, de 27 de junio, del Consejo de Estado.