

Límites, notas y garantías de los Derechos
fundamentales. La Sentencia 215/94 (TC) sobre la
esterilización de los incapaces que adolezcan de grave
deficiencia psíquica

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

I. INTRODUCCION

No hay una línea claramente definida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza y límites del derecho a la vida y de los actos que implican disposición del propio cuerpo; por el contrario, siguiendo la distinción establecida por Ruiz Miguel se perfila una doble dirección consistente en afirmar la disposición del derecho sujeta a ciertas limitaciones en el conflicto interpersonal donde los titulares de derecho son dos sujetos distintos (en los casos de Aborto, si se acepta que hay dos sujetos de derechos, y en el presente de esterilización), y en proclamar, por el contrario, la indisponibilidad del derecho cuando se trata de un conflicto individual que se plantea entre los derechos del propio individuo,¹ (el caso de los Grapo), quedando

1. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, Revista del CEC, n.º 14, enero-abril 93, pp. 135-165. ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*, en IPD, n.º 9/90, pp. 31-41. El más reciente y documentado estudio es el de JUANATEY DORADO, C., *Derecho. Suicidio y Eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994.

pendiente la cuestión de la Eutanasia ².

El tema, es de suma importancia; no sólo por la entidad de los bienes y valores que están en juego, el de la integridad física, y *a fortiori*, el de la vida, que en última instancia constituye para algunos la condición de existencia de los derechos, sino también porque afecta a las creencias y convicciones personales. Advertiré que voy a tratar el tema desde el «Cabo de Hornos» de la Ciencia jurídica que supone la distinción entre Derecho y Moral como órdenes normativos claramente diferenciados ³, distinción que no es separación absoluta, pero tampoco confusión; por tanto, teniendo en cuenta que el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral, analizaré la Sentencia desde un punto de vista jurídico cuya referencia última será el texto constitucional. Ello exige, de acuerdo con De Páramo la aceptación del punto de vista interno sin cuyo concurso no puede explicarse la relevancia constitucional de un principio que por evidente no deja de ser obvio: la supremacía de la Constitución y la vinculación directa sobre los Jueces y Tribunales (arts. 9.1 CE y 5.1 LOPJ) ⁴, y sitúa el análisis de la Sentencia, entre los límites de la moralidad legalizada que define la Constitución en los valores superiores (art. 1.1.), con especial referencia a la libertad e igualdad, sin olvidar, *de lege ferenda*, el de la solidaridad, y en los derechos del art. 10 ⁵ que informan el Título I, y los de la moralidad crítica que incluye la tolerancia, ⁶ no en su concepción débil de conmiseración o padecimiento del mal ajeno, que niega el *status* de derecho respecto a lo que se tolera ⁷, sino en el sentido fuerte que parte del respeto al otro, considera el objeto a tolerar como un bien y añade un plus al reconocimiento del derecho a la disidencia ⁸ y a la diferencia, de quienes por las razones justificatorias de índole moral, religiosa,

2. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Problemas de la Eutanasia*. SISTEMA 106/92, pp. 81-107. CALSAMIGLIA, A., *Sobre la Eutanasia*, DOXA, 14/93 pp. 337-358, y PECESBARBA MARTÍNEZ, G., *Notas sobre la problemática ético-jurídica de la Eutanasia*, texto mecanografiado.

3. Sobre la relación Derecho Moral, cfr. ACFS n.º 28/88, y DOXA 8/90. Más reciente, LAPORTA, F.J., *Entre el Derecho y la Moral* México, Fontamara ed., 1993.

4. Cfr. DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*, en REDC, n.º 22/88, pp. 88-119.

5. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los Derechos Humanos*, en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*. Madrid, Univ. Compl. 1988 (3.ª ed.º), pp. 205 a 209.

6. Cfr. BOBBIO, N., *Las razones de la tolerancia*, en *El Tiempo de los Derechos*, trad. de R. de Asís Roig. Madrid, Sistema, 1991, pp. 243 a 256. LÓPEZ CALERA, N.M., *Derecho y tolerancia*, en *Jueces para la Democracia*, n.º 2-3/92, pp. 3 a 8.

7. Cfr. DE LUCAS, J., *¿Para dejar de hablar de tolerancia?*, en DOXA 11/92, pp. 117-126. Sobre la tolerancia, cfr. DOXA 11/92, con artículos de DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

8. Cfr. DE LUCAS, J., *Sobre la desobediencia civil en España. Algunos equívocos. un sofisma y una propuesta.*, en IGLESIA VIVA, n.º 173/94, pp. 447-462.

humanitaria u otras), discrepen. El análisis de la Sentencia muestra cómo el concepto de Justicia en nuestro ordenamiento consiste la conjunción entre tolerancia y solidaridad (J. de Lucas-Peces-Barba)⁹, de un lado, en el reconocimiento, garantía y protección de derechos de las minorías¹⁰ (J. de Lucas-L. Prieto)¹¹, de otro, y en todo caso, en la satisfacción de las necesidades básicas y radicales (Añón)¹².

La Sentencia 215/94 del Tribunal Constitucional (BOE n.º 197 de 18/VIII/94, pp. 29 a 41) que declara la constitucionalidad del art. 6 de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio de actualización del Código Penal en la parte del mismo que da nueva redacción al artículo 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, es importante por varias razones¹³.

En primer lugar porque constituye la última declaración del Tribunal acerca de la naturaleza, límites y garantías de un derecho tan fundamental como es el de la disposición de nuestro propio cuerpo. En segundo lugar, porque contribuye a la formación de un *corpus* de doctrina jurisprudencial en el que se perfila el carácter limitado y relativo de derechos que antes parecían absolutos. En tercer lugar, porque se afirma por primera vez, un derecho de autodeterminación de la persona sobre órganos de su propio cuerpo y se confiere relevancia al consentimiento respecto de las lesiones, reconociendo implícitamente, como advierte un sector de la doctrina, la inconstitucionalidad del art. 409 del

9. Cfr. DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad* México, Fontamara, 1993, y PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Seguridad jurídica v solidaridad como valores de la Constitución española*, en *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, pp. 284-320. AÑÓN ROIG M.^a J., *Un punto de vista sobre la solidaridad: A. Camus «o esto es asunto de todos»*, en el libro homenaje al prof. J.M.^a Rojo, (en prensa), y GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Solidaridad y derechos de las minorías en AAVV Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Fundación ONCE, 1994, pp. 147-161.

10. Cfr. DE LUCAS, J., *Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa*, en RCEC n.º 15/93, pp. 97-128. Del mismo autor vide, *El reconocimiento de los derechos ¿camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)*, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, BOE, 1/93, pp. 261-280. PRIETO SANCHÍS, L., *Igualdad y Minorías*. Ponencia presentada al II Seminario Internacional, *La integración de las minorías como problema jurídico y político en la Europa comunitaria*. Valencia, marzo, 1994. Texto mecanografiado. Del mismo autor, en relación con la libertad religiosa, vide, *Las minorías religiosas*, en AAVV *Derechos de las minorías v de los grupos diferenciados*, cit., pp. 1-17.

11. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid, Tecnos, 1992, caps. I, y II. Del mismo autor, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994, cap. 3.

12. Cfr. AÑÓN ROIG, M.^a J., *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid, CEC, 1994, cap. V, pp. 259-323.

13. Cfr. CHOCLAN MOTALVO, J., *La esterilización de disminuídos psíquicos en la doctrina del Tribunal Constitucional en Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 164/94 pp. 1-6. Con anterioridad a la reforma SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La esterilización de los disminuídos psíquicos* Barcelona PPU, 1988.

Código penal y del art. 149 del Proyecto de Código Penal de 1992¹⁴. Y, finalmente porque se confirma un *iter* legislativo que recoge los avances de la ciencia médica y la genética, limitando el viejo dogma de la indisponibilidad de la vida y del propio cuerpo¹⁵.

II. LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA CREACION JUDICIAL DEL DERECHO

El Titular del Juzgado n.º 5 de los de Primera Instancia de Barcelona en respuesta a la demanda en que los padres de una incapacitada aquejada del síndrome de Down solicitan su esterilización mediante la ligadura de las trompas de Falopio, plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley Orgánica de 21 junio 89 en la parte en que autoriza la esterilización de los deficientes psíquicos mediando el consentimiento de sus representantes legales, (art. 428 CP) en relación con el art. 15 de la Constitución, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, por si la esterilización pudiera constituir alguno de estos supuestos.

Recordando algunas ideas expuestas en otro lugar¹⁶, la cuestión de inconstitucionalidad es un procedimiento que media entre el ejercicio difuso del control de constitucionalidad de las Leyes por parte de cualesquiera órganos jurisdiccionales (modelo norteamericano) y el sistema de jurisdicción concentrada, que siguiendo parcialmente el modelo de Kelsen, establece nuestra Constitución; el principio de eficacia directa obliga a los órganos jurisdiccionales al examen previo de la presunta inconstitucionalidad y, en su caso, a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional¹⁷. Este recurso permite apreciar las virtudes de un juez diligente e inquieto, y muestra cómo paulatinamente se va superando la concepción mecanicista y la figura del juez automático e irresponsable, (la boca muda que pronuncia las palabras de la ley), que cede el paso al juez constitucional, independiente y a la vez comprometido con el sistema de normas valores y principios que informan el

14. Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Delitos contra las personas (continuación). Auxilio e Inducción al Suicidio. Homicidio Suicidio*, en VIVES ANTÓN, T., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch ed., 1993, pp. 556-559.

15. Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I) y (II)* en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.ºs 132 y 133.

16. Cfr. VIDAL GIL, E.J., y MARTÍN MORÓN, M.ª T., *Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente «more uxorio» en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista General de Derecho* n.º 586-587, julio-agosto 1993, pp. 6895 a 6927.

17. Cfr. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987, (1.ª ed.), pp. 69 y ss.

ordenamiento jurídico El análisis muestra la diferencia entre los casos fáciles como presuntamente pudiera ser el que nos ocupa puesto, que hay una norma directamente aplicable al supuesto de hecho, los casos difíciles, y aún, los casos trágicos, y señala el alcance y límites que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la creación judicial del derecho¹⁸, que no se encuadra en las concepciones antiformalistas, ni conlleva la adopción del irracionalismo tan próximo a las llamadas escuelas «libres» que como advierte Cattaneo, siguiendo a López de Oñate, liberan al juez pero someten al ciudadano al que se le priva de la protección de la ley general y abstracta¹⁹. Tampoco supone, por el contrario, rendir tributo alguno al legalismo sino preservar la seguridad jurídica que no implica inmunidad al cambio ni observancia estricta de los derechos adquiridos cuya defensa a ultranza, según una reiterada jurisprudencia constitucional no casa con la filosofía de la Constitución ni responde a las exigencias acordes con el estado de derecho (STC 27/81, fdo., jdc., 10.º), sino que constituye una garantía de que los cambios se realizarán conforme a las reglas del ordenamiento La seguridad jurídica responde «a la armonización de los aspectos materiales y formales de la seguridad con los demás valores y principios constitucionales, especialmente con la justicia, libertad e igualdad ponderando su significado en un estado social y democrático de derecho en el que no cabe como un factor de inmovilismo jurídico antinómico respecto de esos valores»²⁰. La creación judicial del derecho supone, siguiendo a Kelsen que la sentencia es un acto de voluntad y da lugar a la creación de una nueva norma, pero también significa, de acuerdo con Bobbio y Hart que el ordenamiento tiene una textura abierta, que hay zonas de penumbra que deben ser resueltas por el juez (art. 1.7 del T.P. CC) y que en tiempos como el presente de cambio social, el jurista realiza su trabajo en un sistema normativo abierto del que debe colmar sus lagunas y resolver sus contradicciones, en el marco de una sociedad en transformación, siendo el derecho una variable dependiente del sistema social²¹.

18. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La creación judicial del derecho desde el ordenamiento jurídico*, en *Poder Judicial*, n.º 6/83, pp., 17-26. RUIZ MIGUEL, A., *Creación y aplicación en la decisión judicial*, en *AFD*, 1984, pp. 8-31, y PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica* Madrid, Tecnos, 1987, caps. IV y V.

19. Cfr. CATTANEO, M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1966, p. 193. El texto de LÓPEZ DE OÑATE, F., en *La certezza del Diritto*, Roma Tipografía costituzionale nazionale, 1942, pp. 109 y ss.

20. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*. Barcelona, Ariel Derecho, 1991 pp. 27 y ss. Vide también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho*, en *ADHs* 6/90, pp. 216- 229, ahora en *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, pp. 261-279.

21. Cfr. BOBBIO, N., *Derecho y Ciencias Sociales*, en *Contribución a la Teoría del Derecho* ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Madrid, debate, 1990, pp. 219-231. Cfr además, FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Trad. de J. de Lucas y M.ª J. Añón, Madrid, Debate, 1989, caps. IV-VIII.

III. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LA FUNCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El fondo del problema viene determinado por el concepto de interpretación consitucional y por la función que el Tribunal tiene en nuestro sistema. Superado el carácter de documento político que tuvo las Constitución en un primer momento, y afirmado su carácter de norma jurídica directa e inmediatamente aplicable, se impone la necesidad de interpretar conforme a derecho, la norma jurídica que es la Constitución. La interpretación, salvado el viejo principio *in claris interpretatio non fit*, cuyo verdadero significado como señala Prieto, no es el de excluir la hermeneútica de la norma cuanto el de reforzar el principio de jerarquía normativa, mostrando la preferencia de la Ley sobre cualquiera forma de producción jurídica ²², no es ya, una operación subsidiaria, sino principal, que se da, *siempre* y no sólo en defecto de los términos «claros». La norma no es un dato inamovible sino un resultado, vinculado, porque la interpretación jurídica no es, como la literaria, libre, al que resulte de las reglas que rigen la interpretación y definen la dogmática jurídica, cuya utilidad y funcionalidad social positiva resulta de la observancia de las reglas y principios que impiden la arbitrariedad y limitan la actividad del intérprete, a saber: el principio del Legislador racional, el de sujeción a la Ley y/o el de justicia del caso, el de resolución de los conflictos entre reglas y el de la comprensión del derecho como sistema ²³.

Ahora bien, la interpretación de la norma suprema plantea como advierte Prieto ²⁴, algunas peculiaridades derivadas del objeto y la función del órgano que realiza la interpretación. Por lo que al objeto se refiere, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico (art.9.1) y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1. LOPJ). Como señala García de Enterría siguiendo a Zippelius, la Constitución constituye el contexto necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación ²⁵ y exige someter los

22. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pp. 82 y ss. Sobre la interpretación en general cfr. TARELLO, G., *L'interpretazione de la legge. Trattato di Diritto civile e commerciale* vol I, t. 2, Milano, Giuffré, 1980.

23. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Idelogía e interpretación judicial cit.*, Cap. II, pp. 82 y ss. Sobre la Dogmática jurídica, cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1988 (2.ª ed.), pp. 93 a 126.

24. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9/91, pp. 175-198.

25. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, (1.ª ed.), pp. 102 y ss.

criterios hermenéuticos no siempre coherentes que contiene el art. 3.1 del Título Preliminar del Código civil, a los que derivan de la Norma suprema. Dicho en otras palabras, el Tribunal es el intérprete «de» la Constitución e interpreta el ordenamiento «desde» la Constitución²⁶. De ahí, que en este tema haya de observarse un especial cuidado en respetar el carácter jurídico de la Constitución y por consiguiente en observar su vinculación a las reglas que fijan los criterios hermenéuticos, sin perder de vista su fuerza normativa, en cuanto que de ella derivan los valores, principios²⁷ y reglas del sistema, teniendo en cuenta con Prieto que el intérprete ha de asumir que se halla frente a un sujeto libre, el legislador y que su tarea será más bien la de delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulte admisible o no arbitraria²⁸.

En segundo lugar, y por lo que a la función atañe, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1. LOTC), que vincula directa e inmediatamente a los Tribunales (arts.164 CE, y 5 LOPJ) cuya jurisprudencia habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (art. 40,2 LOTC). Desde el principio, advierte el Tribunal que sus sentencias, a diferencia de las del juzgador ordinario que declaran un vencedor en juicio, tienden a compatibilizar al máximo las posibilidades de interpretación a fin de acomodarlas al marco constitucional. Así lo declara en la Sentencia 11/81, cuando dice que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que quepan en él opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermeneúticos» (fdto. jdco. 7). Siguiendo a Howard Ball, advierte García de Enterría que por su peculiar naturaleza y función, el Tribunal Constitucional, a diferencia de los restantes órganos jurisdiccionales, debe presentar al pueblo las decisiones constitucionales «como un producto de la artesanía jurídica a partir de los principios constitucionales y no como *ukases*, como

26. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *La interpretación de la Constitución en Revista de las Cortes Generales*, n.º 1/84 pp. 83-132.

27. Sobre los principios cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, CEC, 1992. Vide, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *Los principios generales del Derecho*, en *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Madrid, U.Compl., 1987, pp. 57-71. PUIGPELAT MARTÍ, F., *Principios y normas* en *ADH*, n.º 6/90, pp. 231-247, y, ATIENZA Y RUIZ MANERO, *Sobre principios y reglas* en *DOXA*, n.º 10/91, pp. 101-120. Un clásico sobre el tema es el libro de CARRIO, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo perrot, 1970.

28. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Notas sobre la interpretación constitucional*, cit., p. 177.

decisiones de poder que sólo podrían apoyarse en las inclinaciones personales de los jueces constitucionales, inclinaciones irrelevantes para el pueblo y que carecen de legitimidad para erigirse en motivos últimos de dichas decisiones»²⁹. De ahí, la exigencia moral de justificar el razonamiento y el deber jurídico de motivar las Sentencias que, como señala Prieto ya no manifiesta la debilidad del poder real y de los Jueces³⁰, sino que es una obligación legal (art. 120.3 CE), y un test de legitimidad de la función judicial, siendo, como apunta el Tribunal Constitucional, (S. 17-VII-81) no una elemental cortesía sino un requisito del acto de sacrificio de derechos, y, la exigencia, que proveniente del constitucionalismo norteamericano e introducida en nuestro ordenamiento merced a una enmienda del prof. Peces Barba, contiene el art. 90.2 de la LOTC, de incorporar los votos particulares al texto de la resolución en aras del principio de publicidad³¹ y de la mayor garantía de los derechos de los ciudadanos³². Como una garantía adicional, los fallos del TC no sólo han de ser racionales sino razonables, debiendo cumplir los requisitos de la racionalidad lógico formal y siendo ésta insuficiente, han de alcanzar el equilibrio entre exigencias contrapuestas, ser aceptables por la comunidad y superar los test teleológicos: el de la alternativa menos gravosa, y los de idoneidad y proporcionalidad³³

IV. ANALISIS DE LA SENTENCIA

IV.1. La argumentación del juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad

El juez promotor, aprecia una contradicción entre el tenor del art. 15 de la Constitución que protege el derecho a la vida y a la integridad física prohibiendo la práctica de tratos inhumanos y degradantes y el art. 6 de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho

29. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 236 y ss.

30. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Idelogía e interpretación judicial* cit. p. 116 y ss.

31. Cfr. DE LUCAS, J., *Acotaciones kantianas al principio de publicidad*, en *Dianoia*, 1/87, pp. 131-148. Del mismo autor *Democracia y transparencia. (Sobre poder, publicidad y secreto)* en *AFD*. VII/90, pp. 131-145.

32. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 235..

33. Cfr. ATIENZA, M., *Para una razonable definición de razonable*, en *DOXA*, 4/87, pp. 189-200. Del mismo autor *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid, CEC, 1991. DE LUCAS-VIDAL, *Una nota sobre interpretación constitucional*, en *Diez años de régimen constitucional*, (E. Álvarez Conde ed.), Madrid, Tecnos, 1989, pp. 14-23.

Código, que exime de responsabilidad penal por el delito de lesiones cuando medie el consentimiento del lesionado, como sucede en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. «Sin embargo, —y éste es el tenor de la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/89—, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella 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».

Para el Juez, el consentimiento prestado por persona plenamente capaz, exime de responsabilidad. Ahora bien, en el caso de los disminuidos físicos y psíquicos como los incapaces, que por su propia situación no pueden prestar consentimiento alguno, la autorización estatal de una medida como la esterilización, aún limitada a los padres (reparese en que no se extiende al representante legal), le parece claramente excesiva. Constata un hecho que, afortunadamente, hoy, ya es obvio: el disminuido psíquico no es ya un *untermenschen*, sino que como persona que es, tiene los mismos derechos que los demás ciudadanos, y entre ellos el de ser respetado³⁴, pero infiere unas conclusiones erróneas, porque la práctica de políticas eugenésicas como las que históricamente se dieron en Estados Unidos (por cierto avaladas por el juez O. Wendell Holmes y practicadas en el tristemente célebre Sanatorio Lynchburg (Virginia), y más tarde en la Alemania Nazi)³⁵, no tomaban en consideración el respeto a estas personas sino «razones» (sic), de interés general, (lo que nos debería llevar a repensar sobre las consecuencias que puede tener fundamentar exclusivamente los derechos en la teoría del interés) basadas en políticas racistas de «prevención de salud» (sic). Es, por tanto, errónea la confrontación que el instructor establece entre la norma en cuestión y el art. 49 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a realizar 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 puesto que no responde a ninguna política de contenido eugenésico como las descritas, ni establece medidas de prevención

34. Cfr. FELIÚ REY, M.I., *La protección de los disminuidos psíquicos*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit. pp. 201-222, y DE LORENZO GARCÍA, R., *Los derechos de los minusválidos físicos y sensoriales*, vol. cit., pp. 235-266.

35. Cfr. *Voz Eugénica*, en *Novissimo Digesto Italiano*. t. VI, Milan, UTET, pp. 1037-1039 y el apartado *L'Euthanasieprogramm* de la voz *Eutanasia*, *Enciclopedia Giuffré*, t. XVI, p., 103-114.

(contra las quisiera advertir por su peligrosidad y falta de garantías), sino de previsión que son cosas absolutamente distintas, y porque el espíritu de la norma no es anular la personalidad ni eliminar al deficiente psíquico, (cuya vida como decía Binding carecía de valor vital, siendo muertos espirituales —*geistige töten*—) sino obligar a los poderes públicos a facilitar, mediante medidas positivas el goce de sus derechos (individuales sociales y/o de solidaridad) ³⁶, en la forma más amplia posible, dentro de los mandatos y límites de los arts. 10,1,1,1,2 y 14 al 53 de la CE. El bien jurídico protegido no es sólo el derecho a la sexualidad cuya existencia cuestiona el Juez proponente, sino en todo caso, el derecho, este sí plenamente reconocido en la Constitución y en los textos internacionales, al libre desarrollo de la personalidad, del que la sexualidad es una manifestación más. Concluye su argumento con una consideración en torno de la posibilidad de practicar el aborto y de los riesgos que comporta la sexualidad (Sida, enfermedades venéreas) en las que no vamos a entrar, y afirma que la «esterilización de los incapaces es una medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física constitucionalmente protegida».

IV.2. Los argumentos del Fiscal General y del Abogado del Estado

En cuanto defensor de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley (art. 124.1 CE), el Fiscal General, no cree como el juez proponente, que la esterilización sea una práctica eugenésica, sino tan sólo un derecho de disposición de una parte del propio cuerpo que voluntariamente se puede ejercer mediante el consentimiento válidamente expresado. Rechaza la afirmación del juez de que la esterilización constituya un trato degradante, siempre que se realice de acuerdo con lo que la Constitución y las Leyes ordenan; su intervención que de acuerdo con la Circular FGE n.º 1/95, deberá estar inspirada por el criterio del mayor interés y bienestar del incapaz; por tanto, deberá oponerse a las esterilizaciones contrarias a estos intereses que vulneren el derecho del disminuido psíquico a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad ³⁷ Advierte que en nuestro ordenamiento hay ciertos «autoatentados» a la integridad corporal que no constituyen delito por mediar el consentimiento, o ser válidamente manifestado por quienes suplan la voluntad y el interés del incapaz; en consecuencia, no se puede afirmar que estas prácticas constituyan un ataque a la integridad física y moral de la persona afectada, concluyendo que «el legislador ha considerado que, en estos concretos casos (transplantes, esterilización

36. Cfr. BEA PÉREZ, E., *Los derechos sociales y el estado del bienestar*, AFD, t. X/93, pp. 111-133.

37. Cfr. CHOCLAN MONTALVO, *La esterilización de disminuidos psíquicos en la doctrina del Tribunal Constitucional*, art. cit., p. 6.

y cirugía transexual), existe disponibilidad de la persona sobre su indemnidad física». El punto clave es si la regulación del art. 428.1 del CP y en definitiva el problema de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones del que «es sin duda uno de los peores artículos del CP español»³⁸ y advertido sobre su inconstitucionalidad sobrevenida, tiene justificación, pues se opone al mandato del art. 428.2 cuando dice que la esterilización tiene necesariamente que ir precedida del consentimiento válido de persona capaz, y si es proporcional al fin perseguido.

El Abogado del Estado recuerda que el precepto cuestionado no se refiere a todos los incapaces sino tan sólo a los civilmente declarados como tales que adolezcan de grave deficiencia psíquica. La declaración civil de incapacidad es, condición necesaria e insuficiente para solicitar la esterilización. El fin de la norma es el de evitar la procreación, y dado que la vigilancia permanente que indica el Juez proponente es imposible y que el recurso al aborto (en el caso que fuera posible pues no todo acceso carnal con un enajenado es constitutivo de violación, art. 429.2 CP), sería más traumático que el de la esterilización, la esterilización, practicada con todas las garantías, está justificada.

El problema se centra en la prestación del consentimiento, que como sucede en el supuesto del art. 428.2 del CP., dada la trascendencia de la medida a consentir y para asegurar que redunde en beneficio del deficiente, requerirá de la autorización judicial. El juez deberá contar con el concurso de dos especialistas, y el incapaz adolecer de un grave deficiencia psíquica, y realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal. El concurso y verificación de todas estas condiciones y el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y garantías que la Ley establece avalan para el Abogado del Estado la constitucionalidad del precepto.

IV3. El razonamiento del Tribunal Constitucional

En el primer fundamento jurídico, ya advierte el Tribunal que su función ha de limitarse a despejar la duda de la inconstitucionalidad que se le plantea y que está referida a si la norma cuestionada se opone al derecho fundamental proclamado en el art. 15 de la Constitución. El núcleo de la cuestión planteada afecta «a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces por una autorización judicial, que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona

38. Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Delitos contra las personas (conclusión). Lesiones en AAVV*, (E. ORTS, coord)., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch ed, 1994, pp. 279 y ss.

incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del CP para las personas capaces».

El Tribunal parte de un hecho indiscutible: los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos, lo cual no sólo viene dado por el tenor literal de nuestra Constitución cuyo art. 15 dice «todos», sino por la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (Asamblea General de las Naciones Unidas de 20/XII/71), que en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Constitución y en el 1.5 del TP del Código Civil forman parte del derecho interno, siendo de aplicación directa e inmediata. Del derecho que toda persona tiene a ser respetada, el Juez proponente infiere, erróneamente, para el Tribunal, la inconstitucionalidad del art. 6 de la LO 3 /89, cuando afirma «hemos de partir de un hecho fundamental: toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de la persona mentalmente retrasada». En este punto radica, en mi opinión, el vicio del razonamiento del juez instructor. Una cosa es la política de esterilización por razones eugenésicas racistas y xenófobas que se llevó a cabo en Estados Unidos y en Alemania, y otra muy distinta la medida que aquí se propone. Entre otras razones, por realizarse en el marco constitucional conforme a las normas valores y principios que lo informan, por la exigencia del consentimiento y por las garantías que en todo momento acompañan el proceso. Y porque a mayor abundamiento y para evitar la procreación, no se puede descartar la licitud jurídica y aún moral de la medida si pensamos que la paternidad no es sólo un hecho fisiológico, sino que implica el cumplimiento de derechos y sobre todo deberes (39.3 CE) y funciones (154 CC) que difícilmente los deficientes psíquicos pueden asumir. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no hay derechos absolutos sino resistentes³⁹. También el derecho al matrimonio y a la procreación (art. 32.1 y 2 CE) tienen sus límites⁴⁰; tanto el ordenamiento civil (arts. 44 y 73.1 CC) como el eclesiástico establecen impedimentos para contraer matrimonio, a determinadas personas (Canon 1095, 1, 2 y 3) sin que ello constituya una política eugenésica con las connotaciones negativas que el Juez proponente parece inferir. Parece cuando menos aventurado pensar con el Juez proponente que la esterilización sea una medida que necesariamente, y siempre, constituya un trato inhumano o degradante. A mayor abundamiento y en aras del principio de igualdad, si las personas capaces pueden disponer voluntariamente de sus órganos, no se ve por qué razón se debe negar tal disposición a las

39. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990 pp. 83 y ss.

40. Cfr. ROCA TRÍAS, E., *La celebración del matrimonio en AAVV, Derecho de Familia*, (V.L. Montés coord.) Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 47 y ss.

incapaces; si falta el consentimiento, y si éste se suple con todas las garantías no parece que en principio haya inconveniente en admitir la licitud de la medida. En mi opinión la cuestión está mal planteada, pues no se trata de esterilizar indiscriminadamente como lamentablemente se hizo en otro tiempo, sino en plantear si ésta se realiza con las debidas garantías y guarda proporción al fin que se persigue.

IV.3.1. *El núcleo de la cuestión*

Para el TC consiste en «la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por el incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma función despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del CP para las personas capaces».

La Sentencia 215/94 rompe con una línea jurisprudencial que quizás con algún exceso había sentado en el fundamento jurídico 3.º de la Sentencia 53/85 cuando dice que «el derecho a la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Creo que esta declaración ha sido certeramente criticada por conferir prioridad a este derecho y correlativamente en la S 120/90, a la negación del derecho a una muerte digna, sobre el valor de la libertad⁴¹ que recordémoslo es un valor superior del ordenamiento jurídico, configurando una tradición paternalista⁴² de difícil justificación. Frente a esa línea, la Sentencia declara rotundamente en su fdo. jdco. 2.º: «el supuesto planteado en el presente caso, no estimar punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, no plantea realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto arranca de que el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de esterilización»; y en la misma línea declara acto seguido «admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en este supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del

41. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, art. cit., pp. 135-165. Vide además, ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*, en TPD, n.º 9/90, pp. 31-41.

42. Cfr. DOXA, 5/89, con artículos de GARZÓN VALDÉS, DIETERLEN, CAMPS, ATIENZA y DE LUCAS. Vide también ATIENZA, M., *Paternalismo y Consenso*, en J. Muguera, y otros. *El Fundamento de los Derechos Humanos*. G. Peces-Barba, ed., Madrid, Debate, 1989, pp. 81 y ss.

CP —transplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la Ley y cirugía transexual— según la reforma de 1983». Con estas palabras, el TC admite, por primera vez, la autodeterminación de la persona respecto a su propio cuerpo y quiebra el principio general de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones, de dudosa constitucionalidad como afirma un importante sector de la doctrina penal⁴³ para reconocer, frente a la tradición jurídica paternalista, la capacidad de disposición de algunos órganos del propio cuerpo. El Tribunal rompe con el *corpus* jurisprudencial expuesto en las STC 53/85 y 120/90, y afirma en la línea del voto particular emitido por el Magistrado Sr. Leguina Villa en la S.120/90, la prioridad de un derecho general a la libertad y la autonomía de la voluntad del individuo «consistente con Mill⁴⁴, en tomar por sí sólo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás». Creo que esta alteración de la doctrina merece por su importancia una fundamentación suficiente y razonable que el TC, como denuncia M. Gascón, apartándose de sus precedentes, elude⁴⁵. Estoy de acuerdo con Juanatey⁴⁶ cuando define el derecho a la vida como un derecho de libertad positiva y de disponibilidad relativa que conlleva su inalienabilidad en sentido débil, y también con Gascón⁴⁷ cuando señala que la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida constituiría un paternalismo injustificado. El Tribunal parece reconocer la existencia y primacía de un derecho general a la libertad que fundamentado (Prieto) en el art. 16.1⁴⁸, o en el 17.1 (Ruiz Miguel)⁴⁹ actuaría como norma de clausura del sistema y conllevaría la presunción de inconstitucionalidad de las normas que injustificadamente restrinjan las libertades. A *fortiori*, si esto vale para el derecho a la vida con mayor razón deberá valer para la disposición de órganos del propio cuerpo, cuya licitud reconoce y avala el TC.

43. Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J.C., *Delitos contra las personas. (Conclusiones). Lesiones. en Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, (3.^a ed.), 1990, pp. 594 y ss.

44. Sobre MILL, cfr., la excelente Tesis Doctoral de J., GARCÍA AÑÓN, *La teoría de la justicia y los derechos morales en T.S. Mill*. (J. de Lucas director), Valencia, 1994.

45. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 63 y ss.

46. Cfr. JUANATEY DORADO, C., *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.

47. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Problemas de la Eutanasia*. Sistema 106/92, pp. 81-107, CALSAMIGLIA, A., *Sobre la Eutanasia*, DOXA, 14/93 pp. 337-358, y PECESBARBA MARTÍNEZ, G., *Notas sobre la problemática ético-jurídica de la Eutanasia*, texto mecanografiado.

48. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 160 y ss.

49. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, *art. cit.*, pp. 147 y ss.

En este contexto y a la vista de lo dispuesto por los arts. 49 CE, y 1.º de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, el problema no es la vulneración del art. 15 cuanto «precisar si el derecho a la autodeterminación (cuya existencia ratifica el tribunal) que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido».

IV.3.2. *Examen de las garantías legalmente establecidas*

Considera inexcusable el TC la intervención judicial, como la «única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que dotada de independencia e imparcialidad reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión».

La autorización judicial sólo procede a instancia de parte mediante solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, y presupone la previa declaración civil de incapacidad. Su necesaria intervención «asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos» mientras que la autorización del Juez, «garantiza que no responderá a intereses espúreos de los referidos representantes». Advierto aquí de la existencia de problemas graves que se verán en los votos particulares.

Niega el TC que el juez, como alega el proponente se vea forzado a autorizar la medida de esterilización, puesto que la solicitud aún siendo presupuesto inexcusable, «carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta». Debe constituir una deficiencia psíquica grave (aunque no dice irreversible) que además de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto, deberá ser verificada por el Juez, mediante la propia exploración judicial del incapaz.

Declara el TC que a las garantías previstas en la Ley podrían haberse añadido otras como las que hicieren referencia al carácter irreversible de la enfermedad o a que la esterilización se haga mediante un procedimiento médico que posibilite su reversibilidad. Frente a otras Sentencias como la 53/85 en que a juicio de algunos magistrados traspasó los límites que como legislador negativo debe observar ⁵⁰,

50. Cfr. los Votos Particulares de los Magistrados *D. Francisco Tomás y Valiente*, *D. Angel Latorre Segura*, *D. Manuel Díez de Velasco Vallejo*, *D. Francisco Rubio Llorente* y *D. Luis Díez Picazo y Ponce de León* a la S.53/85 en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, BOE, t. XI/1985, pp. 584 a 593.

en ésta declara que «no corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces». Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto (fdto. jdco. 3.º *in fine*).

IV.3.3. *Examen de la proporcionalidad*

El TC considera justificada la medida puesto que confiere mayor grado de autonomía de vida al incapaz que la resultante de estar sometido a una vigilancia constante, contraria a su dignidad e integridad moral (arts. 101 y 15,1.CE). Con ello, se facilita el ejercicio de su sexualidad sin el riesgo de la procreación cuyas reponsabilidades y cargas no podría asumir. Considera proporcionada la esterilización al fin y los objetivos que se desean alcanzar puesto que no comporta grave riesgo de atentar el derecho fundamental a la vida del disminuido psíquico, si se realiza conforme a la *lex artis* ⁵¹. Ello permite distinguir la práctica de la esterilización de las torturas o tratos humanos y degradantes que siempre implican un trato vejatorio y con llevan la causación de padecimientos físicos (STC 120/90 y 57/94), y se reafirma finalmente en que el art. 6 de la Ley 3/89 no es contrario al art. 49 de la CE «puesto que contribuye en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a las de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de asumir o desear de forma consciente».

V. LOS VOTOS PARTICULARES

V.1. Votos de quienes disienten de la Sentencia por razones de fondo

V.1.1. *El voto del Magistrado Gabaldón López*

Discrepa el Sr. Gabaldón López porque cree que el derecho a la integridad física y moral es innato e inalienable. Prescindiendo de la cuestión de los derechos innatos, el problema de la inalienabilidad es una objeción de fondo frente a la tesis de la Sentencia que afirma la au-

51. Cfr. RODRÍGUEZ DEL POZO, P., *Los derechos de los enfermos*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, op. cit., 1994, pp. 38-72.

todeterminación y en consecuencia, el poder de disposición del sujeto sobre algunos de sus órganos. Quienes afirman la inalienabilidad de los derechos postulan la existencia de instancias superiores al sujeto sobre las que no puede decidir, defendiendo esos derechos como apunta Ballesteros, «frente a la voluntad individual del sujeto de los mismos», y apostando en consecuencia por «la inalienabilidad de los Derechos humanos que integran los bienes clásicos»⁵². En esta línea, Martínez Pujalte defiende el carácter inalienable de los Derechos Humanos, que son «aquéllos sobre los cuales el titular no puede llevar a cabo actos de disposición»⁵³, porque como dice el n.º 2280 del Catecismo de la Iglesia Católica en relación con el Suicidio, no son bienes propios del sujeto: «Somos administradores y no propietarios de la vida. Dios nos la ha confiado. No disponemos de ella»⁵⁴. Creo que en esta tesis hay una confusión entre el concepto y la fundamentación, entre el plano religioso y/o moral y el jurídico y una consiguiente extrapolación de las consecuencias. Nada que objetar a cuanto se argumenta respecto a la indisponibilidad de la dignidad como principio religioso o como principio moral, en Kant. Pero, por poner un contraejemplo, Mill defiende otros principios y no creo que esté renunciando a la dignidad de la persona ni a su libertad. En cambio me parece contradictorio como ya he mostrado en otro lugar⁵⁵, afirmar, en el plano jurídico, la titularidad de los derechos (fundamentales) y negar su plena disponibilidad, que son conceptos correlativos, sin perjuicio de la existencia de límites, pues no hay derechos absolutos sino resistentes⁵⁶. Los actos realizados en el ejercicio pleno de un derecho y como tal la renuncia son actos libres cuando su titular es el *dominus* del derecho. En otro caso son actos debidos de cuyo ejercicio el *non dominus* debe responder ante quien es su titular de pleno derecho. En nuestro ordenamiento la renuncia es un acto libre, pues sólo aparece limitado (Mill) en perjuicio de tercero, no de uno mismo. De ahí la referencia del principio a la presunta inconstitucionalidad del art. 409 del Código Penal. Por consiguiente, si se mantiene la inalienabilidad habrá de admitirse que la titularidad sobre el derecho no es plena sino limitada y que se ejercerá un acto que es debido y no libre, reemplazando el principio liberal por el paternalista. Una versión débil de la inalienabilidad sería la tesis que

52. Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 146. También en *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 74 y ss.

53. Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., *Los Derechos Humanos como derechos inalienables*: En *Derechos Humanos* (J. Ballesteros ed.) cit., pp. 86-99.

54. Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, Madrid, Asociac. Edit. Catecismo, 1992, p. 502.

55. Cfr. VIDAL GIL, E.J., *Los Derechos Humanos como derechos subjetivos*, en *Derechos Humanos*. (J. Ballesteros. ed.) cit., pp. 22-41.

56. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp., 83 y ss. y, 99 y ss.

inmuniza los derechos frente a la voluntad de su titular que en todo caso tendría un poder mediato sobre ellos, y hace posible su inclusión aunque no su exclusión del coto vedado ⁵⁷.

Alega finalmente desproporción entre la medida y el resultado y refiere el contexto de la esterilización consentida a la práctica de políticas eugenésicas. No parece tampoco que la Sentencia vulnere el contenido del Informe del Parlamento Europeo, aunque sí que se debieran haber precisado y definido mejor los supuestos condiciones garantías de la esterilización que siempre será un último recurso, como subraya el presidente de la Comisión Sr. Schmudbauer ⁵⁸. Sí en cambio me opondría a la afirmación de que el bienestar del disminuido psíquico no es un derecho fundamental. Sin pretender remover el problema del catálogo de derechos creo que el bienestar en su doble dimensión subjetiva y objetiva es condición del libre desarrollo de la personalidad y merece, con mayor razón en el caso de los disminuidos psíquicos de toda protección ⁵⁹, y atención por parte de los poderes públicos. Así lo declara entre otros Boix cuando dice que «la adición al art. 428 CP se produce a consecuencia del necesario reconocimiento a los disminuidos psíquicos del derecho a su propio bienestar y en consecuencia al desarrollo de su sexualidad». ⁶⁰

V.1.2. *El voto del Sr. Mendizábal Allende*

Partiendo de que «los intelectualmente disminuidos tienen todos los derechos de las personas sedicentemente normales más uno: el derecho a ser protegido de sus propias limitaciones y también a veces de sus protectores» apela al viejo aforismo *qui custodiat custodes?*, y recuerda que el derecho es fundamentalmente un sistema de garantías ⁶¹. Hemos visto que el TC justifica la constitucionalidad de la Ley por las garantías que a lo largo del proceso velen por el cumplimiento de los requisitos legales, y aseguren que el consentimiento se presta, siempre, en interés y por el bienestar del incapacitado. En algún momento se refiere a «la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz». Y aquí radica mi discrepancia, que en este punto coincide con el voto particular. Pensemos en un supuesto en que

57. Cfr. LAPORTA, F., *Sobre el concepto de Derechos Humanos*. DOXA, 4/87, pp. 23-45.

58. Cfr. *Débats du Parlement Européen*. Journal Officiel des Communautés Européennes, n.º 3/241 (A/3 0231/92).

59. Cfr. DOXA, 9/91 los arts. de BARRAGÁN, FARREL, GRIFFIN, MALEM, PRIETO y VALDÉS.

60. Cfr. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T., *La reforma del Código Penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 131 y ss.

61. Cfr. FERRAJOLI, L., *El derecho como sistema de garantías*, (trad. de P.A. Ibáñez) en *JFD*, n.º 2/3 92, pp. 61-67.

el incapaz queda huérfano, y por carecer de familiares que puedan ejercer su tutela queda confiado a los órganos públicos. ¿Dónde está aquí la «*inexcusable*» intervención familiar? ¿Puede tener igual relevancia, y estar dotado de iguales garantías (afecto, cuidado, interés «desinteresado» en bien del incapaz) el consentimiento y aún más la autorización pedida por los padres como representantes legales que la solicitada por los poderes públicos? ¿gozarán quienes estén en esta situación, que normalmente serán personas con escasos recursos económicos y menor *status* social de iguales garantías que los demás? ¿pueden las Instituciones Públicas, *per se* y exclusivamente, suplir la voluntad familiar? Creo que en este punto la ley tendría que distinguir entre el consentimiento de los padres y el de los representantes legales, confiriendo mayor valor al de los primeros y dotando de mayores garantías al incapaz en el caso de que sus representantes no sean los que familiar y biológicamente debieran serlo. También comparto la exigencia de mayores garantías respecto del acto médico pues no basta la genérica de la *lex artis*, sino que precisaría que la intervención, (castración como la califica el Magistrado), no fuera irreversible.

Otras razones, aun siendo de suma importancia, entran más en el ámbito de las consideraciones morales que en el de lo estrictamente jurídico. Así las observaciones respecto de la comodidad, de los padres, de sus tutores y guardadores, quedan más en el ámbito de sus convicciones y creencias pero creo que constituyen un límite que el derecho no debe traspasar. En cambio por lo que he afirmado a lo largo del trabajo discrepo de cuanto afirma respecto de la política eugenésica, advirtiéndome que en sí misma no implica necesariamente atentado a los derechos fundamentales (medidas de prevención del síndrome de Down, diagnóstico precoz, etc.), sino que tan sólo fue *abominable* como la califica el TC, en el contexto y con la referencia que se practicó primero en Estados Unidos (Lynchburg, Virginia) en que se aplicó no sólo a disminuidos psíquicos sino también a pobres, landronzuelos, madres solteras, huérfanos y demás individuos socialmente inadecuados y posteriormente en Alemania, aunque comprendo la carga de emotividad que honestamente confiesa y que como el juez Frankfurter expresa su voto desde la tercera premisa, «su más firme convicción».

V.2. Votos de quienes aceptando el fondo disienten de la Sentencia, disienten por falta de garantías y proporcionalidad

V.2.1. *El voto del Sr. González Campos*

Este voto, denuncia la falta de garantías que la gravedad y trascendencia del caso requiere. Totalmente de acuerdo. Una de las más notables aportaciones de nuestra Constitución es la vinculación de los contenidos materiales y formales del derecho de modo que las normas

no serán legítimas por su forma sino por la realización de determinados valores superiores que definen el ordenamiento. El art. 1 CE, define quién, cómo y qué, se manda ⁶². Pues bien, la falta de garantías afecta a una regulación por Ley Orgánica *ad hoc* como se ha hecho en relación con el transplante de órganos, y en la falta de garantías adecuadas respecto de la prestación del consentimiento de personas que como los disminuidos físicos deben gozar de una especial protección (art. 49 CE). El art. 428 CP no especifica que se trate de una deficiencia psíquica grave y permanente, si hay o no, una falta de comprensión sobre los aspectos básicos de la sexualidad en el deficiente psíquico, si la medida es proporcionada con lo que dispone el art. 15 de la CE, y si hay tratamientos alternativos menos gravosos para la integridad corporal del disminuido.

V.2.2. *El voto del Sr. Gimeno Sendra*

El Sr. Gimeno Sendra, discrepa de la Sentencia porque entraña una discriminación para la mujer a la que se refieren las medidas de esterilización y por la falta de proporcionalidad, entre la medida y los fines que se pretenden, y reprocha que a diferencia de otros supuestos (STC 7/94) el Tribunal no haya tenido en cuenta su propia doctrina sobre este punto (inexistencia de grave riesgo para la vida, cumplimiento del principio de necesidad, y que sea la alternativa menos gravosa). Respecto de la discriminación creo que no cabe más que denunciar su existencia. En lo referente a la proporcionalidad, estoy de acuerdo con Cobo y Carbonell cuando advierten que «la esterilización, esto es la creación de una incapacidad de generar, no puede ir más allá de lo estrictamente necesario en orden a la provocación de la aludida *impotentia generandi*. En absoluto se permite nada más» ⁶³.

VI. CONCLUSION

Personalmente me adhiero a las críticas de quienes aceptando el fondo de la sentencia, rechazan su constitucionalidad por falta de garantías

62. Cfr. LAPORTA SANMIGUEL, F., *Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías*, en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1/84, pp. 36 a 57. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 88 y ss. OLLERO TASSARA, A., *La Constitución entre el Normativismo y la Axiología, ahora en Derechos Humanos y Metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989, pp. 225-243. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los Derechos Humanos*, en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Madrid, cit., pp. 205 a 209.

63. Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J.C., *Delitos contra las personas. (Conclusiones). Lesiones*, en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 599.

y por no guardar la debida proporción entre los fines que se persiguen y el resultado (en la mayoría de las ocasiones irreversible) que supone la esterilización. Creo que la esterilización puede ser necesaria, como último recurso, en determinados supuestos; en todo caso deberá siempre de respetar la dignidad y la integridad física y moral del deficiente psíquico. Puede por tanto, contribuir a que su existencia sea más libre y dotar a su existencia de un mayor bienestar; en definitiva, puede contribuir a su dignidad y a una mayor calidad de vida. Así por ejemplo, Cobo y Carbonell dicen que «se trata de reconocer el derecho al propio bienestar y a la sexualidad de los disminuidos psíquicos, abandonando la vieja condena de castidad a que estaban sometidos por la antigua regulación del delito de violación. No puede desconocerse que la «legalización» del yacimiento con incapaces connota evidentes riesgos de embarazo que deben ser resueltos por una vía distinta a la del continuado recurso al aborto»⁶⁴. Ello no obstante, me inclinaría en la línea de los votos particulares de González Campos y Gimeno Sendra por la inconstitucionalidad de este apartado por la falta de garantías respecto a la prestación del consentimiento. Debería haber sido objeto de un desarrollo legislativo específico como se ha hecho con Ley sobre extracción y transplante de órganos de 27/X/79, y con la Ley 35/88 de 22/XI sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la 22/48 de 28/XII, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos por ejemplo, lo que hubiera evitado muchos problemas provenientes de la precipitación con que se introdujo.

La reforma deja pendientes y abiertos muchos problemas que tendrán que despejar los civilistas⁶⁵. Por ejemplo, la norma habla del consentimiento del representante legal. En el caso de los padres, ¿qué sucede, teniendo en cuenta que la patria potestad es conjunta, cuando en el supuesto de la patria potestad rehabilitada (art. 171 CC) no hay acuerdo entre los titulares? El ejercicio de la patria potestad se rige por lo resultante de la sentencia de incapacitación y subsidiariamente por las reglas del título VII del CC, y parece exigir la declaración civil de incapacidad en contra de lo que sostiene un importante sector de la doctrina penal cuando dice que el actual texto no debe ser entendido en el sentido de que junto a la deficiencia psíquica debe constar una declaración judicial de incapacidad: lo relevante es la capacidad del sujeto para comprender la trascendencia y el significado de la esterilización⁶⁶. Pero en este supuesto, no entiendo porque se ha de suplir el consentimiento, puesto que parece capaz para manifestarlo *per se*. ¿Habrá ade-

64. *Ibíd.*, p. 598, *in fine*.

65. *Cfr.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, *cit.*, pp. 103-125.

66. *Cfr.* BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T., *La reforma del Código Penal de 1989*, *cit.*, p. 131 y ss.

más, cuando exista interés contrapuesto que proceder al nombramiento del Defensor Judicial (299.1 y 2 CC)? En los casos de divorcio, ¿quién ha de pedir la iniciación del procedimiento? Basta que lo pida quien tiene la patria potestad, o ¿se requiere el acuerdo de los padres? En los casos de tutela por abandono del incapaz, ¿es suficiente la garantía que la ley establece para asegurar el interés del incapaz? ¿Qué sucede respecto de los que adoptan una persona con el síndrome de Down? Dado que la adopción sólo es posible respecto del menor de edad no emancipado, ¿pueden pedir los adoptantes la esterilización, cuando llegue a la mayoría de edad? ¿Cómo se resuelven los supuestos en que la adopción no extingue la patria potestad, *ex art. 178 CC*? ¿*Quid* respecto a las uniones de hecho? ⁶⁷.

De otro lado, por lo que respecta a la proporcionalidad surgen no pocas dudas, ¿es un procedimiento irreversible?, ¿caben otras alternativas como las que la Sentencia alude que no sean la vigilancia permanente o el recurso al aborto como el juez proponente indica? En la ciencia médica se distinguen cuando menos cuatro grados de deficientes: ligeros, medios, severos y profundos. ¿Dónde situar el requisito de que se trate de una deficiencia grave a la que se refiere la Ley? Quizá se podía haber previsto la existencia de tratamientos médicos anticonceptivos (inyecciones periódicas, implantación del DIU, etc.) alternativos frente a la esterilización, que insisto, practicada con todas las garantías (de ahí mi discrepancia) debe ser siempre un último recurso.

67. MONTÉS PENADES, V.L., *Las relaciones paternofiliales (II)*, en AAVV, *Derecho de Familia*. (V.L. Montés coord.) Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 461 y ss.