

## La esterilización de incapaces

Lamas Meilán, M.M.

Doctor en Derecho

CAD. ATEN. PRIMARIA 2004; 11: 333-340

### INTRODUCCIÓN.

En el presente artículo trataremos de analizar los requisitos necesarios para proceder a la esterilización de un incapaz. Lo anterior no está exento de polémica, habiendo sido tal posibilidad objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional en dos ocasiones. Frente a los que reconocen el derecho de los incapacitados al ejercicio de su sexualidad sin las consecuencias que lleva aparejadas, sector mayoritario, se alzan otros que afirman la imposibilidad fáctica de disfrute de una vida sexual adulta y gratificante por parte de los incapacitados. Las razones de éstos últimos, por lo general, tienen su origen en valores derivados de una moral religiosa, olvidándose de que los valores vigentes a día de hoy en nuestra sociedad tiene su origen en una ética civil. De ahí que con independencia del deber de apostolado que algunos puedan sentir, deberán tener siempre presente un profundo respeto por aquellas normas que entre todos nos hemos dado y obligado y cuyo denominador común es su pluralismo.

**Artículo 156. II del Código Penal.....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.**

**Artículo 428, derogado, del anterior Código Penal.....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.**

Nos dice Gómez Guillamón (1), que en la nueva redacción se introducen ciertos añadidos que obedecen a precisiones doctrinales y jurisprudenciales, con finalidades de una mayor precisión garantista en el texto, con respecto al crite-

rio que debe seguir la intervención de esterilización se alude al de mayor interés del incapaz, fórmula un tanto tautológica y apodíctica, en un ámbito en el que coexisten intereses y bienes jurídicos bien diferentes y violentamente encontrados en opinión de esta autor. Seoane Rodríguez (2) se congratula por la definitiva incorporación al texto del art.156 del nuevo Código Penal del criterio del mayor interés del incapaz como pauta de la petición y del otorgamiento o denegación de la autorización de la esterilización de la persona incapaz por considerarlo como un buen criterio rector, el incompetent's best interest como se designa en el ámbito anglosajón en cuyos ordenamientos jurídicos viene siendo empleado desde hace tiempo y de los cuales lo hemos adoptado, se convierte desde ahora en el principio o regla interpretativa fundamental en los supuestos de esterilización de personas incapaces, e impide cualquier interpretación o aplicación de la norma que pretenda alguna finalidad distinta de la concluyentemente expresada en el art.156.II CP, que pervierta el indiscutible espíritu de la norma. En suma, una acertada e importante adicción al precepto que redunde en beneficio del único y legítimo destinatario de las bondades de la normativa que es la persona incapaz

La nueva redacción de esta cláusula añade un inciso, introducido a consecuencia de una iniciativa del Grupo Catalán del Congreso, según el cual deberá tomarse como criterio rector el mayor interés del incapaz. Para Quintero Olivares (3) con esta indicación se hace constar de un modo explícito el criterio orientador de la reforma de 1989, que no era otro que el de tratar de evitar que una prohibición dirigida a proteger al incapaz pudiera tener efectos negativos sobre el mismo, impidiéndole **el disfrute de un derecho del que habían estado históricamente privados, como es el del ejercicio de la sexualidad.** También en este caso la modificación legal se adecua a la STC núm.215/1994 ( RTC 1994,215) que ha consagrado como principio orientador de la autorización el del bienestar de la persona disminuida, por lo que deberán considerarse absolutamente ilícita toda esterilización basada en razones eugenésicas, como las imperantes en la época del

positivismo científico, o de política demográfica. Ya que no debemos olvidar que la primera Ley en el campo de la sanidad y la medicina promulgada por Hitler fue precisamente para autorizar la esterilización de los disminuidos psíquicos, entre otros supuestos.

Se determina el ámbito procesal de la autorización judicial, indicando que puede serlo en procedimiento de incapacitación o en expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo. En opinión de Gómez Guillamón (4) la redacción de ese apartado no se ha expresado con la necesaria claridad y precisión sintáctica. La STC núm.215/1994 ( RTC 1994,215), nos dice sobre las garantías que la norma establece, que lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apuntaba el Auto (las llevadas a cabo por Hitler) –dictado y promovido sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.415/92, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona respecto del art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que daba nueva redacción al art 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica-es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, **excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos**, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás. En la anterior cuestión de inconstitucionalidad, en la fase de alegaciones el Fiscal General de Estado evacuó dicho trámite y entre otras realizó las siguientes alegaciones .....el art. 428 CP no autoriza en ningún momento que el consentimiento para la esterilización – que exime de responsabilidad penal – sea prestado por el representante legal del incapaz que adolezca de grave deficiencia, sino que llama al Juez para que, a petición del representante, autorice, sin que en ningún momento se le imponga, la esterilización solicitada. No se trata, pues, de que el consentimiento inexistente por la incapaci-

dad del deficiente mental se sustituya por el de su representante, sino que entra en funcionamiento un mecanismo que extrema las garantías legales a favor de la indemnidad de su persona.

Nos dice Valle Muñiz (5), que el nuevo Código resuelve (aun sin ser el instrumento adecuado para ello) una de las dudas existentes hasta el momento sobre el procedimiento en el que podía hacerse efectiva la autorización. Con arreglo a la nueva regulación, queda claro, por una parte, que se trata de un asunto civil sobre el que el Juez penal no puede resolver mediante auto y, por otra parte, que la autorización puede acordarse no sólo en un expediente de jurisdicción voluntaria de los arts. 1812 y siguientes de la LECiv (sin perjuicio de la necesaria intervención del Ministerio Fiscal) sino también en el mismo procedimiento de incapacitación.

En opinión de Seoane Rodríguez (6), el art. 156.II CP presenta por vez primera una regulación de los aspectos procesales de la esterilización de incapaces, y lo hace mediante una alternativa procedimental inadecuada que constituye, a su juicio, la modificación más inconveniente y criticable de dicho artículo, en particular por la designación del procedimiento de incapacitación como primer cauce procesal apto para la tramitación de la solicitud de la esterilización. Si la petición por el representante legal es una conditio sine qua non para la obtención de la autorización judicial para la práctica de la esterilización, y a causa de lo cual la solicitud debe- y únicamente puede- interponerse por el representante legal de la persona incapacitada, resulta imposible promover dicha solicitud con anterioridad a la sentencia de incapacitación, ya que se desconoce quién será el representante legal del incapaz y, por tanto, quién resulta legitimado a los efectos de la incoación de trámite que resuelva tal pedimento. La legitimación pasiva, en virtud de la redacción del texto del artículo .....persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica...corresponde en todo caso a un incapacitado, esto es una persona declarada incapaz en virtud de sentencia pronunciada en un procedimiento de incapacitación, por lo que cabría apreciar cierta contradicción entre el adelanto de la solicitud de esterilización, por parte de quien todavía no sabe si es o no persona incapacitada ya que aún no existe como tal, al no haber sido declarada incapaz por medio de la sentencia resolutoria del procedimiento. Con relación a la segunda alternativa ...un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad al mismo, para este autor, el mismo ha de entenderse el procedimien-

to de incapacitación. En el expediente de jurisdicción voluntaria no existen los problemas de legitimación pasiva y activa que se plantean en el caso del procedimiento de incapacitación, toda vez que la posterioridad a que se hace referencia, permite conocer tanto la persona de quien se solicita la esterilización (persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica) como la persona o personas legitimadas para instar la petición de esterilización (a petición del representante legal).

La Consulta de la Fiscalía General del Estado (7), número 1/1991 de 31 de enero, que con el título aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas, nos decía que la jurisdicción voluntaria es el campo procesal adecuado para el desenvolvimiento de las autorizaciones relacionadas con la esterilización, ya que las garantías no son de menor entidad a las del proceso declarativo ordinario son en todo caso paralelas. Los principios de prohibición de indefensión y de audiencia no están proscritos y también la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución, amparadora de todo proceso, se muestra patente en la jurisdicción voluntaria, tanto si se atiende a la extensión de las pruebas y su investigación, como si se ponderan los recursos legalmente previstos. En los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser oídos no sólo quien los haya instado (artículo 1.814 de la LEC) sino también cualquiera otra persona, ya sea a instancias del promotor, de quien tenga un interés legítimo e incluso del propio Juez (artículo 1.813 de la LEC). De otro lado, en ellos se admitirán sin necesidad de solicitud ni de otra solemnidad, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren (artículo 1.816 de la LEC). Por último indicar que si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tengan interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y los que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía.

Con todo ello, en opinión de Díez Ripollés (8), razones de economía procesal unidas a la pretensión legal de que la autorización para esterilizar se pueda dar en el mismo procedimiento de incapacitación, aconsejan entender que en el suplico de la demanda de promoción de la declaración de incapacitación el promotor pueda solicitar simultáneamente, en el caso de ser nombrado representante legal del presunto incapaz, la autorización para esterilizarlo. Si hubiera que esperar para la formulación de tal solicitud a

que adquiriera la condición de representante legal en la sentencia declarativa de la incapacitación, se frustraría el deseo del legislador de permitir tales autorizaciones a través del propio procedimiento de incapacitación, pues sería preciso abrir un nuevo procedimiento, que ya debería ser de jurisdicción voluntaria.

Precisa para iniciarse la petición del representante legal del incapacitado, que no puede ser sustituida por la de ninguna otra persona o institución pública o privada, ni siquiera por la del Ministerio Fiscal. El Fiscal se halla legitimado para instar los procesos que tienden a la declaración judicial de incapacidad (artículos 203 y 207 del Código Civil) y a la constitución de la tutela (artículos 228 del Código Civil y 3,7.º del Estatuto del Ministerio Fiscal). No lo está, sin embargo, para promover los procesos dirigidos a obtener la autorización para esterilizar a los incapaces. Según el texto del artículo 156.II del Código Penal la única persona legitimada es el representante legal del incapaz. En todo caso, la trascendente función asignada a tal iniciativa en ningún caso puede entenderse como la formulación de un consentimiento en nombre del incapacitado, por más que deberá estar inspirada, sin duda, en el mejor interés de éste.

Se requiere asimismo disponer del dictamen de dos especialistas. Para Díez Ripollés (9) su finalidad será la de asesorar técnicamente al juez, y a todos los intervinientes en el procedimiento, sobre la procedencia de la esterilización de cara al mayor beneficio del incapacitado. Por tanto se pronunciará sobre la eventual **conurrencia de una grave deficiencia psíquica, de una correspondiente incapacidad para comprender el sentido y la trascendencia de las consecuencias de su actividad sexual así como de la esterilización, de los beneficios y desventajas de cualquier tipo que le puedan originar ésta, y de los riesgos de la intervención.**

Seoane Rodríguez (10) nos dice que ante el silencio del legislador al respecto, habrá que pensar que los especialistas serán en Medicina, siendo uno de ellos especialista en Psiquiatría, al ser una de las cuestiones a elucidar el padecimiento o no de "grave deficiencia psíquica" del incapaz, así como las incidencias en su psique de la esterilización, mientras que para el segundo especialista lo más adecuado es un ginecólogo o la de médico forense o especialista en medicina legal. Coincide éste autor, dentro de la jurisprudencia anglosajona, con la resolución del caso RE B (A minor) (Wardship: sterilisation) del año 1987, en lo que a la determinación de los dos especialistas respeta, ya que en dicha resolución se apunta la necesidad de obtener dos

informes detallados de un especialista en Psiquiatría infantil y adolescente y de un especialista en Obstetricia y Ginecología, debiendo coincidir ambos especialistas en la ineludible necesidad de adoptar medidas contraceptivas eficaces.

Para un sector doctrinal el contenido de tales dictámenes hace que puedan entenderse como especialistas no sólo profesionales sanitarios, singularmente psiquiatras o psicólogos, sino igualmente pedagogos o trabajadores sociales. La utilización del singular al referirse al dictamen no debe impedir la interpretación de que cada uno de los especialistas emita su correspondiente dictamen, tratándose por consiguiente de dos dictámenes si bien sus contenidos no serán vinculante para el Juez. Así nos dice Quintero Olivares (11) que teóricamente cabe la autorización pese al carácter desfavorable de uno de ellos o de ambos. Tampoco se exige la intervención del médico forense (pese a la propuesta hecha en este sentido en el debate parlamentario) ni que los especialistas, aun debiendo ser titulados universitarios lo sean en medicina. En opinión de Carbonell Mateu (12) facultar al Juez para que pueda adoptar la decisión última en contra del dictamen de los especialistas no parece lógico, mejor habría resultado la exigencia de que el dictamen de los especialistas fuera en sentido favorable a la práctica de la esterilización.

En la Consulta 1/1999, de la Fiscalía General del Estado (13), se nos dice que si es ineliminable que el Fiscal sea oído, su dictamen deberá **tender siempre a defender los derechos que todo deficiente tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la de la sexualidad**, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde, esta perspectiva, la medida de esterilización cumple su verdadera finalidad, y el Fiscal se opondrá a que la autorización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los del incapaz. El criterio del mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista.

Si el Ministerio Fiscal ejerce en el campo de la protección de los incapacitados y desvalidos una de sus funciones más importantes e insustituibles, cuando se trate de casos como el que es objeto de consulta, debe mostrar una especial sensibilidad y cautela, por lo que sus informes en esta materia, especificados y claros, tendrán siempre en cuenta no sólo el contenido del dictamen de los especialistas, a los que no se halla vinculado, sino también otros datos o cir-

cunstancias extraídas del examen del expediente, sin olvidar las condiciones familiares y sociales del incapaz.

Partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal su actuación estará inspirada en todo momento en el mayor interés del incapaz, no por ello deberá sentirse vinculado respecto a las exigencias sustanciales al contenido de los dictámenes de los dos especialistas, y sin que, a su vez, su opinión en cualquier sentido resulte vinculante para el juez y sin que ello suponga asumir la representación del incapaz frente a los intereses del representante legal.

La previa exploración del incapaz constituye una garantía adicional que quiere asegurar un contacto directo del juez con la persona afectada, de modo que aquel no fundamente su decisión exclusivamente en los informes de los diferentes intervinientes en el procedimiento. No dice Seoane Rodríguez (14) que la finalidad de tal exploración, que encuentra parangón en el artículo 208 CC en relación al procedimiento de incapacitación....El Juez examinará a éste por si mismo ..., parece ser la recepción de la información en torno a la persona incapaz, del alcance de su deficiencia psíquica y de su efectiva capacidad de juicio, de su comprensión de la sexualidad y paternidad, etc., con carácter inmediato, a través de su personal apreciación y entendimiento, más allá de la aportación teórica de los dictámenes o de la audiencia del Ministerio Fiscal. Es decir, hacerse una representación o imagen, determinar cual es la voluntad real o efectiva del incapaz, cuál es su verdadero consentimiento.

La cuestión de inconstitucionalidad 1415/1992 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm.5 de Barcelona relativo a la esterilización de incapaces resuelta por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 215/1994, de 14 de julio declaró la inexistencia de contradicción entre el inciso final del art. 482 del Código Penal y el derecho fundamental a la integridad física, art. 15 de la Constitución. Los votos particulares pronunciados en la anterior Sentencia citada, objetan a los anteriores argumentos, que la sustitución de la voluntad del incapaz por la de terceros no guarda en el caso ni siquiera proporcionalidad, toda vez que el bienestar del disminuido (aparte de la relatividad de ese concepto) no es un derecho fundamental, ni menos puede colisionar con el derecho a la integridad física. La autorización para intervenir en la integridad corporal del incapaz supone una sustitución total de la voluntad de la persona que de algún modo la convierte en un objeto. En total sintonía con los votos particulares de Gabaldón López y Mendizábal Allende, Chimeneo Cano

(15) nos dice: a) el derecho al ejercicio de la sexualidad es un derecho personalísimo que aunque amparado en el art.49 de la Constitución no está reconocido como derecho fundamental en los Tratados internacionales ni en la Carta Magna como si lo está el derecho a la integridad corporal, art. 15 de la Constitución, por lo que es inviable sostener una justificada colisión a favor de aquel derecho. b) La sexualidad no es un simple ejercicio físico, sino que requiere una preparación física y psicológica tratándose de un bien al que debe accederse de modo responsable y con determinadas condiciones de capacidad física y comprensión ánimica e intelectual, a fin de que no se convierta, más que una ayuda al desarrollo, en un factor de desequilibrio al incapacitado. La verdadera finalidad es evitar a cualquier costa las consecuencias de la sexualidad del incapaz en beneficio de las personas que se encargan de la guarda de estos incapaces, lo que no justifica la quiebra de la integridad física de una persona. Esta medida va directamente dirigida a la mujer y no al hombre, pues lo que se pretende, en realidad, es evitar embarazos. En un hombre incapaz y peligroso, el riesgo que genera su conducta desviada, justificará un mayor control y vigilancia, e incluso el internamiento. En cambio, en la mujer que desgraciadamente suele ser el sujeto pasivo de conductas atentatorias no se garantiza tanto su protección como sí asegurar que pueda tener riesgo de embarazo. Para ésta autora, la solución no pasa por esterilizar, para favorecer una menor atención por parte de los obligados a la protección de incapaces, sino la de exigir un ejercicio responsable de los representantes legales de los incapacitados a través de un efectivo control y seguimiento judicial de la guarda, por la rendición temporal de cuentas, art. 264 del Código Civil, así como facilitar, a través de las instituciones públicas, una adecuada atención social a dichas personas, en aplicación del art .49 de la Constitución y la Ley de Integración social del minusválido.

El Auto del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 1998 inadmite a trámite un nuevo recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 156.2 del C.P.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias** de 14/2/2000 nos dice

- a) **La esterilización que se contempla en el precepto legal tiene como criterio rector el del mayor interés del incapaz**, y así lo destaca de modo expreso la actual redacción del párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal, criterio ya recogido en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional que alude al interés prioritario y

realmente único del propio incapaz, así como en la de esta Sala también citada, que excluía de las taras genéticas, malformaciones físicas o padecimientos psíquicos susceptibles de ser heredados, así como el posible interés de los representantes legales de los incapaces de evitar la carga adicional que supondría los hijos de éstos. b) **Este interés del incapaz tiende a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar**, equiparándolo en todo lo posible al de las personas capaces, permitiéndole no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad, así como al ejercicio de su sexualidad sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica. c) **La esterilización cuya autorización contempla la norma, afecta al derecho fundamental a la integridad física** que consagra el artículo 15 de la Constitución, en cuanto supone una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas, **de suerte que tal autorización sólo cabrá cuando se considere justificada en atención a aquel preferente interés en juego, y lícita desde la vertiente de la proporcionalidad**, es decir que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira, sin encerrar graves riesgos para la salud de la persona afectada. Y d) **La deficiencia psíquica del incapaz ha de ser grave y consecuentemente generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal solicitada**, a la que se añade acertadamente en uno de los votos particulares formulados a aquella Sentencia del Tribunal Constitucional, la necesidad de que se trate de una deficiencia permanente; señalando el Auto citado de 24 de noviembre de 1998 que el concepto de grave deficiencia psíquica es un concepto jurídico, en el sentido de que la integración acabada de su contenido corresponde al Juez, el cual deberá verificar si la deficiencia acreditada es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada en el precepto.

Para finalizar reflejamos la única sentencia, que hemos encontrado, en la que se condena en vía penal a dos médicos por la esterilización de persona incapacitada sin previa autorización:

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, Sentencia de 4 de abril de 2000.

## HECHOS PROBADOS

El día 18 de junio de 1997 el procesado C.B., llevó a cabo la esterilización, mediante salpingoligadura por laparoscopia y a petición de la madre de la intervenida, sin cerciorarse de la existencia de la preceptiva autorización judicial para ello, por ignorar su exigencia, a A.M.P. incapacitada total y absolutamente, por Resolución de fecha 29 de diciembre de 1995 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm.1 de los de Majadahonda, al padecer un severo síndrome de Down.

Dicha intervención esterilizante fue llevada a cabo, por el citado facultativo, en el Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Clínico de San Carlos de Madrid, siendo Jefe del mismo el otro procesado, M.E.F., Catedrático de Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense, que, en su función de coordinador de los Servicios de él dependientes, no había dado las instrucciones oportunas al personal a su cargo para el cumplimiento, en supuestos como el enjuiciado, del referido requisito previo de autorización judicial, al ignorar también la necesidad de ésta.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO. ....De modo que, en este caso, sostener que a un profesional de la medicina, especialista, precisamente, en ginecología, que, aunque extranjero de origen, desempeña su actividad con habitualidad en nuestro país, le resulta de una dificultad invencible el conocer que para la práctica de una esterilización en persona incapaz es preciso contar con la autorización del Juez correspondiente, no resulta, obviamente de recibo. Antes bien, si a alguien ha de ser exigible y posible el conocimiento de semejante extremo será, precisamente, a una persona de las circunstancias y características del procesado que es a quien, especialmente, se dirige el mandato del Legislador, contenido en el art. 156 de nuestro Código Penal.

CUARTO. ....procede ahora el examen y valoración de la conducta del otro procesado M.E.F., es obvio, no participa materialmente en la intervención quirúrgica esterilizante, incluso debe admitirse que era del todo ignorante de la práctica de la misma. ....debemos, asimismo, afirmar la indiscutible relevancia de la conducta de M. en la producción del resultado lesivo alcanzado respecto de la incapaz ilícitamente esterilizada, al advertir que, de haber dispuesto las medidas oportunas para el control de la legalidad de una operación semejante, habríase evitado, o siquiera podido evitar, la comisión del delito, sin los efectos derivados de la ignorancia del cirujano, autor material de

la infracción, a propósito de los requisitos necesarios para su actuación quirúrgica. Entre otras cosas porque el otro procesado hubiérase encontrado suficientemente instruido de su obligación de comprobar la existencia de la autorización judicial preceptiva.

De forma que esa necesidad de la conducta omisiva de Jefe del Departamento para la comisión del ilícito, dota a la misma de la relevancia penal suficiente para considerarla dentro del supuesto de la "cooperación necesaria", contemplada en el art.28 párr. 2º b) C.P. y ampliamente desarrollada por la Jurisprudencia, precisamente sobre ese eje fundamental de su carácter objetivamente necesario para la existencia del ilícito penal. Así, dice la S.T.S. de 11 Jun. 1999, que ....si suprimida la actuación del sujeto el resultado no se hubiere producido, hay necesidad y por consiguiente, cooperación de tal clase. Pues es evidente que, de haberse dado por el Dr. las instrucciones oportunas, el delito que enjuiciamos, al menos en la forma en que se produjo, no se hubiera tenido lugar.

QUINTO. ....Igualmente es nuestro criterio que, ante la ausencia de adecuada regulación penológica de conductas como las aquí enjuiciadas, a la que hemos hecho repetida alusión a lo largo de las líneas que anteceden, las penas que nos vemos obligados a imponer, por respeto al principio de legalidad, resultan inadecuadas y desproporcionadas. Es por ello que, de ganar firmeza la presente Resolución y, con ésta, su conclusión condenatoria, si bien nos acordamos, desde ya, la incoación de oficio, de los correspondientes expedientes de indulto, para ambos condenados ( art.4.3 C.P.) toda vez que pudiere resultarles, también, de aplicación el beneficio de remisión condicional de las penas impuestas ( art.80 C.P.), no obstante anticipamos nuestra voluntad de informar favorablemente tales peticiones de Gracia, si los propios interesados consideran conveniente cursar sus solicitudes, a la vista de la menor relevancia de la reprochabilidad de las conductas enjuiciadas, la dudosa entidad del perjuicio causado y la ausencia de peligrosidad de los condenados, que, a nuestro juicio, no precisan ser destinatarios de la finalidad de rehabilitación social en que la pena de prisión encuentra su razón de ser, de acuerdo con lo proclamado por nuestro Texto Constitucional ( art.25 ). Con suspensión asimismo, de la ejecución de las penas, en tanto dicho Indulto se resolviera, al darse aquí la circunstancia recogida en el parr. último del art .4 C.P.

## FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a los procesados: A.B.C., como responsable, en concepto de autor, de un

delito de lesiones, sin la concurrencia, de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y con la del error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas causadas.

M.E.F., como responsable, en concepto de autor por cooperación necesaria, de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y con la del error, sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de mitad de las costas causadas.

No ha lugar a la estimación de la pretensión indemnizatoria deducida por al Acusación.

*De ganar firmeza la presente Resolución, procédase a remitir al Gobierno de la Nación la Exposición que se menciona en el Quinto de los anteriores Fundamentos Jurídicos.*

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Gómez Guillamón, R.; Luzón Cuesta, J.; Moyna Ménguez, J.; Ortiz Úrculo, J.C.; Torres-Dulce, E. Código Penal Comentarios y Jurisprudencia. Madrid: Colex, 2004.
- 2.- Seoane Rodríguez, J.A. La esterilización de incapaces en el derecho español: A Coruña: Fundación Paideia, 1996.
- 3.- Quintero Olivares, G.; Valle Muñiz, J. Comentarios al nuevo Código Penal. Madrid: Aranzadi, 1996.
- 4.- Gómez Guillamón, R.; Luzón Cuesta, J.; Moyna Ménguez, J.; Ortiz Úrculo, J.C.; Torres-Dulce, E. Código Penal Comentarios y Jurisprudencia. Madrid: Colex, 2004.
- 5.- Quintero Olivares, G.; Valle Muñiz, J. Comentarios al nuevo Código Penal.: Pamplona. Aranzadi, 1996.
- 6.- Seoane Rodríguez, J.A. La esterilización de incapaces en el derecho español: A Coruña: Fundación Paideia, 1996.
- 7.- Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992. Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. En: Consulta numero 1/1991, de 31 de enero. Madrid, 1992: 979-988.
- 8.- Díez Ripolles, A. Los delitos de lesiones, la eximente de estado de necesidad del art. 156 p.2. // www. Tirantonline.com/ action.
- 9.- Díez Ripolles, A. Los delitos de lesiones, la eximente de estado de necesidad del art. 156 p.2. // www. Tirantonline.com/ action.
- 10.- Seoane Rodríguez, J.A. La esterilización de incapaces en el derecho español: A Coruña: Fundación Paideia, 1996.
- 11.- Quintero Olivares, G.; Valle Muñiz, J. Comentarios al nuevo Código Penal. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- 12.- Carbonell Mateu, J.C. Artículo 156 del Código Penal: comentario. En: Vives Antón, T.S. Coord. Comentarios al Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996: 804-811.
- 13.- Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992. Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. En: Consulta numero 1/1991, de 31 de enero. Madrid, 1992: 979-988.
- 14.- Seoane Rodríguez, J.A. La esterilización de incapaces en el derecho español: A Coruña: Fundación Paideia, 1996.
- 15.- Chimeneo Cano, M. Acerca de la esterilización no curativa de incapaces. La Ley, 2000, D(97): 1719-1721.