|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 261/1998 |
| Fecha | de 24 de noviembre de 1998 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don José Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano y don Pablo Cachón Villar. |
| Núm. de registro | 4137-1998 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 4.137/1998 |
| Fallo | En consecuencia, el Pleno del Tribunal acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 3 de octubre de 1998 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife al que se adjuntaba testimonio de las actuaciones correspondientes al expediente de jurisdicción voluntaria núm. 639/98, sobre esterilización de incapaz, y Auto de 17 de septiembre de 1998 por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 156.2 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), por posible infracción de los arts. 9.3 y 14 de la Constitución.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) La madre de una joven declarada judicialmente incapaz promovió expediente de jurisdicción voluntaria al objeto de recabar autorización judicial para la esterilización de su hija. El expediente, con el núm. 639/98, correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife.

b) Seguido el expediente por sus trámites, el Juzgado, mediante providencia de 27 de julio de 1998, acordó, de conformidad con el art. 35 LOTC, requerir a la parte y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 156.2 de) Código Penal, por posible infracción de los arts. 9.3, 10.2 y 14 de la Constitución.

c) La madre de la incapaz se opuso al planteamiento de la cuestión. A su juicio, de los informes médicos obrantes en las actuaciones se desprendía que la incapaz padece una «grave deficiencia psíquica», en los términos exigidos por el art. 156.2 C.P. para hacer posible la autorización judicial de esterilización. Por ello, no es cierto, a su juicio, que, como se afirma en el informe médico-forense, la deficiencia padecida por su hija no quede comprendida en el supuesto contemplado por aquel precepto, y no cabe entender, por tanto, que dicho precepto sea inconstitucional por no permitir la esterilización de quienes padecen una deficiencia psíquica como la de su hija incapaz.

d) El Ministerio Público no presentó escrito de alegaciones.

e) Mediante Auto de 17 de septiembre de 1998, el Juzgado acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 156.2 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), por posible infracción de los arts. 9.3 y 14 de la Constitución.

3. Según se razona en el Auto de planteamiento, la única «norma... aplicable al caso es, curiosamente (pese a tratarse de un proceso civil), un precepto penal... que especifica las condiciones que deben darse para que la esterilización de persona incapaz no sea punible. La primera y fundamental, es decir, que la persona incapacitada "adolezca de grave deficiencia psíquica", no se cumple en el caso de autos, habida cuenta que doña... fue declarada incapaz por sentencia. .. por padecer un retraso mental medio (DSM IV)... Sin embargo, según la conclusión segunda del dictamen suscrito por los médicos forenses [en este expediente], la incapacitada se halla impedida para comprender y asumir adecuadamente el significado, alcance y responsabilidades inherentes a la procreación y a las obligaciones materno-filiales» (fundamento jurídico 3.º).

Para el Juzgado, «la redacción de la norma de cuya validez depende la decisión del expediente es discriminatoria y provoca gran inseguridad jurídica... Respecto a lo primero, cabe resaltar que... sólo dejaría de ser punible la esterilización del 3-4 por 100 de las personas afectadas por retraso mental en edad fértil..., que son las que adolecen de grave deficiencia psíquica en la terminología utilizada por [el] precepto y las que menos problemas prácticos presentan a los fines de la solución contraceptiva indicada. Y, sin embargo, seguiría siendo punible la esterilización de personas afectas de retraso mental leve (85 por 100 del total del colectivo ut supra referido), moderado (10 por 100) y profundo (1-2 por 100), quedando también fuera del ámbito protector del artículo las personas incapacitadas por causa físicas y por otros trastornos mentales, no menos graves, pero tampoco propiamente graves deficiencias psíquicas, cual es el caso de personas afectas de esquizofrenia residual..., demencia vascular de origen traumático..., trastorno psicótico residual por consumo de alcohol... o demencia secundaria a epilepsia..., entre otras. Por lo que atiene al principio básico de seguridad jurídica..., no se antoja prudente ni adecuado que cuestión de tan vital importancia como privar a una persona del ius generandi de manera absoluta y definitiva aparezca regulada en una norma penal que aglutina conceptos punitivos, civiles y hasta procesales. En efecto, la voz "grave deficiencia psíquica" es, jurídicamente, indeterminada, y, médicamente, obsoleta... La frontera con el delito de lesiones es vaga y sutil, además de aparecer supeditada al dictamen de "dos especialistas" (¿ en qué?) y al "mayor interés del incapaz" (¿para qué?). El tema se complica si el Juez que debe autorizar la esterilización es distinto del que ha, decretado la incapacitación, y lo mismo ocurre con los especialistas» (fundamento jurídico 4.º).

Continúa explicando el Juzgado que «la pertinencia de elevar la presente cuestión... radica no sólo en la imposibilidad concreta de aplicar el artículo 156.2 del C. Penal al caso de autos, sino también en la enorme transcendencia social de la cuestión, al afectar al 95 por 100 del colectivo de incapacitados en edad fértil (casi un uno por ciento de la población general) y estar el factor demográfico en la encrucijada de una sociedad global aterrada en este final de milenio ante el constante decremento de la tasa de natalidad, replanteándose continuamente cuestiones como la presente, el aborto, la eutanasia, la ingeniería genética, etc. Además de ello, la paralización del expediente no debería suponer graves perjuicios para la parte actora, pues nos hallamos a presencia de una joven de 26 años que provisionalmente podría utilizar otros métodos anticonceptivos, no dándose la situación de urgencia típica de acciones similares en que la mujer incapacitada se encuentra en estado y se pretende aprovechar la cesárea para la ligadura de trompas... A este Tribunal no le consta que la incapacitada no pueda emplear métodos anticonceptivos.... y además los forenses dictaminaron favorablemente sobre tal posibilidad, aconsejando incluso a la actora, en presencia judicial, que la opción provisional más adecuada sería la del D.I.U. En cualquier caso, los supuestos perjuicios de un retraso en la autorización de la medida siempre serían menos graves que los derivados de adoptar una solución tan radical, sin posible marcha atrás y sin certeza médica ni jurídica, en el supuesto de que posteriormente quedaran en evidencia simples motivos de conveniencia o comodidad de la parte instante, o se tomara reversible la discapacidad de la afectada» (fundamento jurídico 5.º).

Para el Juzgado, este Tribunal «no ha tenido todavía la oportunidad de pronunciarse ni respecto a esta cuestión ni respecto a la constitucionalidad del nuevo art. 156.2 del C. Penal..., habida cuenta que en su Sentencia 215/1994... desestimó la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.415/1992 respecto del art. 6 de la L.O. 3/1989, que daba nueva redacción al art. 428 C. Penal, por entender que el mismo no vulneraba el art. 15 de la C.E.» (loc. ult. cit.).

El Auto concluye con la afirmación de que «las garantías previstas por el legislador en el art. 156.2 del C. Penal son insuficientes desde el punto de vista constitucional y que existe una notable desproporción entre el fin perseguido y la solución impuesta. Acaso fuera deseable... sustituir las tres palabras "grave deficiencia psíquica" por la frase "un trastorno mental que de modo irreversible le impida autodeterminarse en lo sexual". Pero lo más aconsejable sería la remisión a una Ley (como acontece en el primer párrafo con el trasplante de órganos) que regulase con precisión los presupuestos y garantías de tan drástica medida. De dilatarse mucho la promulgación de ésta, podríamos abocar en una situación de gran inseguridad jurídica, con un recurso incontrolado a la vía indirecta del art. 5.3 L.O.P.J., y vernos inmersos en una dirección peligrosa, como [se] advirtió... en el voto particular... de la Sentencia núm. 215/1994, por el riesgo de dejar en manos de jueces y médicos medidas eugenésicas que recuerdan demasiado a las que pretendieron y pretenden justificar la pena de muerte» (fundamento jurídico 6.º).

4. Mediante providencia de 14 de octubre de 1998, la Sección Primera de este Tribunal acordó, a los efectos que determinan los arts. 35.1 y 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que estimase procedente sobre la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por poder ser notoriamente infundada y por no haber especificado y justificado suficientemente en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

5. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se registró en el Tribunal el 13 de noviembre de 1998. Tras referir los términos de la duda planteada por el Juzgado, alega el Fiscal General del Estado que la pretendida contradicción del art. 156.2 del Código Penal con el art. 14 de la Constitución carece de fundamentación razonable. El precepto penal no engendra la discriminación denunciada respecto de los demás incapaces que no reúnen la condición de grave enfermedad psíquica exigida en dicho precepto para poder ser esterilizados; y no lo hace porque entre unos y otros incapaces existe una diferencia con entidad suficiente y razonable para justificarla, como es que unos sufren una deficiencia psíquica grave y otros no. La esterilización está tan íntimamente unida a la personalidad que para posibilitarla se exige por la ley que la causa que la justifique tenga determinada entidad -gravedad-, no bastando que sea leve o media, lo que es razonable por la consecuencia que supone para la persona, su intimidad y su dignidad. El precepto cuestionado,. debidamente entendido, no discrimina a los incapaces no afectados de grave deficiencia psíquica, pues entre unos y otros hay una diferencia justificada y razonable. Para el Fiscal General, el Juez proponente de la cuestión expresa un desideratum, no una contradicción del precepto con la Constitución. Su duda carece, pues, de fundamento. El órgano judicial centra la posible inconstitucionalidad en la palabra «grave» que es la que, a su juicio, crea la discriminación. Si la cuestión prosperara desaparecería esa condición, lo que supondría que la esterilización de deficientes se fundamentaría únicamente en el dictamen médico, teniendo como consecuencia posible la variabilidad que en materia neurológica y psiquiátrica tienen el diagnóstico, tratamiento y determinación de estas enfermedades en las diferentes escuelas. Es necesario que el precepto contenga un término y elemento que objetive la causa que permite la esterilización y que sirva, además, para alejar posibles subjetivismos. La cuestión, concluye el Fiscal General del Estado, es notoriamente infundada al carecer de base y fundamento que justifique su planteamiento.

El Juzgado -continúa el escrito de alegaciones- no acredita suficientemente en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada. El órgano judicial puede interpretar el precepto de forma literal y en conexión con la gravedad de la enfermedad considerada en sí misma, sin tener en cuenta y con independencia de los mayores o menores efectos que sobre la capacidad de generar tiene la deficiencia psíquica, o bien puede interpretarlo de acuerdo con su finalidad, consistente en impedir la generación a aquellos incapaces que no puedan cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 de la Constitución y que se explicitan en el art. 154 del Código Civil, teniendo en cuenta únicamente el interés del incapaz con la finalidad de mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándolos en todo a los capaces. Esta finalidad, eje de la norma, supone que la interpretación se haga sin atender de manera exclusiva al nomen de la enfermedad, sino a sus efectos respecto a la facultad de generar. En ambos supuestos de interpretación el Juez puede dictar resolución en sentido positivo o negativo y resolver la pretensión deducida por la instante del expediente. Tanto una como otra interpretaciones tienen su fundamento en la norma penal y satisfacen la obligación de juzgar que corresponde al órgano judicial, Este puede y debe resolver la pretensión deducida mediante la interpretación de la norma, función que le corresponde por mandato constitucional, y no puede afirmarse que no puede dictar resolución a partir de una discriminación inexistente y que no fundamenta. El Juez pretende que este Tribunal expulse del ordenamiento la palabra «grave» y resuelva así un problema que tendría solución mediante una interpretación del contenido de la norma; interpretación para la que no existe impedimento alguno, no siendo necesario acudir a la cuestión de inconstitucionalidad, cuya finalidad es la depuración del ordenamiento de normas contrarias a la Constitución, pero no facilitar ni sustituir la labor interpretativa que corresponde al órgano judicial.

El escrito de alegaciones concluye con el examen de la supuesta contradicción existente entre la norma cuestionada y el art. 9 de la Constitución. Para el Fiscal General del Estado, la cuestión carece en este punto de fundamentación y relevancia. La norma penal regula el procedimiento judicial para determinar si existe causa que permita la esterilización de un incapaz y establece una serie de exigencias procesales que dan seguridad y certeza al procedimiento. Este puede ser el mismo en el que se declara la incapacitación u otro posterior, de jurisdicción voluntaria, y ambos tienen como principio rector el mayor interés del incapaz. En el procedimiento se exigen dos dictámenes de facultativos especialistas -que, como es lógico y aunque el precepto no lo diga, lo serán en psiquiatría o neurología-, la exploración del incapaz y la intervención del Ministerio Público, siendo la resolución judicial apelable. Este procedimiento es el mismo que utiliza el legislador en otras materias del derecho de personas (art, 211 del Código Civil). El estudio de este tipo de procedimientos lleva a reconocer la necesidad de una mayor sistematización de su normativa reguladora, pero este deseo de mejora no permite afirmar que el procedimiento en sí mismo no sea seguro, claro o no responda a la necesidad creada por la pretensión de esterilización. El legislador pudo regular el procedimiento para autorizar la esterilización en la Ley rituaria civil, separando la normativa procesal de la normativa penal que la autorizaba, pero no lo hizo, y esta decisión más o menos criticable no acredita ni fundamenta la inconstitucionalidad denunciada. La posibilidad, criticada por el Juzgado, de autorizar la esterilización en un procedimiento posterior al de incapacitación no es criticable, pues supone que la pretensión será conocida por Juez distinto y dictaminada por dos facultativos diferentes de los que intervinieron en el procedimiento de incapacitación, lo que siempre es una mayor garantía.

Por lo expuesto, el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. . La presente cuestión de inconstitucionalidad ha cumplido suficientemente el requisito relativo a su proyección sobre un precepto legal aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo (art. 163 C.E. y art. 37.1, en relación con el art. 35. 1, ambos de la LOTC). Ciertamente, el propio órgano judicial reconoce «la imposibilidad concreta de aplicar el art. 156.2 del C. Penal al caso de autos» (fundamento jurídico 5.º). Y, sin embargo, eleva la cuestión, precisamente, por razón de esa inaplicabilidad. De este modo, el Juez no parece cuestionar una norma aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, sino una norma que no es aplicable y, precisamente, porque no lo es.

La paradoja, sin embargo, es sólo aparente, toda vez que responde a un planteamiento que es consecuencia de la perspectiva adoptada por el Juez. El art. 156.2 del Código Penal contiene una causa de exención de la responsabilidad penal que, en opinión del órgano judicial, no puede operar en el expediente a quo. Sin embargo, la exención contemplada en este precepto sólo nace al Derecho con la intervención del Juez y a través de los procedimientos en él previstos: se exime de responsabilidad penal a quien lleve a cabo una esterilización autorizada judicialmente, siendo esa autorización la que se demanda del Juez que promueve ahora la cuestión. Como quiera que es el art. 156 C.P. el que prescribe en qué casos puede concederse esa autorización, dicho artículo es aplicable al caso de autos, aunque con la consecuencia, en la interpretación que el Juez ofrece del precepto, de que la esterilización sería denegada. En otras palabras: el art. 156 del C.P. es aplicable en todos aquellos casos en los que, como en el de autos, se interese de un Juez una autorización para esterilizar; que la autorización se conceda o se deniegue depende de las previsiones sustantivas de dicho precepto alegado, versando la duda de constitucionalidad sobre esta vertiente material o de contenido en el curso del procedimiento previsto en ese mismo artículo (lo que es prueba de su aplicabilidad al caso).

2. La cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, y como advierte el Fiscal General del Estado, ha incurrido en la causa de inadmisión consistente en ser «notoriamente infundada» (art. 37.1 LOTC), tanto desde la perspectiva del principio de seguridad (art. 9.3 C.E.) como desde la del de igualdad (art. 14 C.E.).

Es, en efecto, claro que, interpretada la norma que pretende cuestionarse en los términos expuestos en la STC 215/1994, no padece en absoluto el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), pues el legislador ha establecido un régimen de autorización de estas esterilizaciones que, corno entonces razonamos, ofrece garantías suficientes. Podrá discutirse, en términos de técnica legislativa, si un procedimiento como el que nos ocupa encuentra su mejor acomodo dentro del Código Penal, o si, lejos de disciplinarse como procedimiento de producción de una causa de exención de la responsabilidad criminal, no debería regularse en positivo, haciendo predominar los elementos de ordenación del oportuno expediente de autorización de la esterilización. Mas el mayor o menor acierto técnico en la disciplina de este procedimiento no puede ser determinante de la constitucionalidad del precepto cuestionado, debiendo únicamente importar, desde esta perspectiva, si el procedimiento en sí mismo considerado, esto es, con independencia de su ubicación formal en uno u otro tipo de ley, se ajusta a las prescripciones constitucionales sustantivas, lo que es claramente el caso a la vista de la doctrina sentada en la reiterada STC 215/1994.

3. Pasando ya al contraste del precepto legal cuestionado con el principio de igualdad (art. 14 C.E.), preciso resulta comenzar señalando que el reproche se dirige simultáneamente tanto a la restricción como a la extensión, ambas ilegítimas, del ámbito del precepto. Por un lado se explica, en efecto, que el art. 156 sólo permite autorizar la esterilización de un 3 ó 4 por 100 de las personas que padecen trastornos psíquicos; por otro, sin embargo, se sostiene que la norma adolece de una peligrosa indeterminación, de manera que, a su amparo, podría facilitarse la esterilización indiscriminada.

En relación con este segundo punto, baste señalar que el art. 156.2 del Código Penal vigente reproduce las exigencias contenidas en el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal anterior. Precepto éste que fue declarado «no contrario a la Constitución» en la STC 2 15/1994. En esta Sentencia, por lo demás, y pese a lo afirmado en el Auto de planteamiento, se dio respuesta a las cuestiones suscitadas ahora por el Juez, desde esta perspectiva. En consecuencia, sus dudas referidas a la excesiva parquedad de las garantías de las que se hace rodear a la autorización para esterilizar a un incapaz han sido disipadas por este Tribunal en un pronunciamiento de fondo al que aquí no cabe sino remitimos.

4. Por lo que hace, por fin, al otro reproche, contradictorio con el que acaba de examinarse, procede igualmente afirmar su notoria falta de fundamento. Ante todo, la norma en cuestión utiliza como criterio diferenciador entre unos y otros deficientes psíquicos, a los fines de autorizar su esterilización, el de la gravedad de su dolencia, en los términos ya referidos. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo y no arbitrario, con el que se traza una frontera perfectamente discernible entre dos grupos definidos. Sólo la «gravedad» de la deficiencia resulta, así, causa justificadora de la autorización judicial, con la que se pretende salvaguardar la integridad física, y moral en todo caso. Por otra parte, es evidente que el concepto de «grave deficiencia psíquica» que el art. 156 C.P. incorpora es básicamente un concepto jurídico, en el sentido de que la integración acabada de su contenido es tarea que, finalmente, compete al Juez, el cual habrá de verificar si la deficiencia acreditada médicamente es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada. En el dictamen médico preceptivo podrá concluirse que el examinado padece imbecilidad, idiocia, debilidad o retraso mentales, oligofrenia o cualquier otro de los desarreglos citados, sea cual sea la terminología científica utilizada. Los especialistas ilustrarán lógicamente también al Juez sobre las consecuencias que esas discapacidades han de tener en la personalidad del examinado, en su capacidad de comprensión, en su autonomía personal, etc. Y, sobre la base de esa información médica, el Juez tendrá que concluir si puede o no considerarse, jurídicamente, que la persona en cuestión padece «deficiencia psíquica grave» en el sentido del art. 156.2 C.P. El hecho mismo de que, como advierte el Juez, la expresión utilizada por dicho art. 156.2 C.P. no sea científicamente correcta, por obsoleta, bien hubiera podido llevarle a esta misma conclusión.

En definitiva, el precepto legal no espera del Juez que éste se limite a comprobar .que la calificación médica de la incapacidad de la afectada por el expediente de jurisdicción voluntaria («retraso mental medio DSM IV») no se corresponde con la literalidad de la expresión «grave deficiencia psíquica» del art. 156 C.P.; por el contrario, el Juez habrá de comprobar que dicha calificación médica encuentra correspondencia con el contenido de ese mismo concepto enunciado, «grave deficiencia psíquica» para lo cual, asesorado por dos especialistas, oído el Ministerio Fiscal y la madre de la incapaz habrá de comprobar si, en atención al mayor interés de la incapacitada, se impone la esterilización como medida más aconsejable para que quien no puede conducirse por sí misma no padezca los efectos de un embarazo que podría afectar seriamente a su estabilidad emocional y personal y, al tiempo, no se vea sometida como contrapartida a prácticas anticonceptivas no menos perturbadoras para esa estabilidad, para que no se produzcan en fin los efectos indeseables referidos en la STC 215/1994.

ACUERDA

En consecuencia, el Pleno del Tribunal acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.