

CONSULTA NUMERO 1/1991, de 31 de enero

ASPECTOS PROCESALES DE LA AUTORIZACION
JUDICIAL NECESARIA PARA LA ESTERILIZACION
DE LOS INCAPACES QUE ADOLEZCAN
DE GRAVES DEFICIENCIAS PSIQUICAS

I

El tema básico que plantea la Consulta se reduce a determinar el cauce procesal que deba seguirse cuando se solicite la autorización judicial necesaria para la esterilización de una persona incapaz que adolezca de graves deficiencias psíquicas. Cuestión que se halla simplemente implícita mas no resuelta en el artículo 428 del Código Penal, y que fue objeto de amplio debate en la muy numerosa y cualificada Junta de la Fiscalía que formula la Consulta. Las actitudes giraron en torno a dos posturas de imposible conciliación, pues mientras unos entendían que el procedimiento más adecuado es el de jurisdicción voluntaria, otros pensaban que tal autorización debe obtenerse a través del juicio declarativo de menor cuantía. A pesar de que una de las soluciones dadas —la del procedimiento de jurisdicción voluntaria— fue patrocinada por una considerable mayoría, se decidió que dada la trascendencia del tema y la necesidad de actuar con una definida y fundamentada unidad de criterio, debía ser sometido a la consideración del Fiscal General del Estado para que lo resolviera en la oportuna consulta.

II

Se exponen ahora, en síntesis, los argumentos empleados para mantener las dos posiciones discrepantes.

1. *Tesis partidaria del procedimiento de jurisdicción voluntaria*

Parte de que es imprescindible la previa declaración judicial de incapacidad, por deficiencias psíquicas graves, de la persona cuya esterilización va a solicitarse. Y el procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria, en particular el de las normas generales contenido en el título 1.º del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1.811-1.824). Resultarán, por tanto, inaplicables los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria relativos a adopción, nombramiento de tutores, curadores, medidas provisionales con relación a las personas, procedimientos testamentarios y otros legalmente previstos, no sólo por no reunir los requisitos de una mínima analogía con el presente, sino por ser esencialmente heterogéneos y dispares con él.

Es de notar, además, que, aunque por su colocación dentro del sistema, el artículo 428 del Código Penal es norma esencialmente sustantiva, contiene como requisitos de no punibilidad elementos normativos integradores de los clásicos procedimientos de jurisdicción voluntaria, como son la ausencia de contradicción obligada, la solicitud del representante legal, el dictamen preceptivo de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz.

Contribuye también al mantenimiento de este punto de vista, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, expresiva de que a los procedimientos de incapacitación y prodigalidad les serán aplicables las normas del juicio declarativo de menor cuantía, pero los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro 1.º del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria.

2. *Tesis que se inclina por el juicio declarativo de menor cuantía*

Discrepa expresamente de los argumentos y conclusiones que señalan al de jurisdicción voluntaria como el proceso más adecuado para la obtención de la autorización judicial encaminada a la esterilización de un incapacitado. Analizado el tema desde la perspectiva global de las normas sustantivas y adjetivas civiles, se concluye que

el juicio de menor cuantía es el cauce procedimental más ajustado para la consecución de la autorización judicial.

Rechaza los dos argumentos esgrimidos de contrario, esto es, el tenor del propio artículo 428 del Código Penal, que contiene como requisitos de no punibilidad, entre otros, la ausencia de contradicción obligada, y la aplicación analógica de las normas generales sobre jurisdicción voluntaria de los artículos 1.811-1.824 de la LEC.

El primero es improsperable, se dice, porque una norma sustantiva penal no puede regular, al no ser éste su objeto, un procedimiento civil, sino que debe ser analizado a los efectos que interesan, conforme a los criterios interpretativos que establece el artículo 3 del Código Civil; y el artículo 428 del Código Penal lo que contiene es una causa de justificación que se fundamenta, no en la ausencia de contradicción, sino en la obtención de una autorización judicial condicionada por ciertos requisitos: petición del representante legal del incapaz, dictamen de los especialistas, intervención del Ministerio Fiscal y exploración del incapaz.

En cuanto al segundo, si se recurre a la aplicación analógica, hay que tener en cuenta el artículo 4 del Código Civil, conforme al cual aquélla sólo procederá cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, y es claro que esta identidad no existe entre una pretensión deducida para conseguir la autorización y unas normas adjetivas. Estas normas, las establecidas en el libro III, título I.º de la LEC no constituyen un cuerpo orgánico, sino una enumeración de principios y criterios legales que tienen un valor supletorio; tal regulación genérica no autoriza a concebir la jurisdicción voluntaria como una actividad abierta a cualquier petición como sistema de «*numerus appertus*», sino que los casos de jurisdicción voluntaria han de venir directamente establecidos por la ley.

Si lo que precede es correcto, deberá acudirse para obtener la autorización judicial a otras pretensiones de verdadera análoga naturaleza, como son las que pretenden las declaraciones de incapacidad y de prodigalidad. De la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se obtiene, que las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, en cuanto limitativas de derechos, han de realizarse en juicio contradictorio, reconduciéndose a la juris-

dicción voluntaria sólo los procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro 1.º del Código Civil declarativos de derechos (constitución de tutela, curatela, defensor judicial o autorizaciones para concluir negocios jurídicos de menores o incapacitados), naturaleza que no concurre en la solicitud del representante legal del incapaz dirigida al Juez para obtener la esterilización, sino que al suponer ésta una lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía, que aparte de ofrecer mayores garantías y protección por cuanto el Ministerio Fiscal actúa en él con mayor protagonismo, está autorizado por la declaración del artículo 484, párrafo cuarto, de la LEC.

III

El verdadero tema de la Consulta es estrictamente una cuestión formal o de procedimiento, que, obviamente, carece de apoyatura expresa en el artículo 428 del Código Penal, al ser su objeto ajeno del todo a la ordenación de los trámites precisos para la autorización, pues se limita a establecer los requisitos para que opere la condición de no penalidad. Más a pesar de los términos en que se desenvuelve la Consulta, parece obligado plantearse cuestiones relacionadas inmediatamente con su específico objeto, algunas aludidas en los textos que se acompañan, como los criterios sobre la intervención del Ministerio Fiscal, su legitimación y contenido del dictamen preceptivo. Al contrario, no formarían parte de esta Consulta, pues desbordarían lo realmente interesado, otras materias de evidente interés para la adecuada interpretación del artículo 428 del Código Penal, como son el contenido del dictamen de los especialistas, la titulación necesaria legitimadora del dictamen, o bien la determinación de los conceptos de incapaz y de deficiencias psíquicas graves. Y ello sin perjuicio de que puedan integrar el contenido de alguna instrucción.

La Consulta, en uno de los informes que la acompañan, se refiere al fundamento de la despenalización operada, lo que puede influir en la solución del problema procesal expuesto y objeto de reflexión constante al no aparecer explicitadas en el texto del artículo 428 del Código Penal las razones de la medida despenalizado-

ra de la esterilización, es decir, en qué condiciones podrá acudirse a la intervención esterilizadora y cuáles deben ser los principios informadores de la autorización judicial y de su procedimiento.

La Fiscalía General del Estado no ha permanecido al margen del problema de las esterilizaciones de los deficientes psíquicos. Bajo la vigencia del texto dado al artículo 428 por la reforma penal de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, se ocupó de él en Consulta 3/1985, de 30 de abril. Aquel artículo consideraba inválido el consentimiento para las esterilizaciones, ya procediera de los incapaces o de sus representantes legales. Precisamente por su contradicción contextual no se aceptó, de modo incondicionado, la propuesta hecha por el Fiscal que consultaba de que fuera siempre relevante tal consentimiento si mediaba autorización judicial en expediente seguido con intervención del Ministerio Fiscal. Aun así en la solución dada por la Fiscalía General del Estado, se entendió que poniendo en relación el artículo 428 con normas del Derecho privado reguladoras de la incapacidad, la prohibición legal no resultaría absoluta, pues al ser la declaración de incapacidad gradual y de extensión variable, aquellas personas incapaces cuyo padecimiento fuera menos intenso tenían la posibilidad de prestar un consentimiento eficaz para la esterilización. Y se apuntaba ya que la eventual autorización limitada debería obtenerse merced a expediente, dándose a entender que sus trámites serían los mismos que los preceptuados para autorizaciones análogas.

El nuevo artículo 428, procedente de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, establece como condición de no punibilidad la autorización judicial y la sujeta al cumplimiento de requisitos sustantivos diversos, todos ineliminables. Así, la autorización judicial no operará de modo automático o por la simple constatación de la incapacidad declarada del deficiente mental y la prestación del consentimiento de su representante legal, pues ello podría dar lugar a disposiciones arbitrarias de terceros sobre bienes jurídicos eminentemente personales del deficiente, con lo que quedaría la autorización judicial a merced de intereses personales, sociales o económicos de parientes o tutores, lo que está en abierta contradicción con los artículos 10 y 15 de la Constitución que protegen la dignidad e integridad física y moral de la persona y prohíben los tratos inhumanos y degradantes. De lo expuesto se desprende que

el consentimiento de terceros es condición necesaria que deberá ser valorada por el Ministerio Fiscal en su informe preceptivo, así como por el Juez antes de autorizar la esterilización, pero no es condición suficiente.

Establecido que en los supuestos de colisión de intereses entre terceros y el incapaz, debe resolverse siempre en base al principio de interés superior del deficiente psíquico, es preciso analizar ya los requisitos formales básicos a que se subordina la medida esterilizadora: procedimiento a seguir e intervención en él del Ministerio Fiscal.

IV

No se acoge la tesis de que la sustanciación de la autorización judicial ha de seguir los trámites del proceso declarativo ordinario de menor cuantía. Partimos de un presupuesto procesal claro: la no acumulabilidad de la declaración judicial de incapacidad y de la autorización judicial legitimadora de las esterilizaciones. Aquella, la declaración de incapacidad, es previa y no simultánea o en el mismo acto procesal, porque la autorización que contempla el artículo 428 lo es para esterilizar personas incapaces ya declaradas, pues no en vano la titularidad para instarla corresponde al representante legal, lo que presupone la previa declaración judicial de incapacidad y la constitución de la tutela.

Pues bien, dado que se trata de procesos independientes, ante la ausencia legal de específicos trámites procesales ordenadores de la autorización con finalidad esterilizadora ¿deberá acudir-se para obtener ésta al proceso de menor cuantía, por presentar la esterilización analogías con la incapacitación, o al procedimiento de jurisdicción voluntaria, al que se sujetan otras autorizaciones judiciales previstas en el ordenamiento jurídico? Como se ha expuesto, el criterio minoritario de la Fiscalía que consulta, argumenta que si el procedimiento de incapacitación se acomoda *ex lege* a las normas del proceso tipo o de menor cuantía (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983) también deberá seguirse éste para las autorizaciones cuyo objeto sea la esterilización, porque es el procedimiento prevenido para cualquier tipo de demanda en que no se disponga otra cosa (artículo 484,4 de la LEC). Pero,

aparte de que en el precepto la expresión demanda se emplea en sentido técnico, lo que no cuadra con las pretensiones o solicitudes de autorización judicial, se olvida que aquella norma debe ponerse en relación con el artículo 481 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil declarativo de que «toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en esta Ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda». Y no ofrece dudas que en el proceso previsible en el artículo 428 del Código Penal, se presume la concurrencia de intereses entre representante y representado, y no situaciones contrapuestas, ya que lo pretendido es el cumplimiento de un requisito sustancial que se hace efectivo a través de la autorización; al no ser válido el consentimiento del representante legal, la pretensión se dirige al Juez a fin de integrar un elemento de la no punibilidad, cual es la autorización supletoria del consentimiento. No existe, pues, verdadera contienda entre partes determinadas como exige el proceso declarativo de menor cuantía; se solicita, sí, una actuación procesal típica, pero no para resolver un conflicto con intereses contrapuestos, sino para que se adopte una decisión propia en la que se pondere si la esterilización pretendida es beneficiosa o no para los intereses personales del incapacitado recayentes sobre la vida, salud y bienestar físico, mental y social.

Esta falta de verdadera contradicción entre partes procesales nos conduce a la vía procesal de la jurisdicción voluntaria. Aunque el inciso segundo de la disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 remite a la jurisdicción voluntaria únicamente los procedimientos derivados de las figuras jurídicas tratadas en los títulos IX y X del libro 1.º del Código Civil (incapacitación, tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados), es lo cierto que más analogías median entre el contenido de las autorizaciones allí previstas y el de la autorización para esterilizar al incapacitado, que entre la esterilización y la incapacitación, por lo que los procesos con estos últimos fines no deben ser los mismos. Sin que tampoco parezca viable la idea de que las declaraciones perseguidas en los procesos de jurisdicción voluntaria se limiten a los actos estrictamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir a aquéllos que se hallen directamente regulados en el Libro III de la Ley procesal. Si en la Ley de Enjuiciamiento Civil existe una relación pormenorizada de los actos de jurisdicción voluntaria, no es

exhaustiva o sujeta al «*numerus clausus*». Ello se desprende de la generalidad de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1811-1824), y del hecho de que hay supuestos necesitados de autorización en el Código Civil y no mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cuya consecución es preceptivo el cauce de la jurisdicción voluntaria. En tal sentido, la disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 expresa que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.

En definitiva, si por disposición legal la jurisdicción voluntaria es el campo procesal adecuado para el desenvolvimiento de las autorizaciones relacionadas con la incapacitación, tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 en relación con los artículos 211, 271, 272, 273 y 290 del Código Civil) o con la filiación y patria potestad (disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 y artículos 125 y 166 del Código Civil), no debe separarse de tal procedimiento la autorización judicial para obtener la esterilización de una persona incapacitada por graves deficiencias psíquicas.

Otro argumento esgrimido en apoyo de que la autorización judicial para las esterilizaciones debe sustanciarse por el juicio de menor cuantía, es que éste ofrece mayores garantías y protección, por cuanto en él el Ministerio Fiscal actúa con mayor protagonismo. La objeción decae si tomamos nota de lo que sigue. En el proceso de jurisdicción voluntaria no existen garantías de menor entidad. Son, en todo caso, paralelas a las del proceso declarativo ordinario tipo. Los principios de prohibición de indefensión y de audiencia no están proscritos en el libro III de la LEC. Y también la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución, amparadora de todo proceso, se muestra patente en los de 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). Interviene el Ministerio Fiscal, órgano siempre en vanguardia cuando se trate de defender la estricta legalidad, emitiendo informe escrito tras examinar las actuaciones si en el expediente están interesadas personas cuya protección y defensa le está encomendada expediente que pretenda la autorización prevenida en el artículo 428 del Código Penal, es de destacar el *plus* de garantías que suponen el informe de dos especialistas y el examen personal del incapaz por el Juez.

Por último, indicar que en tanto en los procesos de jurisdicción voluntaria, el Juez puede discrepar de lo interesado por quienes intervienen, en el juicio de menor cuantía no habiendo oposición, el Juez queda vinculado (artículos 691-692 de la LEC).

Tampoco en estos procesos los medios de impugnación se apartan de los previstos en los procesos ordinarios. Se admite el recurso de apelación, a sustanciar por el trámite de los incidentes (artículo 1.821 en relación con los artículos 887-901, todos de la LEC), que lo será en efecto suspensivo si procede del promotor del expediente (artículo 1.819 de la LEC), y en un sólo efecto si lo interpusieren otros intervinientes (artículo 1.820 de la LEC). De igual modo las resoluciones que dictaren las Audiencias tienen acceso a la casación (artículos 1.822 y 1.687, 5 de la LEC) siempre que —como ocurre en los procesos contenciosos— tengan el carácter de definitivas (artículo 1.687, 1 de la LEC) por poner término al proceso (artículo 1.689 de la LEC). Por último, indicar que si a la solicitud promovida se hiciera oposición por quienes tengan interés, el expediente se hará contencioso y se sujetará, desde que se dicte el auto declarándolo, a los trámites establecidos para el juicio que corresponda (artículo 1817 de la LEC).

V

El Ministerio 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 428 del Código Penal la única persona legitimada es el representante legal del incapaz.

Pero el Ministerio Fiscal sí interviene en el proceso una vez iniciado éste, tanto por la declaración general contenida en el artículo 1.815 de la L.E.C. como porque en el artículo 428 del Código Penal es presupuesto necesario para la autorización su informe.

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