



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Consultas

### DOCUMENTO ANALIZADO

**Consulta 3/1985, de 30 de abril, en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el consentimiento justificante previsto en el artículo 428, párrafo segundo, del código penal**

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

artículo 428 del Código Penal 1973

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (modifica el art. 428 CP, texto refundido de 1973).

LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (regula la cuestión en su art. 156).

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 (modifica la redacción del citado art. 156 e introduce normas procesales en su disposición adicional primera).

### AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

STC 215/1994, de 14 de julio (constitucionalidad del art 428 CP texto refundido de 1973, en redacción dada por la LO 3/1989)

ATC 261/1998, de 24 de noviembre (constitucionalidad del art. 156 CP del CP vigente)

### AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre aplicación de la reforma de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Consulta nº 1/1991, de 31 de enero, sobre los aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas

## EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Consulta aborda la cuestión de la posibilidad (con la redacción del art. 428 CP, texto refundido de 1973, anterior a la modificación operada por LO 3/1989) de solicitar una autorización judicial en los casos de esterilización contraceptiva de personas con capacidad de obrar modificada que afecte al consentimiento informado. Sus conclusiones determinan que “el Juez no puede autorizar un acto contra la ley”.

La modificación posterior, operada por LO 3/1989, en el CP texto refundido de 1973 dio lugar al cambio de concepción en lo concerniente a la citada intervención sanitaria, permitiéndola mediante autorización judicial a solicitud del legal representante y cumplimiento de los trámites procesales indicados en dicho precepto. El art. 156 CP vigente, con algunas modificaciones acentuadas por la reforma de la LO 1/2015, ha mantenido su consideración como acto autorizable.

La doctrina del TC ha sostenido la constitucionalidad de las normas precitadas

**FICHA ELABORADA POR: Unidad de Apoyo. Fiscalía General del Estado.**

---

## TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

### DOCUMENTO ANALIZADO

#### **CONSULTA NUM. 3/1985, DE 30 DE ABRIL, SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS OLIGOFRENICOS PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE PREVISTO EN EL ARTICULO 428, PARRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL.**

Determinadas conductas comprendidas en el artículo 428 del Código Penal (trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) realizadas por facultativo con el consentimiento libre y expreso emitido por el titular del bien jurídico, carecen de significación penal, bien porque sean excluyentes de la tipicidad o, más propiamente, porque la acción constitutiva resulte justificada. Pero no a todas las personas se les atribuye esa particular facultad de disposición sobre la propia salud o la integridad física, ya que del artículo 428 se desprende que los menores e incapaces no pueden prestar un consentimiento eficaz para legitimar la conducta de quienes materialmente lleva a cabo el acto lesivo, y no pudiendo tampoco ser suplido el consentimiento por el de sus representantes legales.

Así, pues, la legalidad actual en la materia puede sintetizarse del siguiente modo: el consentimiento prestado por las personas con plena capacidad tiene eficacia justificante en los límites del artículo 428, párrafo segundo, pero el consentimiento que provenga de los menores, incapaces o de sus representantes legales no otorga un derecho para realizar las conductas allí descritas.

La Consulta sometida a la consideración de esta Fiscalía se desenvuelve precisamente sobre el tema antes planteado, y, más concretamente, en la esfera del consentimiento de los incapaces, y se construye sobre la afirmación de que en el artículo 428, párrafo segundo, se han reunido actividades (trasplante de órganos,

esterilizaciones, cirugía transexual) y sujetos (menores e incapaces) claramente diferenciables y no susceptibles de homologación, porque la situación para los incapaces es al menos de cierta permanencia cuando no de irreversibilidad, en tanto que para los menores se caracteriza por su temporalidad, en cuanto podrán ejercitar la facultad de disposición al alcanzar la mayoría de edad. Sobre estos presupuestos generales el contenido de la Consulta se contrae a razonar si será posible practicar esterilizaciones justificadas legalmente a los incapaces, y, más en particular, si cabe hacer ligaduras de trompas a mujeres oligofrénicas. Si llega a conclusiones positivas tras rechazar la interpretación literal del artículo 428, párrafo segundo, al tiempo que se acepta otra interpretación que llama alternativa y que especificaba así: existe una laguna legal en aquella norma, porque si, efectivamente, el legislador no ha autorizado estas operaciones para los incapaces, tampoco existe una prohibición absoluta, puesto que se limita a invalidar el consentimiento de los representantes legales, y lo que la norma realmente quiere es que se ejerza un control superior al que supone la simple autorización de los representantes legales del incapaz, control superior que inevitablemente debe llevar a la validez de las esterilizaciones siempre que medie autorización judicial: esta autorización se obtendrá a través de un expediente en el que el incapaz será reconocido médicamente interviniendo el Ministerio Fiscal en su representación. En resumen, la Consulta concluye así: cabe la esterilización de incapaces realizada por facultativos una vez que la misma haya sido aprobada por el Juez de Primera Instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entienda existe justificación suficiente para la misma.

Una general disposición sobre el cuerpo en cuanto soporte o substratum de la persona, es imposible e ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Pero una cierta disponibilidad de la integridad física mediando un consentimiento personal, verdadero y válido, tiene eficacia justificante en el orden penal siempre que se desenvuelva en los límites que marca el artículo 428 del Código. Si junto al presupuesto objetivo ha de concurrir el elemento voluntad, aun partiendo de la abstracta licitud del objeto y de la causa de la disposición corporal, es indispensable una manifestación de voluntad emitida expresamente con tal finalidad. Es el tema del consentimiento, requisito que legitima la eficacia del acto de disposición. Aquí debe analizarse tan sólo en su proyección penal, y, en particular, cuándo el consentimiento del titular excluye la presunta antijuricidad del acto (*volenti non fit injuria*). Más en concreto, ¿qué características habrá de reunir el consentimiento legitimador del trasplante de órganos, la esterilización o la cirugía transexual?

Ámbito. El ámbito del consentimiento, como acto de permitir o autorizar, no puede exceder de los supuestos enumerados en el artículo 428, si bien alcanzará a los actos accesorios o que constituyan una consecuencia natural de aquéllos.

Forma. ¿Cómo ha de exteriorizarse el consentimiento? No basta cualquier comportamiento porque en el campo de las declaraciones una cierta forma extrínseca es necesaria para su eficacia: pero si el consentimiento se refiere a órganos regenerables o que sólo limiten temporalmente la integridad física, los requisitos formales lógicamente deben ser menores. Como el artículo 428 exige un consentimiento expreso, es rechazable en todo caso la suficiencia de un consentimiento presunto. De igual modo será ineficaz un consentimiento implícito derivado de hechos concluyentes del que dispone, ni basta con que su actitud revele que soporta y no prohíbe el acto de disposición. Tampoco serán hábiles comportamientos que justifiquen un conducta inequívoca de

asentimiento, ni es presumible que, causa cognita, con el silencio se quiso dar una conformidad.

El consentimiento formalmente válido es el expreso, y se produce cuando de manera clara, terminante y explícita se hace constar la voluntad de disposición. No obstante para los objetos corporales fungibles podrá ser eficaz el consentimiento expresado verbalmente; para los demás casos el consentimiento expreso deberá adoptar forma documental indubitada. Por lo demás, en cuanto el consentimiento forma parte de un negocio jurídico recepticio la voluntad del titular ha de ser comunicada a su destinatario.

Capacidad y legitimación. El consentimiento sólo debe aparecer como relevante para legitimar el acto de disposición cuando proceda de una persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad; por supuesto que a este dato cronológico ha de ir unida la plenitud de las facultades mentales, no ostentando tal condición quienes estén desprovistos de una inteligencia y voluntad perfectas. Es, pues, patente la inhabilidad para prestar consentimiento de quienes estén declarados judicialmente incapaces, de un modo absoluto.

La prestación del consentimiento es un acto personalísimo. Sólo tiene aptitud para la validez de la disposición el consentimiento que proceda inmediata y directamente del titular. Es ineficaz el prestado a través de representación legal voluntaria, no siendo posible en ningún caso la sustitución del titular de la facultad de disposición para la emisión del consentimiento. Toda actividad de sustitución de interposición se reputará inexistente. Tampoco la facultad de consentir puede delegarse en un tercero.

Tiempo. En pura técnica jurídica, sólo el consentimiento previo constituye una verdadera autorización, siendo su nota más característica la revocabilidad; asimismo es imaginable un consentimiento coetáneo a la intervención. Si el disponente manifiesta su voluntad asintiendo después de que la operación se haya concluido, el acto se configura como aprobación, hipótesis en la que en realidad ni se ha consentido ni se ha autorizado, sino que únicamente se confirma o aprueba el acto médico ya consumado. El consentimiento a posteriori debe ser considerado ineficaz, inexistente a efectos justificantes.

Modalidades. Es posible la revocabilidad del consentimiento emitido ante tempus; se puede desistir libremente del propósito inicial de autorizar el acto, ya que la facultad de disposición, en cuanto unilateral y personalísima, es revocable antes de su consumación, esto es hasta el momento de la intervención quirúrgica. En las intervenciones que se compongan de dos actos distintos (trasplantes, por ejemplo) no sería válida una presunta revocación posterior a la extracción y anterior a la implantación del órgano o tejido destinado a injerto o trasplante.

Formación. La disposición, independientemente de ser un acto voluntario, requiere un consentimiento libre, con consciencia del significado y del valor del acto que se realiza. Una correcta formación de la voluntad es esencial. Por ello el disponente ha de estar informado con precisión y detalle no sólo de los riesgos que puede entrañar la intervención sino también de sus consecuencias y de las complicaciones que pudieran originarse. Sólo es consentimiento válido aquel que esté exento de vicios típicos invalidatorios. La contribución a que la voluntad de asentir se forme por cualquier motivo erróneamente, en cuanto vicio del consentimiento con virtualidad jurídica, será el acto generador de responsabilidad. Igual cabe decir para los casos en que en la

obtención del consentimiento haya mediado dolo, intimidación o violencia. El artículo 428 se refiere en dos momentos al requisito aquí contemplado; en una ocasión para expresar que sólo exime de responsabilidad penal el consentimiento libre, y en otra que no es justificante el consentimiento obtenido viciadamente.

Causa. El consentimiento sólo debe tener por causa la gratuidad; luego si se ha manifestado para integrarse en un acto de disposición onerosa no será eficaz; así lo reconoce el artículo 428 al disponer que no es válido el obtenido mediante precio o recompensa.

En su literalidad estricta, el hecho típico en la formulación descriptivo-valorativa del artículo 428, párrafo segundo, ofrece un contenido preciso y claro. En él, frente a los componentes positivos del consentimiento justificante que impiden el nacimiento del tipo de injusto, aparece delimitada la esfera del injusto penalmente relevante cuando el consentimiento se haya obtenido viciadamente o cuando, en un plano jurídico, deba reputarse inexistente (consentimiento emitido por menores, incapaces o sus representantes). Se sigue así en la norma una sistematización formal de los presupuestos de eficacia del consentimiento según una línea de coherencia lógica y gramatical que distingue entre quienes tengan o no capacidad de disposición de bienes jurídicos: irrelevancia de la voluntad privada que emane de los menores o incapaces directamente o por representación, y mantenimiento de los poderes de disposición del titular de valores o intereses con plenitud de facultades.

La letra de la ley es obviada en la Consulta. Su línea argumental, en breve síntesis, es que aunque el artículo 428 niega eficacia al consentimiento de los incapaces o de sus representantes legales, las esterilizaciones de aquéllos son posibles jurídicamente si ha mediado autorización judicial. Esta conclusión supone una modificación total del texto, pues se contrapone claramente a su tenor literal, por lo que ni siquiera permite calificar a la que denomina interpretación alternativa del artículo 428, de interpretación evolutiva -aquella que valora las modificaciones que se producen en el mundo real- sino más bien de interpretación dirigida a la nivelación o igualdad efectiva de conductas para garantizar un resultado, más que jurídico, sociológico. Presupuesto previo de esta interpretación es afirmar que existe una laguna jurídica. Las lagunas jurídicas, ciertamente, dan lugar a la investigación correctora de las normas insuficientes o defectuosas (por expresión incompleta o por inadecuación a las exigencias sociales) y suponen falta de ley a aplicar, silencio o vacío normativo en un punto concreto, pero tal inexistencia debe obedecer a imprevisibilidad no voluntaria del legislador o a situaciones surgidas con posterioridad *ex novo*. Sin embargo, el hecho de que no estén en la órbita de los hechos penales impeditivos del artículo 428 las intervenciones médicas que en el mismo se contemplan cuando se trate de menores o incapaces, no significa que estemos en presencia de una laguna legal, sino ante distintos criterios valorativos del consentimiento según sea la condición del titular del bien jurídico.

Contribuye más a la seguridad jurídica la interpretación que extraiga el verdadero sentido y alcance de la norma, guardando fidelidad a su texto expreso, que no sólo es punto de partida de la investigación sino que normalmente basta, además, para resolver los problemas planteados. Conforme al elemento literal deberá respetarse el significado de las palabras, la conexión entre ellas y las reglas gramaticales contenidas en la norma a analizar. De ahí que el artículo 3, 1, del Código Civil dé primacía en la labor interpretativa al sentido propio de las palabras que constituyan la norma jurídica.

De modo que valorando exclusivamente el artículo 428 debe concluirse que los absolutamente incapaces se hayan inhabilitados para prestar el consentimiento justificante. Esta afirmación debe permanecer ante los argumentos empleados en la Consulta: uno es que tal consentimiento puede ser suplido por la autorización judicial, y otro -este todavía no de lege data- que si el embarazo procedente del delito de violación consumado con una oligofrénica puede interrumpirse sin generar consecuencias penales mediando el consentimiento de la mujer, con mayor razón deberán estar en el área de los actos justificados las meras esterilizaciones de oligofrénicas.

El Juez no puede autorizar un acto contra la ley, como sería el de la esterilización de una mujer oligofrénica. Es cierto que en algunos casos -normalmente de carácter patrimonial y a modo de complemento de capacidad- si media autorización judicial el acto que no pueden realizar por sí solos los titulares de la patria potestad (artículo 166 del Código Civil) o de la tutela (artículos 271-272 del Código Civil) es perfectamente válido. Pero si esa autorización debe estar prevista en la Ley como posible, es lo cierto que en el artículo 428 del Código Penal el consentimiento ineficaz de los incapaces no es sustituible por la autorización judicial supletoria. Por lo demás, también la estructura del acto jurídico en los supuestos referidos es distinta; en un caso (artículos 166 y 271-272 del Código Civil) se establece que el acto de disposición de los representantes legales del menor o incapaz sobre bienes de éstos podrá concluirse previa autorización judicial; en otro (artículo 428 del Código Penal) se niega que el representante legal del menor o incapaz pueda realizar ciertos actos de disposición sobre su integridad física, y esta falta de autorización legal no pueda suplirla el Juez, por cuanto la ley no delegó en él a estos efectos.

Resuelto por el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica que introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis, en el sentido de considerar ajustada a la Constitución la no punición del aborto voluntario de la mujer embarazada a causa de una violación, con el solo requisito de haberse denunciado aquélla previamente, y aunque todavía no haya entrado en vigor aquella Ley, pendiente de acomodación a los requisitos garantizadores exigidos por el Tribunal Constitucional para los restantes supuestos en ella contemplados, no es ocioso hacer mención a la supuesta diferencia de eficacia del consentimiento de la mujer en el artículo 417 bis y el 428.

En principio y de la decisión del Tribunal Constitucional resulta que seguirá siendo siempre esencial el consentimiento de la mujer, que es a quien literalmente se refieren los actuales preceptos del Proyecto y es obvio que ese consentimiento debe reunir las condiciones generales exigidas para su validez, con lo que la cuestión de si una incapaz puede consentir en su aborto queda en pie. Sin embargo, cabría que la Ley reformada hiciera referencia a la relevancia de la voluntad privada emanada de mujeres incapaces o de sus representantes legales, admitiendo que el consentimiento de éstos abarca los poderes de disposición necesarios para hacer decaer la antijuricidad del aborto practicado en mujer, incapacitada víctima de una violación, con lo que efectivamente, como se argumenta en la Consulta, el tratamiento jurídico-penal del aborto y de la esterilización en las oligofrénicas profundas sería distinto; pero aún así, ello vendría justificado por la diferencia existente entre las respectivas normas reguladoras (artículos 417 bis y 427) y los presupuestos de hecho condicionantes. Las estrictas normas que declaran la invalidez del consentimiento para la esterilización de incapaces manifestado

por éstos por sus representantes legales presentan una estructura distinta a las que, eventualmente, han de regular el aborto justificado; además, en este caso el acto inicial determinante, o no ha sido querido en absoluto (artículo 429, 1.º del Código Penal) o procede de una voluntad incapaz de consentir (artículo 429, 2.º del Código Penal), por lo que siempre estaremos ante una víctima, sujeto pasivo u ofendido por el delito. Por ello cabría admitir la eficacia del consentimiento del representante para lograr la impunidad del aborto al que ha precedido un embarazo derivado de violación. En el supuesto del artículo 428 quien consiente lo hace necesariamente ex ante y está en situación objetiva de autor al disponer de la propia salud, y la ley entiende que el consentimiento es acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal, sea el Juez.

Sin embargo, el artículo 428 no se agota en la interpretación que pueda extraerse del elemento gramatical, sino que deberá ponerse en relación con las normas que, en el campo del Derecho Privado, regulan la incapacitación por enfermedad deficiencia mental. De esta manera podremos asignar un contenido más exacto a la expresión incapaces que emplea el artículo 428, matizando si todos los declarados incapaces o sólo algunos de ellos están impedidos de prestar consentimiento válido para los actos dispositivos que forman su objeto. De entre las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico hábiles para declarar incapaz a quienes las padece que prevé el Código Civil en su artículo 200, aquí interesan por integrarse en el núcleo de la Consulta, las que tienen su causa en la propia personalidad anormal del sujeto, y, más en particular, las oligofrenias, deficiencia mental que como es notorio es variable presentante diversos grados (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), y en las que más importante quizá que el puro diagnóstico psiquiátrico es la intensidad del trastorno y sus repercusiones en la conducta, pues estos datos van a influir en la extensión y límites de la declaración judicial de incapacidad.

Aún cuando el artículo 428 menciona a los incapaces sin más precisiones, directamente contempla sólo a las personas que ya han sido objeto de una declaración judicial (incapacitados); ello es así porque antes de iniciarse el proceso de incapacitación de un mayor de edad no existe re-presentación legal estricta, y en el artículo 428 se menciona -aunque sea para excluir la eficacia de su consentimiento- a los representantes legales. Mas esto no significa que los incapaces de hecho frente al artículo 428 se hallen en situación privilegiada respecto a los incapaces declarados tengan o no aquellos guardador de hecho, de un lado, porque el consentimiento justificante sólo es el libre, cualidad que no puede predicarse del consentimiento viciado, propio éste de quienes se hallan afectados de deficiencias mentales y de otro, porque sí el consentimiento del representante legal no se proyecta eficazmente sobre el artículo 428, tampoco lo será el de la persona que haya asumido por sí (guardador de hecho) los quehaceres propios de un tutor encargándose del cuidado de la persona declarada presuntamente incapaz.

Que tras la última reforma del Código Civil (Ley de 24 de octubre de 1983) la condición de incapacitado o incapaz declarado no es por sí sola obstativa a la eficacia del consentimiento, pues junto a la declaración de incapacidad de carácter absoluto se halla la incapacidad gradual con extensión variable, por lo que es posible que sólo algunos de los actos realizados por el incapaz estén en el radio propio de la incapacidad. A ella se refiere el artículo 210 al expresar que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, previniendo también el artículo 212 que, tras la incapacitación, si sobrevienen nuevas

circunstancias puede instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida; situaciones que no resultarán excepcionales en la época actual para algunas enfermedades mentales dada la introducción con éxito en la clínica psiquiátrica para combatirlos de métodos biológicos de choque y sobre todo de psicofármacos.

La declaración de efectos limitados estará en función de las enfermedades que determina la incapacitación y dentro de ellas es obvio que no todas tienen la misma intensidad. Centrándonos otra vez en el caso concreto de la Consulta, es de notar que en ella no se especifican algunas circunstancias que pueden ser decisivas. La fundamental es que desconocemos si ha mediado ya declaración judicial de incapacitación y en caso positivo cuales han sido los términos de ésta. Tan solo consta que se trata de una mujer -presumiblemente mayor de edad- afectada de oligofrenia. Mas la oligofrenia es un concepto genérico susceptible de muy diversos grados y no todos inciden de igual manera en la expresión de un consentimiento que puede ser libre o viciado.

En conclusión, puede afirmarse:

Que si bien la ineficacia del consentimiento justificante, emitido directamente o por representante legal, solo está prevista de modo explícito en el artículo 428 para los declarados judicialmente incapaces, también alcanzará al que puedan expresar los incapaces presuntos por sí -ya que indudablemente estará afectado por vicios invalidatorios a través de su guardador de hecho, debiendo en estos casos el Ministerio Fiscal promover la incapacitación y en cualquier caso asumir su representación y defensa en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento (artículo 299 bis) momento a partir del cual la tutela quedará constituida (artículo 288).

Que la oligofrenia puede ser claramente causa de declaración de incapacidad al haberse derogado el apartado segundo del artículo 32 del Código Civil y ser sustituidas las expresiones del anterior artículo 200 (locos o dementes) por otras flexibles (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico), debiendo la resolución judicial establecer, según el grado de inteligencia del enfermo, la debida congruencia entre la amplitud de la oligofrenia y la limitación de la capacidad de obrar, de modo que ante una oligofrenia leve el radio de la incapacidad será limitado. En definitiva, la sentencia será el título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá de estarse para precisar si la enfermedad o deficiencia psíquica está o no en la prohibición del artículo 428 del Código Penal.

Madrid, 30 de abril de 1985.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

