

LUIS ARROYO ZAPATERO

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha.

Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*

(*) Constituye el texto ampliado de la Ponencia presentada en el III Congreso Estatal de Planificación Familiar, Valladolid 14-16 de mayo de 1987.

El problema que se plantea es, por una parte, el de si los menores de edad pueden por sí mismos solicitar y consentir las prestaciones que ofrecen los Centros de planificación familiar y otras instancias sanitarias, o si se requiere, por el contrario, la autorización o consentimiento de los titulares de la patria potestad o en su caso del representante legal, y, por otra, si, con relación a la esterilización, puede ésta practicarse sobre incapaces cuando resulte medicamente indicada.

La razón del interrogante estriba en que los menores no emancipados requieren en general para realizar actos de relevancia jurídica el consentimiento de quien ostente la patria potestad, pues es éste quien por disposición de la Ley tiene la representación legal (art. 162, primer inciso, Código civil). A su vez el art. 1.263 del mismo Código establece que los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento en los contratos, para lo que carecen de capacidad jurídica, siendo éstos, de celebrarse, nulos. Sin embargo, ambos principios generales encuentran su excepción en los propios textos citados. Así, el art. 162 del C. civil hace excepción de la necesidad de representación legal, es decir, de autorización o consentimiento paterno, "los actos (de los menores) relativos a los derechos de la personalidad u otros que el

hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. “A su vez, el art. 1.264 del C. civil declara que la incapacidad de los menores para prestar consentimiento en los contratos establecida en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina”, y, en todo caso, si el menor prestare su consentimiento en un contrato los padres solamente podrán ejercitar acción de nulidad del mismo (art. 1.302 C.c.) conforme al principio de que la impugnación lo sea “en favor o beneficio” del menor (art. 154,II C.c.).

Las prestaciones de los centros de planificación relevantes para lo que nos ocupa pueden sintetizarse en tres grupos: a) información en materia de sexualidad y anticoncepción y suministro de medios anticonceptivos; b) práctica de la interrupción voluntaria del embarazo; y esterilización. Desde el punto de vista del menor estas tres prestaciones constituyen actos de disposición sobre el propio cuerpo orientados a la tutela de la salud, bien para la prevención de embarazos no deseados, bien para la interrupción de un embarazo indicado conforme a los criterios establecidos por la ley, y que constituyen actos personalísimos, contenido específico de los derechos de la personalidad, para cuya actuación el art. 162 del C.c. autoriza a los menores a obrar por sí mismos, salvo concreta prohibición legal y de acuerdo con sus condiciones de madurez. Desde el punto de vista de la relación entre el menor y los que realizan la prestación médica ésta se configura como una relación obligacional de prestación de servicios, en este caso de atención médica.

Si a las prestaciones mencionadas se aplican los

principios civiles que se han referido debe concluirse que los menores pueden solicitarlas y consentir en ellas por sí mismos, es decir, sin necesidad de consentimiento o autorización de padres o tutores, salvo que la ley lo prohibiere expresamente (1). Y en este punto la única prohibición legal existente es la relativa a las esterilizaciones. En lo que sigue se analizan las particularidades de cada tipo de prestación:

1.— En relación a las prestaciones relativas a la *información en materia de sexualidad y anticoncepción* y al *suministro de medios anticonceptivos* es de aplicación sin restricción alguna el principio de plena capacidad jurídica de los menores para solicitar y consentirlo, si tuvieren suficiente juicio y madurez para ello. La valoración del grado de juicio y madurez corresponde al médico en virtud de su derecho y deber de ejercicio profesional y en su modulación debe atenderse al sentido y finalidad de la prestación que en este caso es precisamente el de evitar embarazos no deseados en la adolescencia, por lo que la prestación resulta indicada en cuanto el menor se encuentra en la edad fisiológica que da ocasión al riesgo de embarazo.

2.— En relación a la práctica de la *interrupción del*

(1) El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de abril de 1985 reconoce expresamente la eficacia del consentimiento de la menor en el aborto al manifestar en su FJ 14 que “en cuanto a las formas de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo...”, regulación que, por no venir expresamente contenida en las normas legales ha de obtenerse precisamente por vía hermenéutica, a partir de los principios generales del ordenamiento.

embarazo la solución es la misma que en el caso de la anterior, si bien con modulaciones que derivan de la regulación legal de la materia y del hecho de que alguna de las indicaciones son de carácter esencialmente curativo y no meramente preventivo.

Así, en primer lugar, la interrupción del embarazo solamente resulta autorizada hoy en los supuestos contemplados en el art. 417 bis de Código penal, conocidos como indicaciones terapéutica, ética y eugénica y se requiere en todo caso el consentimiento de la mujer. Fuera de tales indicaciones o, incluso dentro de ellas, sin el consentimiento de la mujer la práctica del aborto da lugar a responsabilidad penal (art. 411 C.p.). La mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, puede solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores, en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tiene madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo. El consentimiento de la “menor capaz” (suficientemente madura) es determinante frente a la voluntad de los padres. El médico sólo deberá poner en conocimiento de los padres la solicitud de aborto de la menor si así resultare indicado para su mejor atención médica y a ello no se opusiere la menor, pues de otro modo el médico incurriría en ruptura del obligado vínculo de confianza y secreto profesional.

Si el aborto resulta indicado para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la menor y ésta no consiente en el mismo nos encontramos ante lo que se denomina una decisión errónea de la menor. En tal

caso de conflicto debe admitirse la prevalencia de la voluntad de los padres si estos autorizan el aborto, por tratarse de una intervención curativa, imprescindible para la salvaguardia de los bienes fundamentales de la menor. En tal caso el médico debe requerir la autorización de los padres o tutores y, en el supuesto de no poder acceder a ellos o si niegan el consentimiento, el médico puede resolver por sí mismo conforme a la *lex artis*, amparado por las circunstancias de estado de necesidad justificante y de cumplimiento de un deber (art. 8, 7º y 11º C.p.). La abstención en tales casos por parte del médico, en tanto que se encuentra en posición y deber de garante de la vida y la salud de su paciente, puede dar lugar, cuando menos, al delito de omisión de socorro (art. 489 bis C.p.). La prevalencia en estos supuestos de la voluntad de los padres o, en su caso, del médico, se corresponde además con el principio de proscripción a los menores de autonomía para consentir en lesiones o modificaciones definitivas o irreversibles de su integridad corporal, al que se hace referencia al analizar los problemas de la esterilización.

Si el juicio médico sobre la menor concluye con una valoración negativa sobre la suficiente madurez de la misma (“menor incapaz”), su hipotético consentimiento será inválido e ineficaz y será indispensable la autorización de los titulares de la patria potestad o del tutor. Deben admitirse sin embargo dos excepciones a la necesidad de tal consentimiento: En primer lugar, en caso de abuso de derecho por parte de padres o tutores, constituyendo tal los supuestos en los que aquéllos denieguen la autorización y el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para

la vida o salud de la menor, lo que se ampara en igual fundamento al referido supra y con iguales consecuencias. En segundo lugar la eficacia del consentimiento de padres o tutores se excluye cuando la menor incapaz manifiesta su voluntad "natural" de continuar el embarazo y no se encuentra en el supuesto de la indicación terapéutica en sentido estricto; en este caso corresponde a la menor una suerte de veto frente a la voluntad de los padres favorable a la interrupción del embarazo.

A los resultados expuestos se llega como derivación de los principios generales de la legislación civil que inspiran la generalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural, mientras las leyes no dispongan cosa distinta en esta materia concreta. Esta es el caso de la República Federal Alemana (2). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en sentencias del 2-7-1979 (*Bellotti v. Baird*) y de 15-6-1983 (*Planned Parenthood Association v. Aschcroft*) y 15-6-1983 (*City of Akron v. Akron Center for Reproductive Choice*) (3). De igual modo la justicia británica en sentencia de la Cámara de los Lores de 17-10-1985 en el caso Gillick (4). Otros países siguen una normativa diferente, precisamente porque leyes específicas así lo han dispuesto. Este es el caso de Francia e Italia. En el primero de los países la Ley de interrupción voluntaria del embarazo de 1975

(2) V. Hirsch y Weibaver, *Rechtliche Probleme des Schwangerschaftsabbruchs*, Erlangen, 1977.

(3) V. en "Europäische Grundrechte Zeitschrift", 1983, pp. 561 ss.

(4) V. "British Journal of Family Planning", 1987, pp. 134 ss. y 148 y s.

dispuso expresamente que, salvo casos de urgencia médica, cuando la demandante del aborto fuere menor y soltera se requiere el consentimiento de una de las personas que ejercen la patria potestad o del representante legal, para añadir en su reforma de 1979 que tal consentimiento debe ser acompañado por el de la menor embarazada, que debe haber sido prestado fuera de la presencia de los padres o del representante legal (art. L. 162-7), a cuyos efectos debe tenerse en cuenta que la mencionada ley establece un sistema de plazos, el más amplio sistema despenalizador de los existentes, con plena libertad de decisión de la mujer (5). Italia, por su parte, se ha dotado de una regulación específica en el art. 12 de la Ley de tutela de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo de 1978, en el que se establece que —salvo caso de peligro grave para la vida o la salud de la menor, en el que el médico puede resolver por sí mismo— si los padres o tutores niegan su consentimiento o el médico, en atención a las circunstancias de la menor, estima que existen motivos que desaconsejan la consulta a los padres o ésta no resulta posible, remitirá la solicitud de la menor al juez, para que éste, tras oír y considerar su voluntad y razones que aduce, resuelva acerca de si autoriza a la mujer a decidir sobre la interrupción del embarazo (6). Estas particularidades, que suponen derogación de los efectos de los principios generales del derecho común, en-

(5) V. Roujou de Bouvée, *L'interruption volontaire de la grossesse*, Toulouse, 1975.

(6) V. D'Alessio, *Aborto delle minori tra irrilevanza e sollecitazioni agli operatori del settore*, en "Giustizia Costituzionale", 1981, pp. 949 ss.

cuentran explicación tanto en el diferente grado de despenalización como en lo particularmente conflictiva que es la materia objeto de regulación, y en la que se expresan tensiones y compromisos propios de la función de mediación social que también corresponde al Derecho.

3.— Bien distinta es la solución respecto de la práctica de la *esterilización*. El principio de libre disposición acerca de los actos personalísimos, como se indicó, encuentra sus límites en la disposición legal en contrario y esto es lo que acontece en materia de esterilización voluntaria. La reforma del Código penal de 1983, con la nueva redacción del art. 428 vino a autorizar la esterilización voluntaria —castigada hasta entonces con la pena del homicidio— junto con la cesión de órganos en vida y la cirugía transexual. El citado artículo autoriza la esterilización y demás prácticas mencionadas realizadas por facultativo si el interesado prestare su consentimiento libre y expresamente, pero, a su vez, excluye de la autorización, manteniendo el castigo penal, a las mencionadas prácticas cuando quien consintiere “fuere menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el consentimiento prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

El interrogante que cabe plantear es el de si el art. 428 del Código penal comporta una prohibición absoluta de practicar esterilizaciones sobre menores e incapaces aún con su propio consentimiento y con el de sus representantes legales, o cabe una práctica lícita si, con los presupuestos anteriores, el juez así lo autoriza, supliendo o convalidando los consentimien-

tos de las personas mencionadas. La cuestión ha sido abordada por la Circular de la *Fiscalía General del Estado* de 30 de abril de 1985, motivada por la Consulta 3/1985 relativa a la solicitud de esterilización de una mujer oligofrénica (7), en la que se llega a resultados negativos tanto respecto de los menores como de los incapaces, si bien con algunos matices respecto de estos últimos. Ambos grupos de personas merecen un tratamiento diferenciado.

Respecto de la prohibición absoluta de la esterilización sobre menores debe afirmarse su pleno sentido. La esterilización constituye hoy, en términos generales, un acto definitivo, irreversible, un acto sobre el propio cuerpo que causa disminución funcional y de la integridad física de carácter permanente, y al Derecho repugna la autorización de tales actos a los menores, carentes de madurez plena y suficiente y reserva tal posibilidad al momento de la mayoría de edad, en que con plena madurez y conciencia de la trascendencia del acto puede decidir sobre una condición que le ha de vincular toda su existencia. Sobre esta base carece de sentido la propuesta interpretativa que abre paso a la esterilización a través de la intervención judicial. Esta última sólo representa respecto de los actos de los menores un control superior y excepcional respecto de sus propias decisiones y la de sus representantes legales *en beneficio del menor*, y, conforme a lo anteriormente expuesto, no hay beneficio alguno para el menor en un acto que limita de modo definitivo su futura libertad de decisión en la plena madurez.

(7) V. *Memoria de la F.G.E.*, 1986, pp. 437 y ss.

Diferente debe ser la solución respecto de los incapaces, sean mayores de edad o no. La razón de tal diferencia estriba precisamente en que mientras la condición del menor es temporal, la de los incapaces es al menos de cierta permanencia y en muchos casos, como en el de las oligofrenias, irreversible. La esterilización solicitada por el incapaz o sus representantes legales y autorizada por el juez sí puede ser un acto en beneficio del incapaz, pues le permite el disfrute de un derecho del que históricamente han estado privados, particularmente las mujeres, como es el del ejercicio de la sexualidad. La prevención de embarazos no deseados, que en el caso de determinados grupos de incapaces pueden ser, además, objetivamente no deseables, puede resultar un beneficio para el menor, -un acto definitivo que sirve a superar las limitaciones a su sexualidad derivadas de un *status* personal de discapacidad que es precisamente definitivo. En consecuencia, ningún principio jurídico cierra el paso a una interpretación que permita entender que la regla del art. 428 del C.p. puede complementarse con la posibilidad de una intervención judicial autorizante de la esterilización, a través de un expediente, iniciado a instancia del representante legal del incapaz, mayor o menor de edad, y en el que intervenga el Ministerio Fiscal.

La solución que ofrece la Fiscalía General del Estado es diferente a la aquí propuesta y se estima que no debe propugnarse por razones que se encuentran en la propia argumentación en que se sustenta. En efecto, la Fiscalía mantiene que debe distinguirse entre incapaces así declarados por resolución judicial y los incapaces de hecho. Respecto de los primeros,

estima que en orden a decidir si les está vetado o no consentir en una esterilización hay que estar a lo dispuesto en la sentencia que declare la incapacitación, pues ésta no necesariamente ha de ser de carácter absoluto, sino que ha de determinar su extensión y límites, declaración que, además, es modificable en su graduación en atención a la variación de las circunstancias generadoras de la incapacidad (8). Pues bien, la tesis de la Fiscalía significa *materialmente* que es la resolución judicial la que autoriza o deniega la práctica de la esterilización solicitada por el incapaz o sus representantes legales, y no parece que tenga sentido limitar la intervención del juez a las declaraciones generales de capacidad o incapacidad, rechazando las intervenciones particulares, concretas, sobre la práctica de la esterilización, o reclamar como contenido propio de toda declaración de incapacidad —que es a lo que conduce la tesis de la F.G.E.— la referencia a si la enfermedad o la deficiencia psíquica de la persona de que se trate hace o no incurrir a ésta en la prohibición del art. 428 del C.p. Por otra parte, si se argumentare en sentido formal que lo que significa la tesis de la Fiscalía es que la esterilización se permite tan sólo si la incapacidad no es total, y resulta viable, en cambio, si la enfermedad o deficiencia psíquica es mediana o leve, lo que se vendrá a proponer en realidad es que sólo quede prohibida la esterilización de los que sufren una dolencia más grave, de tal modo que sería lícita la esterilización de una mujer con mera debilidad mental y prohibida y punible la de una oligofrénica profunda. Este resultado es absurdo, pues donde puede cobrar

(8) Cfr. *Memoria*, cit., pp. 449 y s.

sentido la maternidad es en el caso de la deficiencia leve, ya por leve, ya por corregible, y donde carece de sentido, si así lo estiman los representantes legales de la mujer y el juez, es precisamente en el de la deficiencia grave e irreversible. Otra cosa supone inevitablemente el encierro y privación de la sexualidad de las incapaces más graves, único medio eficaz para prevenir lo que cualquier criterio razonable pretende evitar: el embarazo y maternidad de oligofrénicas.

El formalismo alejado de la realidad de la tesis de la Fiscalía General del Estado se acrecienta cuando, llevada por su propia técnica, propone para los incapaces de hecho que, llegado a conocimiento de la autoridad judicial una propuesta —por parte de padres, representante legal, guardador o médico— de esterilización de persona que adolezca de las características que fundamentan la incapacitación, se dará cuenta al Ministerio Fiscal para que éste la promueva en el oportuno expediente hasta que se resuelva en la correspondiente sentencia, a partir de la cual se operará como en el caso anterior de incapacitados por sentencia declarativa.

A la vista de lo expuesto puede decirse que tanto la Fiscalía General del Estado como el literal del art. 428 siguen constreñidos por el síndrome de la preocupación por la cirugía transexual, que es lo que, junto al trasplante de órganos, constituye el campo adecuado para la solución que ambas instancias proponen, habida cuenta de que lo que se pretende evitar al incapaz son modificaciones definitivas e irreversibles en su integridad corporal que, en principio no tienen carácter curativo ni preventivo respecto de la tutela de la salud. La esterilización comporta, si re-

sulta indicada, una mejora de la salud de la incapaz, pues la evita embarazos no deseados y la permite disfrutar de su sexualidad, que es la carencia histórica de la mujer incapaz social o institucionalmente controlada (9).

En consecuencia, la solución que aquí se propone es la siguiente: cuando el facultativo llegare a la conclusión de que resulta indicada una esterilización para la mujer incapaz o incapacitada confiada a su atención y respecto de la cual sus representantes legales lo demandan, se procederá a solicitar del Juez de primera instancia autorización para proceder a la intervención. La solicitud será informada por el Ministerio Fiscal y el juez resolverá lo que proceda en interés de la incapaz, con independencia de la previa declaración de incapacidad o del proceso de incapacitación a que con tal ocasión pudiera darse lugar.

Como SINTESIS de los resultados a que se ha llegado puede formularse lo siguiente:

1^o.— Los menores de edad están legitimados para solicitar y recibir información, asistencia y medios anticonceptivos sin necesidad de previa autorización de los padres por parte de facultativos y centros autorizados.

2^o.— Las mujeres menores de edad que a juicio de facultativo que las atienda fueran suficientemente maduras para conocer la trascendencia de su acto (“menores capaces”) pueden solicitar y consentir por sí

(9) Todo lo dicho vale, naturalmente, también para el incapaz del sexo masculino, aunque sea para las mujeres incapaces para quienes se plantea el problema social con mayor agudeza.

mismas la interrupción del embarazo en los supuestos de indicaciones previstas en la ley (art. 417 bis C.p.).

Sólo cuando la interrupción de un embarazo fuere indicada para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la menor embarazada, no evitable de otro modo, prevalecerá la voluntad de los padres o representantes legales o en su caso del propio médico en favor de la interrupción del embarazo.

3º.— No resulta lícita la práctica de la esterilización de menores de edad. Ni ellos mismos, ni sus representantes legales ni el órgano judicial pueden autorizarlo, salvo en el caso de menores de edad respecto de los que por adolecer de grave e irreversible incapacidad resultare médicamente indicado y mediar autorización judicial en los términos del párrafo siguiente.

4º.— Cabe la esterilización de incapaces, mayores o menores de edad, cuando resultare médicamente indicada, lo solicitaren sus representantes legales y así fuere autorizado por el Juez de Primera Instancia tras el oportuno expediente con intervención del Ministerio Fiscal.

Con todo, y en la medida en que la tesis que se propone se sustenta en la pura hermenéutica y la materia soporta diferentes concepciones valorativas, parece recomendable, en aras a la seguridad jurídica, proceder a adoptar una disposición legislativa, que podría quizá limitarse al orden penal, modificando el art. 428 del Código penal insertando un nuevo y último párrafo del siguiente tenor: “No constituye

delito la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave enfermedad psíquica que de modo irreversible le impida autodeterminarse en lo sexual, cuando hubiere sido indicada en dictamen emitido por dos especialistas, solicitada por su representante legal y haya sido autorizada por el Juez.