

Actitudes legales ante la situación de embarazo de un incapaz o de un menor de edad y su posible interrupción legal

Juan José Reyes Gallur

En la práctica del derecho, nunca podemos dar por sentado que todo está escrito o que no nos surgirá un asunto curioso al que habremos de dedicarle algunas horas de estudio. Tal es así que se me plantea la situación de un embarazo en los supuestos de las incapaces y los de las hijas menores de edad, y el deseo del tutor o del padre de acudir a la interrupción voluntaria del mismo.

En estos dos supuestos la situación legal que se plantea es la de si es posible suplir el consentimiento de la incapaz o de la menor para una interrupción voluntaria del embarazo (aborto) o si es suficiente con el consentimiento del padre o tutor.

He de indicar que la realidad supera a la legalidad, y de hecho, esta cuestión no suele plantearse por los médicos que la realizan, los cuales se limitan a solicitar la autorización firmada del representante legal (padre o tutor), es más se llevan las manos a la cabeza, cuando se les informa de las posibles consecuencias en que pueden incurrir de no obtener la preceptiva autorización judicial. Se olvida que no estamos ante una simple intervención quirúrgica programada o ante una situación urgente, sino ante una conducta tipificada en el Código Penal, y que solo reuniendo una serie de requisitos, será una conducta no punible.

El código civil establece de forma taxativa las funciones del tutor así, en su Artículo 271 enumera los supuestos en los que es preciso la autorización judicial, siendo los siguientes:

"1º) Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2º) Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3º) Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4º) Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5º) Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6º) Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7º) Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8º) Para dar y tomar dinero a préstamo.

9º) Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10º) Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado."

Como podemos observar en ninguna de ellas se establece la posibilidad de que el tutor precise de autorización judicial para autorizar la práctica del aborto.

Si tenemos presente que en la legislación actual no existe una ley que autorice la interrupción voluntaria del embarazo, sino un supuesto de no punibilidad contemplados en el Código penal, y en los que siempre se habla de "consentimiento expreso de la mujer embarazada" deberemos analizar si puede ser suplido ese consentimiento por el tutor.

Si acudimos a la legislación especial, el Artículo 10 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica cuando no esté capacitado para ello, en cuyo caso corresponderá a las personas allegadas al incapacitado¹. Como podemos observar, la legislación especial, poca luz arroja sobre este asunto.

Ante esta situación hemos de acudir al supuesto que más se acerca a la solicitud de interrupción de embarazo, cuales es el supuesto de esterilización, y que al igual que ocurre con aquel, se trata de un supuesto e exclusión de punibilidad.

Así el Artículo 156 del código penal nos dice:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio recto el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz."

A la vista del citado artículo, entiendo que, a pesar de que el artículo 10 de la Ley General de sanidad permite al tutor suplir el consentimiento de una forma genérica, es evidente que no estamos ante una simple intervención jurídica, sino ante el hecho de evitar un acto que pudiera ser constitutivo de delito. No olvidemos que el Artículo 144 castiga al "que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento" o que el Artículo 145 igualmente sanciona al que "que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley."

Como sabemos, los supuestos de intervención voluntaria del embarazo que prevé la Ley penal como no constitutivos de delito son:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

Ante la similitud de situaciones entre el aborto y la esterilización debemos llegar a la conclusión de que tanto en los casos de incapaces como de menores de edad se tiene que solicitar autorización judicial para no incurrir en el tipo delictivo, ello obviamente cuando concurran los supuestos previstos en el Código penal.

En apoyo de tal afirmación hemos de recordar que el art. 428 del C.P de 1973 (derogado, sin embargo actualmente mantiene la misma redacción el 156 del CP vigente), fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por considerarlo contrario al art. 15 CE. y dio lugar a la

Sentencia T.C 215/1994 de 14 de julio de 1994, que finalmente declaró su constitucionalidad, analizando claramente los requisitos para su realización.

El Tribunal Constitucional, si bien analizando el supuesto de esterilización de un incapaz y si esta medida atentaba o no a su integridad física y moral, llega a la conclusión de la inexcusable intervención judicial, exigiendo los siguientes requisitos:

Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz.

Exploración judicial de la persona incapaz, siempre que las circunstancias lo permitan, ello por exigencia del propio código penal.

Oír a dos especialistas que determinen con claridad y precisión si se cumplen los requisitos establecidos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Informes que deberán ser aportados con la solicitud.

Intervención del M° Fiscal.

Todo ello "...tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz..." apoyado en la citada Sentencia T.C. 215/1994, que en su Fundamento de Derecho Cuatro establece

"Que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 C.E. y que son explicitadas en los deberes y facultades que el Código Civil (art. 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. De ahí que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines"

No podemos perder de vista que estamos ante personas que no pueden decidir sobre sí mismas, debiendo siempre tener como referencia el deber de ampararles, así nos indica la sentencia analizada del Tribunal Constitucional, que:

" respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 C.E.), precepto éste que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 ("El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos), habrá

de concluirse que el inciso cuestionado del art. 428 del C.P. no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 C.E. en lo concerniente al derecho "a la integridad física y moral" -aunque ciertamente afecta a ese derecho-, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del C.P., es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido.

Se desprende de este planteamiento, que es el que surge de relacionar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 428 del C.P. en sus dos vertientes de personas capaces e incapaces, que lo que este Tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar, sin perjuicio de atender también a la argumentación del Auto de planteamiento y a la finalidad del precepto y proporcionalidad de la medida -cuestiones que trataremos en otros fundamentos-, es la relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el Auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez"

En resumen podemos confirmar que para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz o de una menor, no puede simplemente acudir a la Ley General de sanidad, y suplir la autorización judicial sin más por el representante legal. Es necesario por tanto acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas, oír en su caso a la incapaz, todo ello con la intervención del representante legal del menor o incapaz y del Ministerio Fiscal, solamente así habremos cumplido no solo con la legalidad vigente, sino que se habrán visto amparados los derechos del menor o del incapaz, pues de otro modo podríamos entrar en lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional califica como "política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos", por tanto, en palabras del Alto Tribunal "La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás."

Disponível em:< http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=172 > Acesso em.: 28 set. 2007.