

ASPECTOS ETICOS Y JURIDICOS DE LA ESTERILIZACION DE PERSONAS CON RETRASO MENTAL

José Antonio Seoane Rodríguez

Doctor en Derecho, Profesor ayudante de Filosofía del Derecho, Universidade da Coruña

"No es la esterilización una mera decantación ideológica, sino un tema de estricta humanidad". Esta afirmación compendia y actúa como sabia y prudente orientación en el controvertido tema de la esterilización de personas con retraso mental. Mas la esterilización no es únicamente un tema de estricta humanidad; las razones humanas son también razones éticas y jurídicas. A continuación expondremos las razones que, a nuestro juicio, convierten en legítima la esterilización de las personas con retraso mental.

I

La sexualidad humana es una realidad compleja, compuesta por diversas dimensiones: biológica, psicológica, sociocultural, antropológica o existencial y ética². En consecuencia, no puede ni debe ser identificada con su significado procreador, pues la procreación es tan sólo una de las distintas y complementarias dimensiones presentes en el vasto fenómeno de la sexualidad humana.

Reducir la sexualidad a su función biológica equivale a identificar el comportamiento humano con el comportamiento animal. La conducta animal es instintiva, guiada por el principio de necesidad: su reacción ante la realidad le viene dada. El ser humano, en cambio, se conduce sexualmente -y en el

resto de los ámbitos de su actividad- de un modo libre, libre y responsable. Según esto, la procreación, como aspecto sobresaliente de la sexualidad humana, no debe ser un ejercicio instintivo; apoyadas en la razón y en el querer, la maternidad y la paternidad han de ser ejercidas libre y responsablemente.

Lo afirmado no significa cuestionar el indudable significado procreador de la sexualidad, ya que la función reproductora es una de las esenciales del fenómeno sexual, pero no es exclusiva. Cabe separar, entonces, la función unitiva de la función reproductora o procreativa³.

Es evidente, pues, que "la sexualidad no es un elemento marginal del ser humano, sino una dimensión constitutiva de la persona"⁴, "un principio de configuración"⁵, donde se manifiestan con elocuencia algunas de sus características ontológicas o existenciales, en particular su naturaleza abierta y dinámica.

El ser humano es una estructura dinámica. La vida humana es esencialmente quehacer, actividad (*enérgeia*). La persona se manifiesta y realiza mediante su acción, su comportamiento, sus relaciones, y tal actividad lo mantiene en incesante evolución desde el nacimiento hasta la muerte, desarrollándose de manera paulatina: el ser humano como proyecto⁶. En todo este proceso de crecimiento y de "humanización" desempeña un papel decisivo la sexualidad, por cuanto incide y condiciona al ser humano en su núcleo más profundo, posibilitando la maduración personal y la formación integral de su subjetividad.

Además, el ser humano presenta también una estructura abierta porque, entre otros extremos, es imperfecto, indigente, y porque además su humanidad se realiza y culmina

en la relación, en la comunicación, en el diálogo. El yo es un ser humano disminuido si permanece ensimismado, si no apunta al nosotros. Y entre los distintos niveles de comunicación humana se halla el de la sexualidad: la relación sexual -recuérdese, no reducida a genitalidad ni a procreación- enriquece el programa vital, el proyecto de vida de las personas. La relación sexual posibilita el encuentro, físico y espiritual, entre dos sujetos. A través de este movimiento de apertura el ser humano trasciende su individualidad y, en la culminación de la relación interpersonal, llega a convertir su particular proyecto vital en proyecto común, sustituyendo el "yo" por el "nosotros".

La sexualidad representa, pues, una instancia esencial en el desarrollo de la persona, pero no constituye un bien o un valor final, sino instrumental: cumple su misión facultando a cada ser humano a cumplir o mejorar su proyecto de vida. Por ello ha de estar determinada desde la persona, desde la libertad y la responsabilidad de su decisión y actuación; y ha de ejercerse en orden a ella, subordinada a la totalidad, a la persona como un todo.

De acuerdo con lo expuesto, negar la sexualidad a las personas con retraso mental es negar su condición de personas. Las personas con retraso mental pueden y deben manifestar todas las dimensiones de su ser, y entre ellas la sexualidad; y han de hacerlo en plenitud, con las únicas limitaciones derivadas de sus carencias, entre las que puede estar la imposibilidad de asumir las consecuencias derivadas de la procreación: la maternidad o paternidad. El respeto a la dignidad de los demás -del futuro hijo, y la

ausencia de responsabilidad -que disminuye o extingue el principio de autonomía- aconsejan adoptar medidas en relación con la posible descendencia del afectado por una enfermedad o dolencia psíquica.

Al separar la función unitiva de la función reproductora estamos afirmando la posibilidad de emplear medios de anticoncepción y, entre ellos, si no existe ningún otro eficaz, la esterilización. Admitir las relaciones afectivas y sexuales, que enriquecen y humanizan a la persona con retraso mental, e impedir la procreación irresponsable -en particular desde la perspectiva de la eventual descendencia- nos parece la opción más acertada.

La anticoncepción tiene como finalidad procurar la incapacidad de procrear de una persona -dejando generalmente indemne la capacidad para mantener relaciones sexuales-. Entre los diversos métodos anticonceptivos (medios naturales, mecánicos, químicos, hormonales, quirúrgicos), se halla la esterilización, que es aquella intervención o procedimiento, generalmente quirúrgico, que ocasiona la pérdida de la capacidad genésica (*capacitas generandi*) en la persona que la sufre, sin extirpación o ablación de sus órganos sexuales, esto es, manteniendo incólume su capacidad para copular (*capacitas coeundi*).

Al referirnos a la esterilización de personas con retraso mental no aludimos a la esterilización coactiva, esto es, a la impuesta contra la voluntad del sujeto esterilizado, ni tampoco a esterilizaciones masivas o indiscriminadas, fruto de políticas sociales, demográficas o eugenésicas. Ambas modalidades de esterilización, reprobables desde cualquier perspectiva, atentan flagrantemente contra el conjunto de principios que funda-

mentan toda actuación respecto de las personas con retraso mental en los ámbitos ético y jurídico: la dignidad y el respeto recíproco, la autonomía, la igualdad y la protección.

En cambio, sí nos parece moral y jurídicamente aceptable la esterilización de la persona con retraso mental como modo personal de anticoncepción. Pero no en cualquier circunstancia, sino en concreto la esterilización considerada como *ultima ratio*, es decir, como método anticonceptivo empleado únicamente cuando no puede ser utilizado o no ofrece garantías ningún otro método, y, en todo caso, alumbrada la decisión al respecto por el criterio del "mayor interés del incapaz". Estimamos que tal procedimiento de esterilización puede contribuir notablemente a satisfacer y cumplir los objetivos perseguidos: el mayor desarrollo posible de la persona con retraso mental y su integración y asimilación al paradigma de persona "normal".

II

Para que la esterilización de las personas con retraso mental pueda ser considerada como un procedimiento anticonceptivo legítimo y contribuya a la obtención de los objetivos señalados necesita ser justificada. Es menester, por tanto, presentar las razones que convierten en ética y jurídicamente aceptable la esterilización, las cuales pueden ser reconducidas a los siguientes cuatro principios: dignidad, autonomía, igualdad y protección.

1. En primer lugar, un principio incondicionado o absoluto, que no admite excepción ni sustitución: el principio de dignidad -y en su formulación interindividual, el principio de respeto recíproco-. Se trata de un principio fundamental y fundamentante: la perso-

na, aquejada o no de una enfermedad o dolencia psíquica, es el presupuesto y el fin del orden moral y del orden jurídico. En atención a su unicidad, individualidad o irrepeticibilidad, toda persona es merecedora de consideración y respeto⁷.

En el plano interindividual, tal exigencia remite a la obligación de respetar a todos los demás seres humanos -entre ellos, por supuesto, a las personas con retraso mental-, exigencia que se ajusta a la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: "Obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como un fin, nunca meramente como un medio"⁸.

2. Como consecuencia de lo expuesto surge el segundo principio, el principio de autonomía, conforme al cual toda persona puede y debe elegir aquello que quiere ser. Cada ser humano es el protagonista de su propia vida; "cada uno es, en cierto modo, configurador de su modo de ser"⁹. El valor de la autonomía deriva de la capacidad que protege, que no es otra que la capacidad para expresar el carácter personal en la propia vida¹⁰.

La autonomía tiene una limitación infranqueable: la dignidad. En el ámbito individual, la dignidad de cada persona "-como realidad exigible y equitativamente distribuida- solamente pued[e] ser un concepto mínimo que señala un último e infranqueable residuo del propio ser como autodeterminación moral posible"¹¹. En el ámbito interindividual, el reconocimiento y consideración de la dignidad de los demás en el ámbito de nuestras actuaciones -el respeto recíproco-

exige que la libertad vaya acompañada de la responsabilidad¹².

Por consiguiente, la autonomía no equivale sólo a libertad, sino a libertad y responsabilidad. En primer lugar, la autonomía supone la autodeterminación libre, esto es, la facultad de elección, de decisión sobre nuestras acciones y los medios para llevarlas a cabo sin interferencias. En segundo lugar, la autodeterminación responsable, es decir, hacerse cargo o responder de las consecuencias de esas acciones libremente escogidas.

3. También como afirmación de la dignidad del ser humano, cabe proclamar la igualdad de todas las personas. De ella se deriva que la capacidad de la persona es la regla general, el presupuesto o punto de partida, y la incapacidad es la excepción, que habrá que alegar o probar e interpretar restrictivamente. En consecuencia, las personas con retraso mental disponen, en principio, de la misma capacidad de juicio y actuación que el resto de las personas.

El principio de igualdad es orientado por los demás principios. Por ello es preciso que se arbitren las condiciones que posibiliten el cumplimiento de los principios de dignidad y respeto recíproco, y los medios que permitan a cada ser humano desarrollar su proyecto vital, a la luz del principio de autonomía.

Entre autonomía e igualdad debe existir un equilibrio. Además, la una exige a la otra: no son exigencias contrapuestas o alternativas, sino convergentes¹³. La disyuntiva o alternativa entre ambas es falsa, es "una alternativa puramente abstracto-teórica, sin ninguna correspondencia en la realidad"¹⁴. No debe prescindirse de una para favorecer o fortalecer a la otra, ni debe subrayarse en

exceso alguna de las dos frente a la otra; ambas, en su justa medida, son necesarias para el desarrollo del ser humano¹⁵.

La igualdad significa tratar del mismo modo lo igual y de modo distinto lo desigual. Implica, por tanto, el reconocimiento de la diferencia; más aún, exige particularizar o concretar cada situación específica. En atención a la disparidad de capacidades y aptitudes de las personas con retraso mental, el tratamiento adecuado requiere reconocer, respetar y remediar las desigualdades o desemejanzas, en la medida en que supongan un detrimento en sus relaciones con las demás personas. La búsqueda de la igualdad -material o real- reclama una doble actitud: inicialmente, respeto, esto es, consideración de la persona con retraso mental como ser digno, autónomo e igual al resto de la sociedad en cuanto persona; en segundo lugar, ante la evidente desigualdad real, una toma de posición activa, de compensación, equiparación e integración, que persiga la nivelación de oportunidades de todas las personas¹⁶.

4. En el tema que nos ocupa presenta especial relevancia el principio de protección, cuya misión es hacer efectivos, con carácter subsidiario, los derechos o facultades de aquellas personas que por alguna razón no pueden ser ejercitados¹⁷.

En las personas con retraso mental la capacidad para elegir y decidir de modo libre y responsable, y en concreto para consentir válidamente su esterilización, está disminuida o ausente. El Derecho, consciente de ello, ha previsto la sustitución o el complemento de tal carencia a través de instituciones jurídicas como la representación legal (patria potestad o tutela), orientadas por su propia

naturaleza a la consecución del mayor interés del incapaz por causa psíquica y al respeto y protección de su persona y derechos. En estos supuestos el Derecho interviene como instrumento creador de realidad jurídica, completando la deficiente autonomía del incapaz. El representante legal *realiza*, incorpora a la realidad o praxis jurídica las capacidades latentes de la persona disminuida por causa psíquica; actúa en lugar de ésta a la hora de adquirir, modificar o concluir relaciones jurídicas, de contraer obligaciones o ejercer derechos, dada la incapacidad o dificultad de que lo haga por sí misma; traduce en capacidad de obrar la capacidad jurídica de la persona con retraso mental, incorporándolo a las relaciones jurídicas. Al brindar ese complemento, a través del principio de protección, reemplaza o auxilia al principio de autonomía, y permite además la operatividad del principio de igualdad, que él mismo estimula con su intervención.

III

El respeto de los cuatro principios indicados -dignidad, autonomía, igualdad y protección- es el índice de legitimidad de la decisión en torno a la esterilización de las personas con retraso mental. Para garantizar su vigencia y protección es indispensable la presencia del Derecho, ya que refuerza las formulaciones éticas y subraya la importancia de determinados bienes o valores para el conjunto de la sociedad. A nuestro juicio, el Derecho debe intervenir ante la esterilización de las personas incapaces por causa psíquica, por dos razones.

De una parte, porque la esterilización representa una lesión de la integridad física de

las personas, y siendo la integridad personal un bien valioso para los órdenes ético y jurídico, aparece tipificada y castigada como delito en el Código penal. Sin embargo, en determinados supuestos -como la esterilización voluntaria o la esterilización de personas con graves deficiencias psíquicas-, la concurrencia de otros bienes o derechos valiosos determina, con acierto, que no reciba sanción penal.

De otra parte, porque el Derecho no aspira tan sólo a representar o regular la realidad que tenemos, sino la realidad o sociedad que queremos. Afrontar la situación real de las personas con retraso mental exige el tratamiento jurídico de su esterilización, el cual no ha de ser planteado como una obligación, sino como una posibilidad. Y es que el Derecho, además de constituir una instancia ordenadora de la convivencia, desempeña una función pedagógica; esto es, propone medios y sugiere fines. En consecuencia, la esterilización de una persona con retraso mental no representa una imposición, sino una facultad. Así entendida, la moralidad jurídica no suplanta, en ningún caso, a la moralidad privada; el Derecho no se convierte, pues, en instrumento de colonización moral. Aquél que, en consonancia con su personal sistema de valores y creencias, quiera utilizar la posibilidad que brinda el orden jurídico para la esterilización de una persona con deficiencia psíquica puede hacerlo. Al delimitar el marco de condiciones que convierten en no punible la intervención esterilizadora, el Derecho protege y garantiza el respeto de los derechos de estas personas y propicia la búsqueda de su mayor interés.

Algunos sistemas jurídicos han dado ya ese paso, y hemos de congratularnos de que

uno de esos países sea España¹⁸, donde la esterilización de personas con grave deficiencia psíquica es lícita desde el año 1989¹⁹. Años después, en 1994, el Tribunal Constitucional -principal intérprete y garante de la norma fundamental y de los derechos fundamentales en nuestro país- declaró conforme a la Constitución la esterilización de personas con grave deficiencia psíquica²⁰.

A nuestro entender la regulación española ofrece cauces y garantías para que la decisión acerca de la esterilización de la persona con retraso mental se realice conforme a los cuatro principios apuntados. Así, la previa declaración de incapacidad individualiza la solicitud y delimita qué es lo que puede hacer por sí mismo y qué rebasa las aptitudes de la persona disminuida psíquica; en suma, define su capacidad. Además, es imprescindible la autorización judicial para la intervención; no es suficiente, por tanto, el consentimiento de los representantes legales. Esta medida es la pieza de cierre del procedimiento: el juez, alumbrado por el dictamen de dos especialistas, amén de otros medios probatorios -el parecer del Ministerio Fiscal y la exploración personal del incapaz-, es el encargado de velar por el respeto de la persona y derechos del paciente de la esterilización, siempre a la luz del criterio rector del mayor interés del incapaz, de la persona con retraso mental. Es precisamente la adopción del "mayor interés del incapaz" (*incompetent's best interest*) como criterio rector del procedimiento el aspecto más loable de la nueva regulación española; mediante la asunción del criterio del mayor interés -arraigado en el sistema jurídico anglosajón, de donde se ha incorporado a nuestro Derecho-

se descarta el recurso al interés o comodidad de los peticionarios de la esterilización -los representantes legales- o de los familiares, y se refuerza la protección y garantía de los derechos de la persona que adolezca de grave deficiencia psíquica, pues proscribiremos cualquier intervención, judicial, familiar o de terceros, que persiga finalidades distintas a la legalmente exigida²¹.

IV

Comenzamos la intervención recordando una juiciosa afirmación: "No es la esterilización una mera decantación ideológica, sino un tema de estricta humanidad". Hemos procurado justificar la verdad que ésta encierra a lo largo de la exposición, explicando los fundamentos éticos y jurídicos que permiten llevar a cabo legítimamente -¡y nunca de modo obligatorio!- la esterilización de las personas con retraso mental.

Como advirtió Aristóteles, las formas de felicidad -las nociones de bien- son múltiples; no existe una noción única y universalmente válida²². Es cada ser humano quien debe optar por una u otra. Al admitir la licitud de la esterilización de personas con retraso mental, el Derecho pretende desempeñar una de sus munificas funciones: arbitrar las condiciones que permitan desarrollar del mejor modo posible los distintos proyectos vitales, sin intromisiones ni interferencias, garantizando el respeto y protección de los principios axiales del orden jurídico y del orden moral: la dignidad, la autonomía y la igualdad, y, en el supuesto de las personas con retraso mental, propiciar su equiparación e integración. O lo que es lo mismo, permitir a cada ser humano,

y con ello a la entera comunidad, alcanzar, solidariamente, su felicidad.

Bibliografía

1 SÁINZ DE ROBLES, FEDERICO CARLOS, "Los deficientes mentales ante la ley", en GAFO, JAVIER (ed.), *La deficiencia mental. Aspectos médicos, humanos, legales y éticos*, Madrid, UPCO, 1992, p.199.

2 VIDAL, MARCIANO, *Ética de la sexualidad*, Madrid, Tecnos, 1991. También GAFO, JAVIER, "Principales problemas éticos en torno a la deficiencia mental", en GAFO, JAVIER (ed.), *La deficiencia mental. Aspectos médicos, humanos, legales y éticos*, Madrid, UPCO, 1992, pp.227 y ss.; AMOR PAN, JOSÉ RAMÓN, *Ética y deficiencia mental*, Madrid, UPCO, 1995, pp.125 y ss.

3 VIDAL, MARCIANO, *Ética de la sexualidad*, cit., pp.34 y 35.

4 GAFO, JAVIER, "Principales problemas éticos de la deficiencia mental", cit., p.227.

5 "Además de ser la garantía de una función biológica muy determinada -la generación de la prole-, la sexualidad es un principio de configuración: el hombre percibe, siente, piensa y quiere como varón o mujer". (LAÍN ENTRALGO, PEDRO, *Teoría y realidad del otro*, Madrid, Alianza, 1988, p.530).

6 No es otra la concepción antropológica aristotélica: el ser humano, el *éthos* como actividad (*enérgeia*). Cfr. *Ética nicomáquea*, en particular I, 1098a-1099a.

7 Así es formulado por Kant en su *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*: "En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad". (KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, edición y traducción de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996, pp.198-199).

8 KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, cit., pp.188-189.

El principio de dignidad, así entendido, se erige como un principio estático, que enmarca y orienta las conductas en los órdenes ético y jurídico, pero no las realiza o efectúa; para ello precisa del concurso de otros principios,

que tienen carácter dinámico: autonomía, igualdad, y, en su caso, protección: "Del carácter de fin en sí mismo del hombre [Kant] no deduce nunca que ese "fin" deba ser promovido o "realizado" de algún modo. Ese carácter indica más bien una condición mínima bajo la cual deben estar todas nuestras actividades intencionales". (SPAEMANN, ROBERT, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, trad. Daniel Innerarity y Javier Olmo, Madrid, Rialp, 1989, pp.112 y 113).

9 ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, III, 1113b.

10 "El valor de la autonomía deriva de la capacidad que protege: la capacidad para expresar el carácter personal en la vida que uno lleva, esto es, valores, compromisos, convicciones e intereses tanto críticos como de experiencia. El reconocimiento de un derecho individual de autonomía hace posible la autocreación. Permite a cada uno de nosotros hacernos responsables para conformar nuestras vidas de acuerdo a nuestra propia personalidad, coherente o incoherente, pero, en cualquier caso, distintiva. Nos permite conducir nuestras propias vidas, en vez de dejarnos llevar a lo largo de ellas, de tal forma que cada uno de nosotros pueda ser, en la medida en que un esquema de derechos lo haga posible, lo que hemos hecho con nosotros mismos". (DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994, pp.292 y 293).

11 SPAEMANN, ROBERT, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, cit., p.112.

12 "La idea de libertad implica la obligación de respetar la dignidad del otro; es decir, la responsabilidad ética, política y social. Ambas cosas son esenciales: la libertad se destruye si n su complemento de responsabilidad. Una actuación responsable supone a su vez la libertad". (KRIELE, MARTIN, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, trad. Claudio Gancho, Barcelona, Herder, 1982, p.52).

13 "La libertad es un bien, y las personas tienen derecho a él, pero únicamente dentro de un orden en el que cada uno tenga en principio una libertad igual [...]. Ciertamente, la idea de libertad igual para todos exige, como postulado previo, un derecho igual por parte de todos al respeto de sí mismo y al respeto de los demás. Pero decir, o simular decir, que ello subordina la libertad en general a la igualdad en general sería absurdo". (MACCORMICK, NEIL, "La "tesis de los derechos" en serio", en *Derecho legal y socialdemocracia*. Ensayos

sobre Filosofía jurídica y política, trad. M^a Lola González Soler, Madrid, Tecnos, 1990, p.127).

14 KRIELE, MARTIN, *Liberación e ilustración...*, cit., p.58.

15 "Si la libertad extrema conduce a una extrema desigualdad, a la dependencia y a la opresión, quiere decir que equivale justamente a la falta de libertad, o lo que es lo mismo a la existencia de dependientes y oprimidos(...) Y al revés: si el establecimiento de la igualdad tiene que hacerse a costa de la libertad, quiere decirse que no existe igualdad sino una desigualdad entre los dueños del poder que quieren imponer la igualdad y quienes están sometidos a su poder". (KRIELE, MARTIN, *Liberación e Ilustración...*, cit., p.58).

16 Cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO, "Una minoría: los deficientes mentales; un objetivo: la igualdad; una actitud: ¿la tolerancia?", *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, número 5, julio-diciembre de 1995, pp.341-359.

17 "Sólo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de incapacitación". (GETE ALONSO, M^a del CARMEN, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, Civitas, 2^a edición, 1992, p.14).

18 No es España el único caso. Otros sistemas jurídicos han regulado específicamente la esterilización de personas con retraso mental. Así, en el marco del Derecho continental europeo, Alemania (§ 1905 BGB), y en el ámbito del Common Law, mediante un nutrido cuerpo jurisprudencial, Australia (Department of Health & Community Services (NT) v. JWB and SMB. Australian High Court, 1992), Canadá (Re Eve. Supreme Court of Canada, 1986), Estados Unidos (In re Grady. Supreme Court of New Jersey, 1981) ó Inglaterra (Re B (A Minor) (Wardship: Sterilisation). House of Lords, 1988).

Al margen de las ordenaciones jurídicas nacionales, existen documentos de sumo interés, como la Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos de los deficientes mentales, de 16 de septiembre de 1992. Tampoco han de ser olvidadas propuestas como las contenidas en sendos informes del Comité nacional de Ética de Francia (COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*. Avis, n^o 50, Paris, 1996 y, en particular, *La con-*

traception chez les personnes handicapées mentales. Avis. Rapport, n^o 49, Paris, 1996). En el ámbito anglosajón, LAW COMMISSION, *Consultation Paper n^o 129, Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making*. Medical Treatment and Research, London, HMSO, 1993.

19 Adición del inciso segundo al párrafo segundo del artículo 428 del antiguo Código penal (1973), introducido en el mismo por obra de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal.

En la actualidad la norma en vigor es el artículo 156 - en particular el párrafo segundo- del Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal), que 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 efectuado 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 o recompensa, o el otorgante fuere menor 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 aquella, tomándose como criterio rector 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".

20 Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio.

21 Cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO, *La esterilización de incapaces en el Derecho español*, A Coruña, Fundación Paideia, 1996.

22 Aristóteles, para quien la felicidad (eudaimonía) era el bien supremo, ya afirmaba la plurivocidad o diversidad de la misma, su no uniformidad: "Además, puesto que la palabra "bien" se emplea en tantos sentidos como la palabra "ser" (...) es claro que no podría haber una noción común universal y única". (ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, I, 1096a).

En el ámbito de la Filosofía del Derecho mantiene una posición análoga el profesor Arthur Kaufmann. Ante la pregunta ¿cómo pueden ser fundamentadas una Ética y

una Filosofía del Derecho materiales?, y frente al pensamiento utilitarista clásico (Bentham y Mill), desde un "utilitarismo negativo" ha afirmado con rotundidad y concisión: "Felicidad" no es universalizable". (KAUFMANN, ARTHUR, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, Heidelberg, Decker & Müller, 1992,

p.50. El intento de fundamentar una Ética y una Filosofía del Derecho materiales es desarrollado en una obra posterior: Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonum commune, München, Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1994, en especial pp.17-30).