

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## ILICITUD DE LA ESTERILIZACIÓN VOLUNTARIA

LIC. LUIS AGUILAR HERRERA.

Ojeando páginas, se hizo presente una por allí relativa a un artículo del Dr. Francisco Castillo González titulado "Licitud de la esterilización voluntaria" (Diario La República, 13 de marzo de 1983). Hasta donde tengo nota, dicho artículo recibió respuesta de un galeno (Dr. Esteban López Varela, mismo diario, 16 de diciembre de 1983), mas no ya desde el ámbito estrictamente jurídico cual me propongo, considerando para esto que el tema conserva una actualidad manifiesta. Uno y otro articulistas coincidieron en la licitud de la esterilización voluntaria por necesidad médica, tesis que también patrocino. La controversia se suscita pues en torno a la esterilización voluntaria sin aquella necesidad, cuya licitud es afirmada por el Dr. Castillo sobre la base de un consentimiento válidamente dado, arguyendo que si bien esa esterilización es típica, resulta impune por estar amparada por una causa de justificación, sea la establecida por el artículo 26 del Código Penal en el sentido de que "no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo". Adujo también que esta disposición se aplica a todo tipo penal que, protegiendo un derecho del particular, no establezca expresa o implícitamente lo contrario, siempre que el consentimiento prestado no perjudique a tercero o no choque con la moral o costumbres sociales, límites naturales del consentimiento del derechohabiente. Asimismo, argumentó que expresamente no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues el artículo 129 del Código Penal establece precisamente lo contrario, sin que se olvide que las lesiones son delitos contra particulares y no contra el Estado o contra la salud pública. Agregó que nada impide al particular disponer de su capacidad de mantenerse apto para la procreación y de la tutela penal que sobre este aspecto le brinda el ordenamiento, en el que no existe una obligación jurídica de mantener aquella aptitud, no perjudicando

así la esterilización voluntaria a terceros. Sobre los otros dos límites del derechohabiente, expresó el Dr. Castillo que moral, social y buenas costumbres conforman el orden moral de carácter objetivo y social y, en tanto creación humana, no son pues metafísicos, ni pueden basarse sobre un código moral de determinada creencia religiosa, porque interpretar la realidad social conforme a la visión del mundo de determinada religión, viola el principio de igualdad, el de libertad religiosa y el de libertad de conciencia. Añadió que ni la esterilización implica un desvalor social ni el ser esterilizado conlleva un desvalor individual, concluyendo en lo nuclear, que siendo la esencia de un delito el daño social de una conducta, éste no se da en la esterilización. Es de percibir que el argumento capital de la tesis del Dr. Castillo resulta la causa de justificación del consentimiento del derechohabiente prevista por el citado artículo 26 del Código Penal. Y en principio, es cierta su afirmación en cuanto a que como causa genérica resulta aplicable a todo tipo penal; pero la afirmación concreta resulta a posteriori. La invocación de una justificante conlleva en sí precisamente, alguna conducta susceptible de justificación. Y ésta lo es en la especie la de que, conforme con el artículo 123 del Código Penal, será sancionado con prisión de tres a diez años, el que lesionare a otro causándole entre otros resultados, la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. Es pues tocante a este tipo penal en concreto que procede examinar si aquella causa genérica de justificación es o no aplicable. Es notorio que por razones de técnica legislativa en la formulación de un código, ante una regulación genérica de causas de justificación, según sucede en el de la materia, los tipos penales concretos se acuñan por lo general, omitiendo la autorización de la conducta que describen, en el supuesto de la concurrencia de alguna causa de aquéllas, para darle sentido así a la razón de ser de su regulación genérica, logrando de paso eco-

nomía legislativa, sucintez y precisión y eludiendo reiteraciones viciosas. De acuerdo con este trasfondo, sería afirmable en principio que el consentimiento del derechohabiente podría operar respecto del mencionado tipo de las lesiones gravísimas traducidas en la causación a otro de la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir, en tanto susceptible a la aplicación de aquellas causales genéricas. Pero en definitiva no resulta así. En efecto, el mismo Código Penal en su artículo 129 titulado "lesiones consentidas", al disponer que "no son punibles las lesiones que se produzcan al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros", no otra cosa hace que regular en específico la causal de justificación del consentimiento del derechohabiente en materia de lesiones, limitándola al mencionado supuesto. Una vez más un principio general es derogado por una norma específica, lo cual no es de extrañar en atención a la importancia de la materia que se regula. Si la razón legal fuere la irrestricta aplicación de la causal de marras en cuestión de lesiones, no se vería entonces el motivo de una regulación específica de esa causal y respecto de tal materia, a no ser precisamente con fines limitantes. Obsérvese que el artículo 129 del Código Penal opera como norma de permisión y, respecto a esta clase de normas, por su naturaleza, no es dable el argumento del Dr. Castillo en cuanto a que en forma expresa no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues la norma permisiva, en tanto ella misma excepción, no autoriza más de lo concreto que exprese, pues en ello reside su excepcionalidad, su razón de ser. Por lo demás, lo único que tácitamente es deducible de una norma tal y por contrariedad, lo es en preciso las normas rectoras de las que resulta excepción. Y estas normas, que por cierto se omiten en el artículo del Dr. Castillo, lo son el artículo 27 del Código Civil y el 1, 3, 9 y 20 de la Ley General de Salud. Aquel artículo 27 dispone que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por ley". Por su ámbito, en relación con los citados artículos de aquella Ley General resulta que por el 1, la salud es un bien de interés público tutelado por el Estado; por el 3, 9 y 20 se establece en esencia el deber de toda persona de velar por el mejoramiento, conservación y recuperación de su salud. Es pues con respecto a estas normas rectoras que logra plenitud de sentido el artículo 129 del Código Penal, autorizante de disponer del propio cuerpo únicamente cuando la acción tiende a beneficiar la salud de otros, pues

de una parte (artículo 27 del Código Civil) resulta prohibido en forma genérica disponer del propio cuerpo cuando ello ocasione una disminución permanente de la integridad física y, de otra (artículos 3, 9 y 20 de la indicada Ley General), la conservación de la salud es un deber. Precisamente por esto último, a contrario de lo afirmado por el Dr. Castillo, si existe una obligación jurídica de mantenerse apto para la procreación, pues si conservar la salud es un deber para cada cual y si por ella es entendible aquel estado del organismo cuando funciona normalmente y sin daño inmediato que lo amenace, esto es, con pleno despliegue de sus múltiples potencialidades, entre ellas las de engendrar o concebir, el daño que se pretenda de éstas va en detrimento precisamente de esa salud. Por igual, si de acuerdo con la mencionada Ley General de Salud ésta es un deber para cada quien, siendo por lo demás esa legislación de orden público según su artículo 7, no es de recibo la afirmación del Dr. Castillo en cuanto a que en forma expresa no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues si existe un deber, cual ocurre en la especie según lo dicho, es sobreentendido que el mismo no es renunciable por el solo consentimiento propio, pues hace a la esencia del deber no estar sujeto a la voluntad del destinatario, porque en caso opuesto ya no lo sería tal. En otra visión, es dable en gracia discursiva afirmar que precisamente el artículo 26 del Código Penal, resulta uno de los casos autorizados por ley de que habla el propio 27 del Código Civil. En última instancia, ese argumento es de orillar, pues la remisión autorizante que hace esta última norma no es subsumida de lleno por aquélla en tanto que ésta, a su vez, contiene una remisión valorativa para la determinación de su contenido, consistente en la condición de que el consentimiento provenga de quien válidamente pueda darlo, validez que hace no sólo a cuestiones de carácter subjetivo, sino también objetivo, verbigracia, a la prohibición de disponer del propio cuerpo. O sea, que el artículo 26 del Código penal no tiene autonomía valorativa plena en tanto que subordina el consentimiento respecto de quien válidamente pueda darlo y, esta validez, refluje entonces para su fijación, hacia las normas rectoras antedichas, sean el artículo 27 del Código Civil y los propios 1, 3, 9 y 20 de la Ley General de Salud. De este modo, la prohibición de disponer del propio cuerpo cuando ello ocasione una disminución permanente de la integridad física, según acontece con la esterilización, no halla más salvedad que la prevista por el mencionado artículo 129 del Código Penal. Por último, el deber de conser-

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*

var la salud que establecen los artículos citados de la Ley General de la materia, privaría en todo caso sobre el artículo 26 del Código Penal en tanto que de una parte, según ya se afirmó, los deberes no son renunciables y, de otra, emanando ese deber de una ley especial, ésta prevalece sobre la general cual resulta aquel código y, aun en la hipótesis

de que ambos ordenamientos tuvieran igual validez formal, resulta que siempre predominaría aquella ley al disponer expresamente en su artículo 7, que ella y demás leyes, reglamentos y disposiciones relativas a la salud, son de orden público y en caso de conflicto prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de igual validez formal.

\*\*\*