

LA ESTERILIZACION FRENTE A LA PRETENDIDA RESURRECCION DE LA EUGENESIA

Juan Espinoza Espinoza
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

La esterilización es un tema que ha cobrado una gran actualidad, debido a las medidas dirigidas a promover el control de la natalidad dictadas por el gobierno. Sin embargo, la práctica de la esterilización no sólo puede chocar con mandatos éticos y religiosos profundamente arraigados en muchos sectores, sino que nos coloca ante la posibilidad de su aplicación con finalidades eugenésicas y de profilaxis social. Esta manera de aplicar la esterilización, tendiente a privar de la posibilidad de procrear a los incapaces y a quienes padezcan de enfermedades de transmisión hereditaria, no debe ser tomada en cuenta, pues atenta de manera directa contra la dignidad y la libertad del ser humano. Además, los problemas éticos y políticos que puede generar el uso masivo de la esterilización, no agotan completamente el tema; la esterilización es también fuente de diversos problemas jurídicos, pues se encuentra ubicada en aquellas zonas grises donde el individuo empieza a ver limitada su libertad por el interés social, la moral o las buenas costumbres. ¿La esterilización es una mutilación?, ¿Hasta qué punto la esterilización puede ser dejada a la sola decisión del individuo?, son algunas de las preguntas que el autor se encarga de responder en el presente artículo.

1. LA ESTERILIZACION VOLUNTARIA: EL DESAFIO DE LA PROPIA NATURALEZA DEL HOMBRE

El derecho a disponer del propio cuerpo no puede ser entendido unidimensionalmente, dado que existen deberes correlativos por cuanto respecta a la familia y a la sociedad. Entre los actos de disposición del propio cuerpo se encuentra la decisión de someterse a la esterilización, la cual puede involucrar sea a un individuo, sea a una pareja¹. La decisión en el primer caso no está limitada por otra voluntad concurrente. Cosa que no sucede en la segunda hipótesis: si una pareja estable no desea procrear hijos y asume la esterilización en su verdadera dimensión, vale decir, como una operación irreversible², nosotros no vemos ningún impedimento para que uno de ellos, con el asentimiento del otro, se someta a este tipo de intervención. En el caso de desacuerdo entre la pareja, pensamos que el interés de la familia debe ser preminente y prevalecer sobre el interés individual.

Hay quien, partiendo de la premisa que la manipulación de la naturaleza y de la genética sean lícitas, sostiene que: "de la acción humana trasluce siempre

¹ Expresa, en la conciencia de quien compone las poblaciones más civilizadas: la necesidad de gestar separadamente la propia potencialidad procreativa y la propia potencialidad relacional" (ZANI, *La sterilizzazione volontaria: una lettura psicologica*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, AA. VV., a cura del CISF, Franco Angeli Editore, 1983, 92).

² Con referencia a la reversibilidad, hay quien afirma que: "es indudable que la aceptabilidad de la esterilización masculina y femenina tendría una ubicación bien diversa no sólo sobre el plano conceptual y quizá moral, sino también sobre el médico si su reversibilidad fuese no un evento hipotético, sino un hecho cierto". Agregando que, en el caso de la vasectomía: "Aparte del problema técnico de la recanalización que con la microcirugía es más simplificado, se evidencia que la obtenida recanalización, con examen del espermatozoides con caracteres aparentemente normales, no siempre significa eventual concepción: existe, en efecto, la posibilidad de la formación de auto anticuerpos que puede incidir negativamente" (VIGNALI, *La sterilizzazione: problemi medici e reversibilità*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 65 y 67).

un proyecto; intención y proyecto modelan el ambiente en el cual el hombre actúa, humanizándolo, en modo que éste pueda responder a aquellas necesidades y a aquellas exigencias que son propias del hombre -ser típicamente defectivo-³. Dentro de esta línea de pensamiento, la naturaleza debe estar subordinada a las exigencias vitales, abandonándose, de esta manera, su concepto de "horizonte estable e inmodificable (...) de la existencia humana"⁴. En la esterilización, como en cualquier otro resultado del desarrollo científico, "el problema no es tanto de la diferencia entre el descubrimiento científico (siempre neutral) y su aplicación (buena o mala): está en la misma dimensión del descubrimiento que puede instalarse una lógica proyectiva de alteración del destino humano"⁵. Es dentro de la ética coexistencial, propia del derecho y de los criterios guías del respeto de la dignidad humana y de la familia, que debemos ubicar a la esterilización.

El hombre, en tanto es libertad, puede modificar su propia naturaleza dentro de los límites de la licitud. Como ser ontológicamente libre, el hombre tiene la posibilidad de conformarse con su corporeidad o rebelarse frente a ésta o a una determinada función de su organismo, como es la capacidad reproductiva. No existe ninguna razón válida que impida asumir esta decisión. Un descubrimiento científico es viable cuando permita mejores condiciones de existencia y tiene un propósito definido: en el caso de la esterilización es el deseo de no procrear.

Frente a estas consideraciones, creemos que es necesaria la presencia de determinados requisitos para hacer valer la decisión para someterse a la esterilización, como el hecho de tener una determinada edad (con el problema de optar por la mayor edad o -como hacen algunas legislaciones- por una edad superior) o el consentimiento de la pareja (en la hipótesis de estar casado o ser conviviente), ya que, al encontrarse el individuo en una formación social como es la familia, sus intereses deben estar armonizados con ésta.⁶ El hecho que se establezca como límite aquel de tener un cierto número de hijos, no parece ser acertado, por cuanto, crearía una situación de desigualdad entre las personas que tienen hijos dentro del límite establecido y aquellas que no los tienen. Si hablamos de un derecho a procrear, deviene obvio que el número de hijos que se desea tener es una decisión personal, la cual no puede estar sometida bajo ninguna calificación de parte del Estado. El número de hijos (o la eventualidad de su inexistencia, en el caso de personas solas) podría servir como criterio adicional para valorizar la verdadera necesidad de los interesados, pero no puede ser utilizado como un requisito discriminatorio.

Junto a estos requisitos no es menos importante la información que se debe tener con la finalidad de evaluar las consecuencias de esta decisión. Se sostiene que "el deber del médico de no intervenir sin el consentimiento del enfermo (en este caso sería de los interesados) está conectado con el otro: la obliga-

En sentido contrario se afirma que: "no se comparte la metodología por la cual la valoración de un hecho pueda depender de la entidad de las consecuencias (reversibilidad o no): éstas pueden influir sobre la determinación del daño, sobre la existencia del delito pero no sobre la ilicitud del hecho" (D'ADDINO, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, ESI, 1983, 195).

Se sostiene que: "las posibilidades técnicas de la simple recanalización, sea en la mujer que en el hombre, mediante la moderna microcirugía, son bastante elevadas. Menos elevadas, en cambio, son las posibilidades de volver a dar la función generativa que lleve a una efectiva gravidez normal. Mucho dependerá también de las técnicas elegidas en la ejecución de la intervención esterilizadora precedente: de "como" ha sido efectuada, del lugar en donde ha sido practicada, de los instrumentos usados, de la profundidad de la incisión, del tipo de ligadura, etc.". Es por estos motivos que se expresa cuanto sigue: "Evitar la generación, haciendo recurso a una grave disminución constituiría una elección que representa un absurdo. Es por ello que la ciencia, que trata de ayudar al hombre en sus tareas fundamentales, como es del resto su única razón de ser, debería comprometer todas sus energías para encontrar métodos de regulación de los nacimientos que no ataquen al hombre en sus estructuras y finalidades: y hasta que ésta no haya logrado encontrar tales métodos, está llamada a respetar y aceptar sus limitaciones, sin replegarse contra el hombre. En cuanto a otros casos, para salvar verdaderamente al hombre, estamos llamados a aceptar nuestras limitaciones" (PERICO, *La sterilizzazione volontaria permanente e temporanea come metodo contraccettivo. Riflessioni morali, in Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 117 e 119-120).

³ D'AGOSTINO, *Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della Filosofia del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 1987, 23.

⁴ D'AGOSTINO, op. cit., 24.

⁵ D'AGOSTINO, op. cit., 27.

⁶ Así, en lo que respecta al requisito de la edad: "en Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia el derecho a la esterilización es concedido a personas sobre los 25 años y negado a los mayores de 18 y 21 años. Las personas entre los 21 y los 24 años pueden elegir la esterilización voluntaria si su solicitud es aceptada y aprobada por una comisión. Tal aprobación es concedida por motivos de salud (comprendidos aquellos que pondrían a la pareja en la imposibilidad de ocuparse de los hijos), razones genéticas y socio-económicas. No se solicita el consentimiento del cónyuge o del/ de la partner" (VELLA, *Breve panoramica storico-sociale sul fenomeno della sterilizzazione*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 28).

ción de informar”⁷ (...) “cuando el paciente se encuentra en una situación en la que existen diversos métodos (piénsese en aquellos anticonceptivos) o técnicas entre los que se puede elegir, el médico deberá informar sobre tales posibilidades”⁸.

La esterilización voluntaria ha recibido numerosas críticas de diversos sectores. Debemos recordar que existe una vasta gama de métodos anticonceptivos, que pueden ser utilizados y que, de ninguna manera, se pretende hacer prevalecer esta operación cuya finalidad es bien diversa. En la primera se controla la natalidad, en la esterilización se elimina esta posibilidad. Esta determinación corresponde a una decisión, libre y responsable, de la pareja. Se opina que “la esterilización voluntaria confina con el derecho a la libertad de la persona para proyectar su vida aunque sí tiene, indudablemente, repercusión sobre el destino de la especie humana”.⁹ La Population Reports, en un estudio de 1981¹⁰, divide en cuatro grupos a los países, según su respuesta normativa frente a la esterilización voluntaria:

1. Países en los cuales la ley declara explícitamente legal la esterilización (Singapur, Panamá, Japón, Países Escandinavos, Yugoslavia, algunos de los Estados Unidos).

Merece atención el Código penal de España, que en la parte relativa a las lesiones, regula a la esterilización. La versión original del artículo 428 la parangonaba a la castración y la punía.¹¹ Sucesivamente con la reforma del mismo¹², ésta ha sido despenalizada.

2. Países en los cuales la esterilización es legal en cuanto no existe ninguna ley que la prohíba (China, Corea del Sur, India, la mayor parte de los Estados Unidos y casi todos los países del *Commonwealth* británico).

3. Países en los cuales las leyes y los decretos ministeriales consideran a la esterilización ilegal y la prohíben *de iure* (Birmania, Somalia y Turquía¹³), aunque en la práctica ésta se tolera.

4. Países en los cuales la posición jurídica de la esterilización voluntaria es incierta (Francia, Bélgica, Europa oriental, África ex-francesa y algunos países de América Latina).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha aprobado el 14 de noviembre de 1975 (con la reserva de Irlanda de no adhesión) la siguiente resolución (75)29:

1. Garantizar que las personas interesadas en la esterilización sean puestas plenamente a conocimiento del hecho que, al estado actual de los estudios, la operación es, generalmente, irreversible;
2. Hacer disponible como servicio médico la esterilización por vía quirúrgica.

2. LA EXPERIENCIA SUECA

La Ley de Esterilización sueca (*Steriliseringslag 1975:580*), por ejemplo, prevee dos hipótesis para este tipo de intervención, que se distinguen en base a la edad del solicitante:

1. Si el interesado ha cumplido 25 años, basta que sea ciudadano sueco o residente en el país. En el caso de rechazo, podría ser elevado el caso ante la Dirección Nacional de Salud Pública y Previdencia Social (*Socialstyrelsen*) (artículo 2).

2. Si el interesado tiene más de 18 años y menos de 25 debe, además de contar con los requisitos establecidos en el punto precedente, dirigirse a la *Socialstyrelsen*, en las siguientes hipótesis (artículo 3):

⁷ BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, en Cuadernos de Política Criminal, 16, EDESA, Madrid, 1982, 26.

⁸ BARREIRO, *op. cit.*, 30.

⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro primero del Código civil peruano*, Studium, Lima, 1986, 44.

¹⁰ En VELLA, *op. cit.*, 13-14.

¹¹ Esta disposición ha sido fuertemente criticada. En efecto, se afirmaba que si se limita la capacidad de disposición: “implica que el bien jurídico salud personal sea un bien jurídico estático, un bien jurídico que hay que tener, del que no se puede disponer” (BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones*, en Cuadernos de Política Criminal, 14, Institutos de Criminología de las Universidades Complutense de Madrid y de Valencia, 1977, 212).

¹² Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

¹³ En Argentina, en la provincia de Córdoba, ha sido sancionada el 17.11.78, la Ley N° 6222. “Ley de ejercicio de las profesiones y actividades vinculadas con la salud humana”, cuyo art. 7 prohíbe expresamente las prácticas de esterilización, inseminación y fecundación artificial, aborto y eutanasia.

- a) Cuando existe riesgo de herencia de enfermedades psíquicas graves, o anomalías, enfermedades físicas graves u otro defecto físico genético.
- b) Cuando la mujer, durante el embarazo, a causa de enfermedad, defecto físico u otro motivo, pueda correr peligro para su salud (si el médico lo ha certificado) o para su vida.
- c) Cuando la esterilización sea necesaria para poder sucesivamente proceder a la rectificación del sexo, en los casos previstos por la ley (Ley de determinación del sexo en casos establecidos, 1972:119).

Es importante notar que el artículo 5 de la citada ley establece que la esterilización no puede ser practicada sobre quien no haya tenido información suficiente sobre la intervención a la cual será sometido y sobre sus consecuencias, y no le hayan sido mencionados otros métodos de prevención de la concepción.

3. LA EXPERIENCIA ALEMANA

Particular comentario merece la experiencia alemana, el BGB ha sido modificado por una ley que ha entrado en vigor en 1992. Se instituye la figura del *Betreuung*, que se basa en las relaciones entre asistente y asistido, eliminando las figuras de la interdicción y de la curatela. Ha sido empleado el espacio vacío dejado por el artículo 1905 para prever que, en el caso en el cual la intervención médica consista en la esterilización del asistido, el asistente podrá dar su consentimiento sólo si:

1. La esterilización no está en contraste con la voluntad del asistido.
2. El asistido se demuestra incapaz de dar su consentimiento.
3. Se debería hipotizar que a falta de la esterilización, pudiese tener origen un embarazo.
4. En consecuencia de tal embarazo se podría sospechar el surgimiento de un peligro para la vida o de un daño grave a la salud física o mental de la asistida, el cual no podría ser evitado con otros medios válidos.
5. El peligro de un embarazo que no pueda ser eliminado con otros medios válidos.

Un peligro grave para la salud mental de la asistida durante el embarazo puede estar representado tam-

bién por la amenaza de un duro y largo sufrimiento, puesto que los procedimientos decididos por el juez tutelar, que comportarían la separación de madre e hijo, serían adoptados en contra de su persona. El consentimiento del asistente debe estar precedido de la autorización del juez tutelar. La esterilización puede ser efectuada a partir de las dos semanas sucesivas del momento en que tal autorización adquiera eficacia. Al efectuar la esterilización se debe dar prioridad al método que podría permitir un retorno a la fertilidad.

Haciendo una comparación entre el modelo sueco y el alemán, preferimos al primero, por cuanto se basa en la voluntad *real* del interesado. Llama poderosamente la atención el modelo alemán, dado que (al igual que en el modelo español) el representante del incapaz puede asumir una voluntad **inexistente**, autorizando una esterilización no deseada (en muchos casos ignorada) sobre este último. El hecho que esta autorización sea homologada judicialmente no exime de críticas a este diseño legislativo, debido a que se atenta en contra de la integridad del sujeto representado, permitiendo la ejecución de un acto que, por la magnitud de sus consecuencias, debe ser producto de una decisión personalísima. Y es aquí cuando observamos que, al tratar de justificar **jurídicamente** la intervención del representante, el legislador alemán cae en una manifiesta contradicción, porque si éste puede **suplantar** con su consentimiento la decisión del representado cuando éste se muestra incapaz de manifestarlo ¿Cómo se puede saber si la intervención quirúrgica de la esterilización no entra en contraste con su propia voluntad?

4. LA EXPERIENCIA ITALIANA

Paralelamente al problema civilista de la licitud de la esterilización entendida como acto de disposición del propio cuerpo, existe el aspecto penal, en el cual la esterilización sería (o no) entendida como una lesión personal¹⁴. El Código Penal italiano ha sufrido una evolución similar a aquella de su homólogo español. En efecto, el artículo 552 tipificaba como delito la impotencia procurada para la procreación¹⁵. Posteriormente este dispositivo ha sido derogado (junto a todos los otros artículos que formaban parte del Título que se refería a los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe) por el artículo 22 de la Ley 22.06.78, n. 194 (Normas para la tutela

¹⁴ D'ADDINO, op. cit., 189-190.

¹⁵ Art. 552 c.p.: "Quien cumpla, sobre persona de uno u otro sexo, con el consentimiento de ésta, actos dirigidos a hacerla impotente para la procreación es punido con la reclusión de seis meses a dos años con la multa de mil a cincocmil liras. La misma pena corresponde a quien ha consentido el cumplimiento de tales actos sobre la propia persona".

social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria de la gravidez). Después de esta derogación, el Tribunal de Lucca, en la decisión del 7 de mayo de 1982 (inédita), ha absuelto a un médico de la incriminación de haber practicado cincuenta vasectomías, porque el hecho no constituía delito, argumentando cuanto sigue:

“la tesis que se sostiene no entra en contraste en absoluto con la norma del artículo 32 de la Constitución, porque el sujeto esterilizado es un individuo perfectamente sano, capaz de absolver la propia actividad en la sociedad y en la familia. Justo a tenor del citado artículo 32 debe reconocerse al individuo un derecho a la tutela de la salud y el concepto de salud tiene un contenido muy amplio, que comprende en sí, sin agotarlo, aquel más restringido de la integridad física (...*omissis*). El esterilizado es perfectamente sano y sobre el aspecto psíquico, quizás más sano que tantos otros individuos que utilizan otros métodos de contracepción”¹⁶.

El hecho de someterse (o no) a la esterilización es una decisión existencial que involucra al ser humano sea individualmente considerado, sea en su condición de cónyuge o conviviente. Los motivos pueden ser de diverso orden¹⁷, pero entendemos que la decisión sobre este acontecimiento está circunscrita dentro de aquel ámbito de acción que pertenece al libre desarrollo de la personalidad. El Estado debería intervenir sólo para verificar la existencia de determinados requisitos (ya señalados: edad y según sea el caso, también el consentimiento de la pareja) necesarios para ejercer el derecho de disponer del propio cuerpo de una manera libre y respon-

sable. Cualquier otra limitación no debería tener ninguna relevancia jurídica.

5. LA ESTERILIZACION EUGENESICA IMPUESTA POR EL ESTADO

El 20 de mayo de 1990, arriva un cable de Pekín, informando que en la provincia de Gansu, han sido realizadas 5,500 operaciones de esterilización a retardados de mente, en un lapso de 14 meses, cumpliendo con lo dispuesto por una ley sobre esterilización obligatoria. Se había programado de esterilizar en un año, cerca de 260,000 retardados de mente. Esta ley se alinea a aquellas de Nuremberg de la Alemania nazista del 14 de julio de 1933, de Indiana del 09 de marzo de 1907 y de otros de los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo 428 (reformado) del Código Penal español establece que: “...no será punible la esterilización de persona incapaz que sufra de una grave deficiencia psíquica cuando esta haya sido autorizada por el Juez sobre petición del representante legal del incapaz, oídos el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previo reconocimiento del incapaz”.

Frente a estos hechos el jurista debe asumir una posición determinada, con la finalidad de obtener una justa comunidad existencial entre los hombres¹⁸. Ni el Estado ni los representantes pueden asumir una voluntad de carácter personalísimo como es aquella de decidir sobre el derecho a procrear del cual todos gozamos. Esto reviste particular importancia en el caso de los retardados mentales. Debemos partir de la premisa que existen grados de retardo (como en todas las enfermedades mentales)

¹⁶ Hay quien sostiene que la abrogación del art. 552 c.p. no implica la licitud de la esterilización, por cuanto este dispositivo era de carácter especial y siendo la esterilización una lesión, se deben aplicar los arts. 582 y 583 c.p. dentro del principio general que reconoce el art. 32 Const. Por estos motivos se afirma que “la pérdida de la capacidad de procrear es una enfermedad específica y nominada; quien la causa a otros con comportamiento conciente responde del ilícito. Entendida según la interpretación propuesta, la disposición no deja lugar a dudas. La aplicación a la esterilización aparece directa. Por el medio que la realiza y por el resultado que produce, la esterilización consiste en la lesión sobre la persona que causa la enfermedad de la capacidad de procrear” (COVIELLO, *Sterilizzazione volontaria nella legislazione italiana: valutazione giuridiche*, en *Il problema della sterilizzazione volontaria*, cit., 78). de esta obra hemos extraído la citada sentencia.

En el mismo sentido se afirma que en este caso: “no es reclamable la tutela de la libertad sino la tutela de la salud. La esterilización es lesión de la salud y como tal es calificada ilícita por el ordenamiento”, sin embargo, se estima que la oportunidad de la intervención será lícita “cada vez que, en el respeto de la persona humana y de su voluntad, persiga el interés de la salud, también psíquica, del sujeto o sea justificada por condiciones objetivas del individuo, afecto de anomalías hereditarias, que responsablemente pide la intervención” (D’ADDINO, op. cit., 42 y 196).

¹⁷ Aunque si nuestra observación es lapalisiana, la esterilización voluntaria motivada por la finalidad de no querer traer al mundo seres con alguna disminución, es cosa bien diversa al aborto eugenésico: en el primero se está ejercitando válidamente el derecho a procrear, en el segundo se está eliminando a un ser humano.

¹⁸ En posición crítica se afirma que “...rebase la incumbencia del Estado el procurar fomentar razas y estirpes escogidas, como si de sementales auténticos se tratara” (DIEZ DIAZ, *Los Derechos de la Personalidad. Derecho Somático*, Ediciones Santillana, Madrid, 1963, 197).

y que no se puede tratar de la misma manera a todos aquellos que sufren de este *handicap*¹⁹. El temor a un embarazo no nos debe inducir a defender la esterilización *a priori*, ni el aborto *a posteriori*. El gobierno que decide esterilizar a este tipo de sujetos, sin ninguna distinción, bajo el pretexto de su situación, pretende realizar una política utilitarista que entra en colisión con la integridad del ser humano y por lo tanto, está privada de validez. Hay quien aún admitiendo la eugenesia, observa que: "si el pretendido bien de la especie es dirigido a través del sacrificio indiscriminado de algunos (piénsese en la esterilización forzada), salimos de cualquier criterio jurídico de licitud, para acceder (quizás inconscientemente) a la aceptación del derecho del más fuerte. Y el más fuerte no obra por el bien común, vale decir jurídicamente, si no sólo para maximizar indebidamente la propia utilidad subjetiva".²⁰ En nuestra opinión, no se debería sacrificar la integridad del más débil por el temor de posibles nacimientos de seres similares. Nosotros, en tanto jurídicamente capaces, debemos proteger a los otros. Se puede objetar, y con razón, que en casos extremos no podemos hablar de un derecho a procrear, ya que éste implica relaciones conscientes dirigidas a determinado fin. Aún en estas hipótesis, entendemos que no debería ser admitida la esterilización. Existe una vasta gama de métodos anticonceptivos que se pueden utilizar sin atentar en contra de la dignidad

del ser humano, tan olvidada en el caso de los enfermos (o retardados) de mente ¿Se puede hablar de una contradicción entre el derecho que los capaces de discernimiento tienen de someterse a la esterilización y el hecho de impedir de someter a esta intervención a aquellos que no lo son? Creemos que la respuesta negativa es la correcta. En el primer caso hablamos de un derecho a procrear que corresponde a las exigencias existenciales del sujeto. En esta hipótesis, el sujeto (solo o con el consentimiento de la pareja, según sea el caso) puede decidir no procrear más. En el segundo caso, dado que los intereses del sujeto privado de discernimiento son bien diversos, no se puede concebir la esterilización como una libre decisión (ni a través de la determinación del representante legal, con la autorización del juez, como pretenden los modelos jurídicos español y alemán), ni con una imposición del Estado, en tanto, este tipo de sujetos debe ser protegido a todo nivel. Intervenciones irreversibles (como es el caso de la esterilización obligatoria) que lesionan la integridad y la dignidad del sujeto, pueden ser decididas sólo por el directo interesado y ningún otro puede sustituirlo.

Decisiones como aquellas del gobierno chino, pretenden desempolvar las viejas obras de Galton y resucitar del olvido los infames Tribunales del Resanamiento de la Raza de la Alemania nazista²¹.

¹⁹ Se sostiene que: "no se puede identificar *tout court* el insuficiente desarrollo intelectual con la incapacidad natural consistente en la falta de la facultad de entender y de querer" (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1991, 346). También se afirma que "lo que está en crisis -a la luz de los más recientes conocimientos psiquiátricos, de la cual la reforma (Ley 13.05.78, n. 180, de accertamientos y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios) se ha hecho intérprete- no es la noción de incapacidad por sí misma, si no es la correlación, llegada a automatismo, entre enfermedad mental (o mejor perturbación psíquica) de un lado e incapacidad de entender y de querer del otro lado" (VISINTINI, *La nozione di incapacità serve ancora?*, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura de CENDOM, ESI, 1988, 94). Por consiguiente, cuando hablamos de un enfermo (o de un retardado) mental, no necesariamente hacemos alusión a un ser que está al margen de sus circunstancias. Hay enfermos (o retardados) mentales que son capaces de entender y de querer y por consiguiente, de actuar, dentro de ciertos límites, de una manera conciente y responsable. Dado que no se pueden establecer clasificaciones netas y contrapuestas, se sostiene que "es la solución indicada por el código civil (italiano) (arts. 2046, 2047) aquella que me parece largamente preferible, o sea una solución en la cual la capacidad de entender y de querer, es en cada caso, acertada por el juez libremente, en base a las circunstancias del caso concreto sometido a su juicio, y por consiguiente, sobre la base de la común experiencia y además, si es necesario, de las nociones científicas ofrecidas por los peritos psiquiátricos" (VISINTINI, op. cit., 101).

²⁰ D'AGOSTINO, op. cit., 31-32.

²¹ El art. 1 de la Ley sobre la esterilización establecía cuanto sigue:

"1. Todo el que se encuentre enfermo de una dolencia transmisible, podrá ser sometido a la operación quirúrgica necesaria para convertirle en estéril, si, conforme con el dictamen de la ciencia médica, es de esperar con gran probabilidad que su descendencia habrá de sufrir "taras" graves corporales o psíquicas.

2. A los efectos de esta ley, se comprenderá bajo las expresiones de "enfermos de dolencias transmisibles" los que adolezcan de algunas de las siguientes:

1° Debilidad mental de nacimiento;

2° Esquizofrenia;

3° Locura circulante;

4° Epilepsia hereditaria;

5° Baile de San Vito (corea del Huntington);

6° Ceguera hereditaria;

7° Sordera de la misma naturaleza;

8° Deformaciones corporales graves y transmisibles.

3. Podrán muy especialmente ser esterilizados quienes sufran de alcoholismo grave".

Este criterio eugenésico no es solamente aplicable al caso de la esterilización: no faltaban quienes lo habían propuesto como impedimento matrimonial²². Actualmente se continúa defendiendo esta posición, denominándola de "sanidad nupcial"²³. Contrariamente, se ha elaborado una propuesta de reforma del Código Civil italiano, cuyo esbozo, en el artículo 2, establece la admisión judicial del interdicto por enfermedad de mente al matrimonio²⁴ cuando el juez "acierte que las condiciones de éste no sean tales de impedir el desenvolvimiento de la vida conyugal", siendo obligatorio escuchar directamente al interdicto (con la ayuda de un asesor técnico), al futuro cónyuge y a los sujetos directamente comprometidos en su curación²⁵.

En efecto, tanto en el matrimonio como en el caso de la esterilización, la solución no puede ser asumida ni con una prohibición, ni con una intervención que

atente contra la integridad del sujeto. Aún en el caso de los enfermos psíquicos incapaces de entender y de querer (por consiguiente, de casarse), la respuesta no se encuentra en esta intervención quirúrgica irreversible. Debemos dejar de estigmatizar al enfermo de mente como si fuese un ser al margen de la sociedad e insertarlo dentro de ésta, si bien como un ser "diverso"²⁶ pero tratándolo, en cuanto sea posible, como a cualquiera. Estamos lejos de diseñar modelos jurídicos que tengan como finalidad crear un tipo de hombre predeterminado y ver a los sujetos afectados de *handicaps* como una suerte de hombres *detritus*, estableciendo normas que impidan, cualquiera sea el costo social, de evitar que nazcan seres iguales. El costo social que sacrifique la integridad y la dignidad humana no tiene ningún sostén válido. En lo que respecta a estos problemas, creemos que se deberían tener en cuenta los siguientes criterios:

En lo que respecta a la ejecución de la esterilización, el primer párrafo del art. 12 establecía que:

"Si el Tribunal resolviera con carácter definitivo la procedencia de la intervención quirúrgica, se llevará a cabo aun en contra de la voluntad del interesado (?) cuando no haya sido éste el único que la haya requerido.

El médico oficial recurrirá a las autoridades de la policía a fin de adoptar las medidas oportunas y cuando no basten, será admisible la coacción directa".

No ha faltado quien, comentando esta ley, expresase cuanto sigue: "Bienvenida sea la ley de esterilización. Bienvenida porque es arma de paz, de paz del cuerpo y del espíritu. ¡Basta de cuerpos castigados por la herencia! ¡Basta de espíritus rebelados contra faltas paternas!... El amor será más firme y más noble en la familia que no sufre el tormento de un degenerado, cuya sola presencia es un reproche -toda una acusación- contra quienes le engendraron, por debilidad, por ignorancia o por negligencia culpable" (DÍAZ DE GUIJARRO, Esterilización y Matrimonio Eugénico. La Ley Alemana sobre Esterilización de Deficientes, en Antología Jurídica, Cuadernos mensuales, 192, IV, N° 5, Buenos Aires, 1934, 14). En realidad, si nos piden un texto, extemporáneo por completo y diametralmente opuesto a los valores de nuestro tiempo, creemos ya haberlo encontrado.

²² Así, cuando se dice que: "La protección racial implica la primacía del interés social sobre el individual, a fin de asegurar la salud familiar y la descendencia sana. El propósito eugenésico es el inspirador del impedimento matrimonial; y la forma imperativa, el seguro medio para conseguir, sin dudas y sin obstáculos, su objetivo" (DÍAZ DE GUIJARRO, Bases eugénicas para la Legislación del Matrimonio, en Antología Jurídica, Cuadernos mensuales, 262, Tomo X, N° 12, Buenos Aires, 1939, 10).

²³ Se advierte que: "la mayor parte de las corrientes doctrinarias, incluida la católica, considera por lo menos aconsejable que no contraigan matrimonio quienes no han de engendrar sino una prole defectuosa o enferma; y algunas (corrientes), yendo más lejos, llegan hasta propugnar la necesidad de una investigación relativa a la sanidad de los pretendientes y de prohibir el casamiento a quienes adolezcan de ciertas enfermedades o vicios" (CORNEJO CHAVEZ, Derecho Familiar Peruano, I, Librería Studium Ediciones, Lima, 1985, 142).

²⁴ Se critica a algunos civilistas que están: "prontísimos a gastar páginas y páginas para debatir temas de escaso relieve concreto, como por ejemplo aquel de la admisibilidad o no del matrimonio en el caso del interdicto -sin ninguna consideración, por la circunstancia, de hecho, que casi ningún enfermo de mente es interdicto (en Italia), que difícilmente un sujeto del género (puesto que haya alguien dispuesto a quererlo como consorte, quizás por motivos de puro interés) piense en contraer matrimonio, y que extrañamente las nupcias (...) se ponen entre sus necesidades objetivamente prioritarias" (CENDON, *Il settimo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli*, in *Pol. dir.*, 1990, 144).

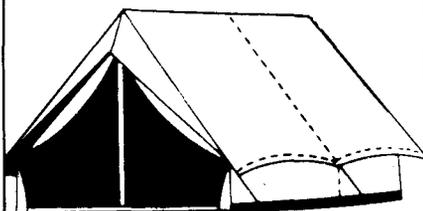
²⁵ Así, con este tipo de propuesta, como advierte el citado A.: "el enfermo de mente, en la medida de lo posible, deviene más patrón del propio destino" (CENDON, *Infermi dei mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice*, en *Pol. dir.*, 1987, 652). También, en este sentido, se observa que no habría estado fuera de lugar alguna puntualización sobre el objeto de la evaluación que debería hacer el juez, a efectos de su autorización, según el artículo del esbozo comentado (LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1989, 67).

²⁶ A propósito de la legitimidad del tratamiento sanitario se opina que: "la historia de la locura es a menudo la historia de los librepensadores, de los individuos no gratos a la sociedad, destinados a permanecer excluidos; así que es errado negar a la locura, en forma absoluta, la función expresiva de una verdad diversa y anticonformista, tal vez destinada a devenir la verdad del mañana. El carácter relativo e histórico de la normalidad de la vida social debe inducir a un mayor respeto de las originalidades del hombre y por consiguiente a garantizarlo de las intervenciones tendientes a hacerlo conforme al modelo de la mayoría o al modelo propuesto por el político" (PERLINGIERI, op. cit., 358).

1. El fundamento de la esterilización reside en el derecho de procrear, del cual goza el ser humano. Este derecho implica su ejercicio de manera conciente y responsable.
2. En el caso de los enfermos de mente (incluso los retardados), se debe determinar su capacidad de discernimiento y por consiguiente, si sus exigencias existenciales están finalizadas a conformar una familia (casarse y tener hijos).

3. En el caso de los enfermos de mente que no tengan la capacidad de discernimiento, el Estado debe intervenir para la salvaguardia de su integridad. Ello implica el hecho de no someterlos a intervenciones que los marginen, como si fuesen seres residuales. Es el caso de la esterilización obligatoria, que debe ser excluida de toda experiencia jurídica que se precie de respetar la dignidad del ser humano.

**decide tú
el lugar...**



**...nosotros
ponemos lo
necesario**

CARPAS Y ACCESORIOS DE CAMPING

- ▷ variedad de diseños
- ▷ impermeables
- ▷ en nylon o lona pura de algodón
- ▷ con estructura de aluminio
- ▷ a los mejores precios del mercado

enppasa

Río de la Plata 305 - San Isidro
Telfs. 442-0616 / 441-9928
Fax. 441-2489