

nes, se aborda el problema de la dificultad para determinar y probar el incumplimiento contractual, así como los inconvenientes a la hora de solicitar la ejecución forzosa de la obligación de alimentos y las numerosas cuestiones controvertidas que generan la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la resolución y consiguiente restitución en este tipo de negocio.

Finalmente, en cuanto al tratamiento en el último capítulo de la obra de las garantías, extinción y régimen fiscal del contrato, la autora se detiene más detalladamente en las garantías recogidas por el artículo 1.797 del Código Civil: la condición resolutoria explícita y la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas. Sobre esta última, la Dra. Berenguer sostiene con acierto que el citado precepto poco o nada aporta, en cuanto se limita a declarar que las partes pueden pactar una hipoteca sobre los bienes cedidos, posibilidad que obviamente no es necesario consagrar legalmente, y menos limitándola a un tipo de hipoteca como la de renta o prestaciones periódicas, cuyos innumerables problemas dogmáticos y prácticos la han destinado a su irrelevante utilización. Por el contrario, en opinión de la autora el uso frecuente de cláusulas resolutorias expresas no hace del todo inútil la previsión del legislador, si tenemos en cuenta que su finalidad puede no ser otra que la de desterrar las posibles dudas existentes acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro las cláusulas resolutorias expresas pactadas en los contratos de alimentos.

El análisis de estas cuestiones, y de todas las restantes no señaladas aquí, lo lleva a cabo la autora con amplísimo tratamiento de fuentes jurisprudenciales y doctrinales, tanto españolas como extranjeras. Dada la reciente regulación del contrato de alimentos por nuestro Código Civil, la mayoría de las resoluciones judiciales que se aportan se fundamentan en las normas que se aplicaban al llamado «contrato de vitalicio», lo que no empequeñece la importancia de las mismas, dado que el legislador se ha limitado en buena medida a reflejar lo que venía ocurriendo en la práctica, de ahí que sus pronunciamientos se hayan podido tomar como referencia para argumentar las propuestas de solución a problemas legalmente no resueltos. El uso continuado de esta modalidad contractual antes de su refrendo legal y su presencia en las decisiones judiciales justifica, como sostiene la Dra. Berenguer en la introducción de su obra, que se haya considerado imprescindible que este estudio se realice desde tres perspectivas distintas: pasado, presente y futuro del contrato de alimentos. Sin duda, la concurrencia del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del contrato de vitalicio y el análisis de la normativa vigente sobre el contrato de alimentos, que la autora entiende insuficiente y poco rigurosa, hace que podamos calificar esta obra como un auténtico tratado en la materia.

Isabel Zurita Martín  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Cádiz

**CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*, La Ley, Madrid, 2012, 424 pp.**

1. Hay obras que ponen a prueba y demuestran el fuste del jurista. Frente a la cómoda posibilidad de abordar cuestiones más o menos sencillas o problemas de actualidad efímera, hay otros ámbitos donde un jurista consciente de sus responsabilidades sólo puede decidirse a plasmar sus opiniones

tras una madura y ponderada reflexión y tras un estudio atento y delicado de cada punto. Y aun ello con la duda permanente que entraña el saber que se trata de materias de enorme complejidad y de intensa controversia. Estas características confluyen sin duda en cualquier obra jurídica que se decida a analizar la esterilización de los disminuidos psíquicos. Indefectiblemente, subyace a cualquier análisis técnico sobre la bondad del mecanismo una cuestión previa, relativa a la mera admisión o al rechazo de esa posibilidad, cuestión evidentemente trufada de componentes ideológicos. Es cierto que cabe proponer un enfoque encaminado a prescindir de elementos ideológicos, partiendo de la propia existencia de la norma, pero también se constata la frecuente e inevitable reaparición de ese debate ideológico en múltiples facetas del análisis.

Quien quiera llevar a cabo un análisis riguroso de los problemas jurídicos vinculados con la esterilización de los incapaces debe además contar con un bagaje instrumental que no puede limitarse a un único campo jurídico. En efecto, sólo pertrechado con las armas del Derecho Constitucional, del Derecho Penal, del Derecho Procesal y del Derecho Civil podrá satisfactoriamente darse una respuesta adecuada a esos problemas. En caso contrario, el análisis peca de parcial y se incurre en el muy probable riesgo de ofrecer una visión incompleta y falseada de la cuestión. En el autor concurre una trayectoria de amplio y sólido recorrido en el ámbito procesal, pero sin embargo se mueve con agilidad y solvencia en las otras materias que han sido mencionadas. Sus opiniones en el ámbito penal, civil o constitucional son absolutamente asumibles, y lo mismo debe decirse con mayor razón si cabe de sus argumentaciones en el plano procesal. Demuestra por tanto una formación jurídica casi enciclopédica, al modo clásico.

2. La controversia que acompaña esta materia se constata al ser uno de los preceptos afectados por el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal\*\*, recogiendo algunas de las sugerencias del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Se dice en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que «[d]e igual modo, se da un mejor tratamiento a la posible esterilización de las personas con discapacidad, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas con discapacidad. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

Y el texto propuesto en ese Anteproyecto para el artículo 156. II CP es el siguiente: «No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvar el prevalente, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil».

Como es evidente, de prosperar esta reforma el régimen de la esterilización de los disminuidos psíquicos experimentará un cambio sustancial. Por ello, resulta del máximo interés conocer en profundidad cuáles son las virtu-

---

\*\* Con fecha 23 de julio de 2013, puede consultarse el texto en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html).

des y los defectos del sistema actual, para tratar de aportar esa experiencia al nuevo precepto.

Desde esta perspectiva, el conocimiento y la valoración de los datos estadísticos acerca del número de esterilizaciones que se producen y que se intentan al amparo del artículo 156.II CP sería un elemento del máximo interés, que permitiría poner de relieve un hecho relevante en el contexto actual sobre el que ha llamado la atención el CERMI, como es el afectar de forma casi absoluta a mujeres.

3. La estructura analítica de la obra es impecable. Se analizan en primer lugar los aspectos constitucionales de la cuestión (capítulo I), después los problemas jurisdiccionales (capítulo II); a continuación las personas «intervinientes e interesados» que participan en el expediente (capítulo III) y el sistema de garantías desde una perspectiva objetiva (capítulo IV); y por último los concretos aspectos procedimentales (capítulo V). La obra se cierra con un útil índice de jurisprudencia por materias.

4. Como se ha indicado, en una materia donde los elementos ideológicos tienen cierta relevancia los aspectos constitucionales ofrecen un singular interés. El Prof. Cucarella Galiana no se limita a un brillante análisis de las principales resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, con un magnífico y detallado análisis de la STC 215/1994, de 14 de julio (pp. 86 y ss.), sino que se apoya en los criterios suministrados al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (pp. 66 y ss.). Con inteligencia, el autor no sólo desentraña el alcance de las decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que constata la repercusión de las mismas en el ámbito de la jurisprudencia menor (pp. 129 y ss.). Este modo de proceder evidencia que el Prof. Cucarella Galiana efectúa un análisis de esas decisiones poniendo de relieve su transcendencia en la aplicación práctica de los tribunales, desechando de modo decidido una metodología vacía y demasiado frecuente, que consiste en la exposición de los elementos constitucionales sin verificar su eficacia real. Con todo, acaso en este apartado hubiera sido oportuno un examen más detenido de las pautas que proporciona la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que aparece episódicamente citada, por ejemplo, en la nota 208) y su relación con nuestros criterios constitucionales.

5. El Capítulo dedicado a los problemas jurisdiccionales (pp. 149 y ss.) se articula básicamente en tres grandes apartados. En el primero (pp. 154 y ss.) se delimita el ámbito de la jurisdicción y las razones por las que se atribuye a la misma la autorización para esterilizar a los disminuidos psíquicos: no sólo se expone el artículo 156, párrafo segundo, CP en su relación con el principio de exclusividad jurisdiccional, sino que se ofrece una apretada y sensata visión de las teorías de la jurisdicción, relacionadas con los casos de esterilización. El segundo apartado (pp. 173 y ss.) se destina básicamente al análisis de la cuestión de la esterilización en su relación con el delito de lesiones. En este punto conviene llamar la atención acerca de la peculiar función del segundo párrafo del artículo 156 CP: afirmada con carácter la punibilidad de las lesiones (arts. 147 y ss. CP), se establece una regla especial cuando media «el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» (art. 155.I CP); pero a continuación, cuando ese consentimiento se refiera a trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transsexual, se configura como supuesto de exención de responsabilidad criminal (art. 156.I CP); y, finalmente, se matiza esa regla cuando se trata de esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica

(art. 156.II CP). No puede negarse que el camino seguido para llegar hasta el artículo 156.II CP es tortuoso y hasta cierto punto enmascara la trascendencia de la norma. El análisis que el Prof. Cucarella Galiana efectúa del consentimiento del sujeto pasivo es del máximo interés (pp. 182 y ss.) y permite atisbar retazos de una teoría general de los derechos fundamentales en caso de personas con discapacidad. En este punto, quizá hubiera sido interesante traer a colación con más detalle los criterios que proporciona la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El tercer y último apartado de este Capítulo examina, desde una perspectiva jurisdiccional, los criterios atributivos del expediente para autorizar la esterilización (pp. 205 y ss.). El Prof. Cucarella Galiana estudia con rigor los problemas fundamentalmente desde un punto de vista internacional, objetivo y territorial.

6. Los intervinientes e interesados en el expediente son los protagonistas del capítulo III (pp. 231 y ss.). Se contiene en esas páginas mucha y buena doctrina tanto procesal como sustantiva, distinguiendo en función de si la esterilización se acumula al proceso de incapacitación (pp. 231 y ss.) o si la esterilización se articula mediante un expediente tramitado con posterioridad a la incapacitación (pp. 260 y ss.). Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, de especial interés son las páginas que el autor dedica a los problemas relacionados con la edad del disminuido psíquico (pp. 245 y ss.) y la interpretación de la «grave deficiencia psíquica» y su conexión con el impedimento de autodeterminación en el ámbito sexual (pp. 270 y ss.).

7. El capítulo IV se ocupa de los criterios que deben presidir la resolución del objeto del expediente (pp. 295 y ss.), lo que en el fondo se traduce en la identificación de las garantías desde un punto de vista objetivo. En realidad bajo esta rúbrica se esconde el análisis concienzudo y sereno de dos cuestiones de enorme complejidad, irresolubles en abstracto y extraordinariamente difíciles de aplicar en cada caso. Por un lado, se plantea la delimitación del mayor interés del incapaz como criterio recto de la resolución (pp. 296 y ss.). Y, por otro, la proporcionalidad de la medida de esterilización que se pretende (pp. 304 y ss.). A poco que se reflexione se apreciará la complejidad de la tarea, que el Prof. Cucarella Galiana afronta con decisión, proporcionando interesantes criterios para su concreta aplicación.

8. Finalmente, el capítulo V está dedicado a los aspectos procedimentales del expediente (pp. 333 y ss.). Es de agradecer que el autor se ocupe con detalle de estas cuestiones, que a menudo tienden a quedar en un segundo plano, como consecuencia de la actualmente insatisfactoria regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Merece una lectura particularmente detenida el análisis de las garantías que deben concurrir en este tipo de procedimientos (pp. 349 y ss.).

9. De lo expuesto se puede concluir sin dificultad que nos encontramos ante una obra de referencia, que clarifica el debate jurídico en un momento especialmente convulso, y que proporciona preciosas indicaciones no sólo para la aplicación sensata y adecuada del actual artículo 156, párrafo segundo, CP, sino para su eventual reforma.

Rafael Verdera Server  
Catedrático de Derecho civil  
Universitat de València