

INTRODUCCIÓN.

En este último tiempo España se ha caracterizado por un avance hacia la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad intelectual en diversos ámbitos, como empleo, formación, deporte... No obstante, otros ámbitos como los relacionados con la maternidad/paternidad y crianza de los hijos, no han recibido toda la atención que se merecen, imaginamos, que por ser ámbitos más controvertidos y complejos de abordar.

Las personas discapacitadas intelectualmente, tienen garantizados el ejercicio de sus derechos al igual de los demás, ahora bien, en mi estudio me gustaría matizar en esos derechos que no reciben tanta atención por ser considerados complejos de abordar, pero lo intentare lo más cuidadosamente y delicadamente que pueda.

El derecho a la maternidad/ paternidad es el tema fundamental de mi estudio. Considero que es un tema complicado y arduo de tratar, pero más aún, cuando lo intentas abordar en personas discapacitadas, concretamente intelectuales. La vida de las personas discapacitadas, en sí misma es complicada, se encuentra limitada para multitud de tareas, capacidades y habilidades, por ello la vida de una mujer discapacitada que quiere ejercer su derecho a la maternidad puede hacerse una cuesta demasiado pendiente si no cuenta con los apoyos suficientes para hacerlos.

El problema que se plantea en la sociedad no es la posibilidad de conceder ayudas a estas mujeres discapacitadas para que puedan hacer su vida diaria normal, el problema se concibe cuando una mujer discapacitada quiere ejercitar y desarrollar sus derechos a la libertad sexual y a la maternidad. Están se encuentran limitadas por barreras infranqueables para ellas por la intervención del derecho, mediante resoluciones judiciales de aborto y esterilización.

La idoneidad de mi estudio o bien la necesidad de hacerlo, va guiado a la lucha por la no discriminación de las mujeres discapacitadas intelectuales para ser madres, pero antes de poder luchar, por su defensa, será necesario conocer de lleno todos los entornos que la rodean.

El entorno más discriminatorio es el aborto y la esterilización, entornos donde interviene el derecho. Como sabemos el derecho no busca solo representar la realidad que tenemos, sino intentar luchar por que la realidad sea un poco mejor y más justa.

Lo que sabemos de la esterilización y del aborto es que son barreras para la maternidad de las mujeres discapacitadas, así a las que no lo son, pero será en las mujeres discapacitadas, donde se realice un uso generalizado y extendido de ellas, con motivos sociales, prejuiciosos y eugenésicos.

Con el paso del tiempo, la sociedad y el derecho, evolucionan adaptándose a la realidad social, pero aún queda mucho camino por recorrer y por descubrir en este camino de la igualdad para la maternidad de la mujer discapacitada intelectual.

El objetivo principal de este estudio es profundizar e intentar comprender las limitaciones establecidas a este derecho de la maternidad, así como su comprensión social, su aplicación práctica en la sociedad, como las posibilidades que el derecho tiene para conseguir la respuesta más eficaz y justa para este colectivo de mujeres discriminadas, que solo buscan el deseo y la felicidad de ser madres.

Capítulo I.- INTRODUCCION, CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD.

1. Breve Análisis Histórico.

Al abordar desde un punto de vista jurídico el concepto de discapacidad¹ se impone analizar la propia concepción social de la discapacidad, pues como sucede con todas las instituciones jurídicas, las normativas legales sólo se entienden y explican cómo plasmación de ese punto de vista social, son reflejo de una demanda social que el derecho positivo acaba asumiendo.

- Hay que partir de un primer momento histórico en el que la discapacidad fue considerada y tratada socialmente como un motivo de exclusión social. Se entendía que las personas afectadas de alguna discapacidad eran inhábiles en cuanto no se entendían capaces de satisfacer ninguna necesidad social. Desde esta perspectiva no era extraño que, a priori, quedaran excluidas del mercado laboral.
- Con posterioridad se asumió una posición que podríamos calificar de “rehabilitadora”. Supuso un avance en cuanto las personas afectadas de discapacidad ya no se consideraban inhábiles o innecesarias, pero sólo en cuanto y en la medida en que fueran “normalizadas”, rehabilitadas física, síquica o sensorialmente.
 - o Los principales beneficios que en este marco recibían las personas con discapacidad derivaban de servicios sociales en ámbitos separados del resto de la población, producto de una visión meramente caritativa o asistencial. Una cuestión “sanitaria” que aunque superó la situación anterior, concibe a las personas con discapacidad más como objeto que como sujeto de derecho.

¹ Seguimos a CABELLO DE ALBA JURADO, F., “Derechos de naturaleza personal y patrimonial especialmente reconocidos en la Convención”, en *Curso sobre “Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Aplicabilidad en el ámbito de la Administración de Justicia en España”*, organizado por Foro Justicia y Discapacidad, Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Burgos 25, 26 y 27 de mayo de 2009, pp. 1 a 3. Consultado en <file:///D:/Datos%20de%20Usuario/UJA/Downloads/Derechos%20de%20naturaleza%20personal%20y%20patrimonial.pdf>

- Desde este punto de vista, los inconvenientes que en su desarrollo humano y profesional encuentran las personas con discapacidad se entiende derivan de su inadecuación social, su superación supone un coste social y en el marco de programas o dispositivos de “buena fe” o “buena voluntad”.
- En un tercer momento, se parte, por el contrario, de que los inconvenientes en el desarrollo humano y profesional que encuentran estas personas no derivan de su inadecuación, sino de lo inadecuado de los modelos sociales asumidos anteriormente, ya sea desde el punto de vista jurídico, arquitectónico, laboral, educativo o en cualquier otro ámbito de su actividad.

Como consecuencia de la asunción de esta postura, es necesario concluir:

- Que el contenido de los derechos y deberes que deben predicarse de todas las personas –con discapacidad o no- son los mismos.
- Que su condición de personas o sujetos de derecho se predica en régimen de igualdad con cualquier otra persona, que son plenamente capaces para su inclusión social y pueden aportar a la sociedad, en ejercicio de su dignidad, igualdad, libertad y responsabilidad, lo mismo que los demás.
- Que en el tratamiento jurídico, laboral o de cualquier otro orden, los ajustes sociales que han de asumirse lo han de ser como una cuestión de derechos humanos,
- Que las limitaciones específicas que se encuentran son principalmente sociales y, finalmente,
- Que el tratamiento de estas personas ha de tender a potenciar su autonomía y plena integración, asumiendo políticas no ya de sustitución sino de apoyo.

Lógicamente, dicha evolución se ha plasmado, jurídicamente hablando, en numerosas normas legales que han obedecido, en cada momento, a dicha realidad y valoración social. No podemos detenernos en el análisis de todas ellas, pero entiendo que es necesario hacer, siquiera un bosquejo, de las que, a día de hoy, vienen a delimitar, como normas de primer rango, los principios inspiradores de la regulación de esta materia.

2. La Constitución Española.

La Constitución española de 1978 fue una de las primeros textos constitucionales que dedico un precepto específico al tratamiento de las personas con discapacidad. Se trata del artículo 49, que dispone:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”

A pesar de la innovación que supuso el artículo 49, aun subyacen en su texto rastros de una concepción “rehabilitadora” en el sentido a que antes hemos referencia. Evidentemente dicha concepción ha sido superada, no sólo en la concepción social, sino también en nuestro ordenamiento, como tendremos ocasión de explicar.

3. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Supone la primera Convención sobre derechos humanos aprobada en este siglo y ha resultado de la interacción de los diferentes grupos e instancias interesadas en este tema: no sólo Estados miembros de la ONU, sino también Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

En una primera aproximación, la Convención viene a suponer la culminación de una evolución clara en la consideración social y jurídica de la discapacidad. Asume principios básicos² y novedosos, al menos en su tratamiento y reconocimiento

² Sus principios fundamentales vienen a ser proclamados por el artículo 3 de la Convención:

- a) “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

legislativo, que venían siendo demandados hace tiempo por amplios sectores sociales, médicos, educativos o jurídicos. Deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Que las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos.

La convención ha supuesto, por tanto, un avance importante, en cuanto supera definitivamente esa visión rehabilitadora y consagra definitivamente el principio de igualdad que ha de inspirar nuestro ordenamiento, y, lo que puede considerarse aún más importante: con el rango que ostenta un Convenio de aplicabilidad internacional, consagra el “principio fundamental de superior protección de las personas con discapacidad”, imponiendo no sólo la adecuación del derecho positivo preexistente, sino una interpretación y aplicación conforme a dicho principio.

La Convención habla de personas con discapacidad, y no de minusválidos, ni deficientes o inválidos. Se trata de evitar toda terminología que pueda evocar una discriminación negativa: ni disminuido, ni minus-válido, ni in-válido, in-capacidad y ni siquiera se habla de discapacidad (disability, en general), sino de personas con discapacidad (persons with disabilities). El desarrollo de este concepto se encuentra en el artículo 1.2:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De la Convención surgen:

-
- d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
 - e) *La igualdad de oportunidades;*
 - f) *La accesibilidad;*
 - g) *La igualdad entre el hombre y la mujer;*
 - h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”*

- La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención. Esta normal tiene la labor de refundición, regularización y armonización de las leyes ya existentes en materia de reconocimientos de derechos de las personas discapacitadas.
- El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social³.

4. Concepto de Discapacidad, Incapacidad y Formas de Reconocimiento de ambas

Para la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad es “toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. De esta primera aproximación resulta claro que como punto de partida hay que deslindar claramente varios conceptos. En primer lugar, el concepto de capacidad, del que caben dos acepciones desde el punto de vista jurídico:

- a) La capacidad jurídica, o el hecho de ser susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. En los ordenamientos actuales se vincula de manera universal, incondicional e inmutable de todo ser humano. Todo ser humano, por el hecho de serlo, de ostentar personalidad jurídica, es titular de derechos y obligaciones, y en ningún caso, puede ser privado de ella. A priori, así entendida, la capacidad jurídica se predica en los mismos términos de cualquier persona, adolezca o no de discapacidad física, sensorial o psíquica.
- b) La capacidad de obrar, definida como la posibilidad de realizar actos a los que la ley atribuye eficacia y trascendencia jurídica. Aquí sí encontramos matices en cuanto que, con una finalidad tuitiva, y atendiendo a las circunstancias

³ Los ámbitos en que se aplica esta Ley son los de telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público y relaciones con las Administraciones públicas, administración de justicia, patrimonio cultural y empleo. Cada uno de estos ámbitos se trata en las normas de desarrollo de la Ley, en la que se señala la obligación de que todos los entornos, productos y servicios deben ser abiertos, accesibles y practicables para todas las personas gradual y progresivamente. Para ello determina unos plazos y calendarios en la realización de las adaptaciones necesarias.

singulares de cada persona, siempre y cuando medie una resolución judicial que así lo disponga, puede ser objeto de restricción.

Quiero dejar claro que la discapacidad y la incapacitación⁴ no son instituciones necesariamente vinculadas. Lo más frecuente es que las personas incapacitadas en virtud de la correspondiente declaración judicial estén afectadas por una discapacidad, causa y motivo de aquella, pero no puede afirmarse lo contrario. Una persona que adolezca de algún tipo de discapacidad no necesariamente ha de verse privada de su capacidad de obrar. Es más, con arreglo a los principios de nuestro ordenamiento, el criterio debe ser el contrario, la plena capacidad ha de predicarse con igualdad y siempre que no recaiga la resolución judicial pertinente, de las personas con discapacidad.

5. El reconocimiento legal de la discapacidad.

Visto lo anterior, y en cuanto la discapacidad se configura como una situación de hecho, pero con trascendencia jurídica, es preciso que existan unos mecanismos de reconocimiento y valoración⁵ del grado de discapacidad. Por el contrario a la declaración de incapacidad que, es competencia exclusiva del ámbito judicial, el reconocimiento y valoración de la discapacidad reside en sede administrativa, en concreto, en los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, tras los dictámenes técnicos-facultativos emitidos por los *Equipos de Valoración y Orientación* (EVO) que dependen orgánica y funcionalmente de las correspondientes *Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y*

⁴ Sobre este tema hemos de destacar el cambio en la terminología que se ha producido que ha provocado que los procedimientos de incapacitación judicial hayan pasado a denominarse “procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A pesar de lo anterior, lo cierto es que por desconocimiento o por brevedad, se sigue hablando de procedimiento de incapacitación y a la persona afectada se la llama incapacitado judicialmente.

A lo largo del trabajo utilizaremos muchas veces esas expresiones. Pedimos disculpas. Lo haremos por economía del lenguaje pues referirnos continuamente al proceso por su nombre y al incapacitado como “persona a la que se le ha modificado la capacidad de obrar” supone una exposición tan reiterativa que puede llegar a cansar.

⁵ La calificación de la capacidad es llevada a cabo por diversos agentes, tanto en el ámbito de lo que usualmente denominamos Derecho privado, como del Derecho público. Esta labor la hacen jueces, notarios y Administraciones públicas, sin olvidar que el ordenamiento jurídico encomienda también labores de valoración, con trascendencia jurídica a los médicos e incluso al propio interesado. Sobre este tema muy interesante el artículo DE SALAS MURILLO, S., (2010), “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fasc. II, pp. 677-717.

La normativa básica en esta materia en el ámbito estatal para la clasificación de la discapacidad es el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*. Aclaramos que el RD 1856/2009⁶ ha eliminado esta terminología sustituyéndola por la de “discapacidad”. Actualmente el título de la norma es: “Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad”.

Una vez seguido el procedimiento administrativo del que se ocupa el anterior Real Decreto, se obtiene el certificado de discapacidad, que es un documento oficial destinado a personas con discapacidad psíquica, física o sensorial, que acredita la condición de persona con discapacidad. Es necesario tener reconocido un grado mínimo de discapacidad psíquica igual o superior al 33 % (y un grado de discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 %), lo cual puede implicar el disfrute de ciertas prestaciones (laborales, de protección social, de acceso a viviendas sociales, beneficios fiscales, oposiciones ...). Es lo que comúnmente se denomina “*Calificación de la Discapacidad*”. Este certificado no acredita la capacidad de obrar de una persona. La única forma de declarar la falta de capacidad de una persona es mediante sentencia judicial recaída en el procedimiento de incapacitación judicial.

6. Los tipos de discapacidad.

Para la clasificación de la discapacidad nos basaremos en el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se determina el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*. Las discapacidades pueden clasificarse en 3 grandes grupos diferenciados entre sí.

⁶ La Disposición adicional octava de la Ley 39/2006 sobre la Dependencia, ordena las correspondientes adaptaciones terminológicas. Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.

El RD 1856/2009, de 4 de diciembre, que reforma el RD 1971/1999, para hacer la correspondiente adecuación terminológica ordenando que el término de «minusvalía» sea sustituido por el de «discapacidad», y el de «grado de discapacidad» por el de «grado de limitaciones en la actividad»

1. **Discapacidad sensorial**, originadas en el aparato visual, oído, garganta y estructuras relacionadas con el lenguaje.
2. **Discapacidad física**, que es una deficiencia de tipo motórico y/o visceral. Están relacionadas con el cuerpo, miembros y órganos en general (originadas en los sistemas musculo esquelético, como deficiencias articulares; nervioso; aparato respiratorio, como el asma; sistema cardiovascular; sistema hematopoyético, como la anemia; aparato digestivo; aparato urogenital; sistema endocrino, como la diabetes; piel y anejos, como la soriasis y neoplasias).
3. **Discapacidad psíquica**, originadas por deficiencias o discapacidad intelectual y/o enfermedades mentales.

- i. **Trastorno mental o enfermedad mental.** El concepto de enfermedad mental resulta difícil de definir de forma unificada, debido a que presenta un alto número de patologías que la engloban. Acercándonos a la definición de trastorno mental (en el que se basa la CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud –OMS- y la DSM-NITR Asociación Psiquiátrica Americana), decimos que se trata de:

“Una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desarrollo que se traduce en trastornos del comportamiento, del razonamiento, de la adaptación a las condiciones de vida y de la comprensión de la realidad”

La CIE-10 establecía por la OMS recoge una clasificación muy amplia de trastornos (de la personalidad, del sueño, adaptativos, de ansiedad, del control de impulsos, amnésicos, etc.), entre los cuales señalamos aquellos que tiene mayor incidencia en la población, como son:

- Depresión: está caracterizada por la pérdida de capacidad de interesarse y disfrutar de las cosas, y la disminución de la vitalidad, llevando a la reducción del nivel de actividad y al cansancio exagerado.
- Trastorno bipolar. Definido por la CIE-10 como: *“trastorno caracterizado por la presencia de episodios reiterados en los que el*

estado de ánimo y los niveles de actividad del enfermo están profundamente alterados”

- Esquizofrenia. Según la CIE-10: *“se caracteriza por distorsiones fundamentales y típicas de la percepción, del pensamiento y de las emociones estas últimas en forma de embotamiento o falta de adecuación de las mismas”*

ii. Discapacidad intelectual. La Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo ofrece en el año 2002, la siguiente definición:

“La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en habilidades conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad intelectual se origina antes de los 18 años”.

Dicha definición evalúa a la persona utilizando un enfoque multidimensional (capacidad intelectual, conducta adaptativa, participación, interacción y red social, salud y contexto), superando las dificultades de la evaluación única de las habilidades adaptativas. Por lo tanto, la discapacidad intelectual se diagnostica a partir de la consideración del:

- Funcionamiento intelectual. Se entiende por “inteligencia” la capacidad mental general. Las personas con discapacidad intelectual presentan especial dificultad en la comprensión de ideas complejas, así como en la capacidad de razonar (formulación hipótesis y resolución de problemas) y suelen presentar un aprendizaje lento.
- Funcionamiento de conducta adaptativa: nos referimos al conjunto de habilidades que las personas han aprendido para desenvolverse en su vida diaria; de esta forma no es suficiente tener un funcionamiento intelectual significativamente bajo, sino que también debe sustentarse la conducta adaptativa significativamente baja.
- Finalmente, el último criterio diagnóstico sería el origen de la discapacidad intelectual. El origen más frecuente suele ser antes del nacimiento como el Síndrome de Down, el Síndrome X frágil, entre otras afecciones genéticas. También encontramos algunas causas que se originan en el parto o al

después de nacer, como pueden ser lesiones cerebrales, entre otras accidentes o infecciones.

En la discapacidad psíquica no solo suele verse afectado el área mental, sino que estas alteraciones pueden afectar a otras áreas de nuestro organismo, como la psicomotricidad; labilidad emocional; la atención-concentración; orientación espacial; conciencia de la propia discapacidad.

Capítulo II.-MATERNIDAD Y CAPACIDAD DE CRIANZA DE LOS HIJOS DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

1. Introducción.

En este capítulo estudiare principalmente las demandas o necesidades y dificultades o barreras que sufren las mujeres discapacitadas en su derecho a la maternidad, con especial atención a las mujeres con deficiencias mentales. El derecho a ser madre se encuentra de una manera u otra, intrínseco en la naturaleza de la propia mujer, de una manera más bien, biológica.

Para las mujeres discapacitadas, el derecho a ser madre se encuentra limitado por barreras de aceptación social y actitudinales de las propias mujeres, así como la influencia de las familias de las mismas. Cuando hablamos de influencia quiero advertir que en ocasiones, las personas a cargo de discapacitados tienden a verlos o tratarlos como menores. Esta influencia o actitud negativa, hacen de la persona discapacitada, como una persona incapaz de autogobernarse por sí misma, donde su consentimiento en ocasiones es, invalidado por su propio tutor legal. Con esto, quería introducir el tema del consentimiento como un elemento importante en la decisión de toda mujer discapacitada a ser madre.

En la sociedad que la mujer discapacitada sea madre o quiera ser madre, provoca burlas, dudas y conjeturas, sobre si está capacitada o no para hacerlo, convirtiéndose esta situación en una barrera de aceptación social para estas mujeres.

Otro tema importante relacionado con la maternidad, es la capacidad de crianza de los hijos, es decir, ya el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señalaba la importancia de que las familias de las personas con discapacidad reciban también protección y asistencia para que así puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones, con todo esto, la Convención pretendía de una manera u otra que los Estados se comprometieran a crear apoyos, mediante la planificación familiar para las familias de las personas discapacitadas, así como una especie de asistentes o ayudantes para que las personas discapacitadas, tanto hombre como mujer, pudieran desarrollar sus obligaciones como tutores y padres con toda libertad y capacidad posible y en igualdad de condiciones y oportunidades, que los demás padres.

2. El derecho a tener hijos.

*“La experiencia de la maternidad y la responsabilidad que entraña tiene un especial significado en las madres con discapacidad. El entorno, lo que se espera de ella y el sentirse punto de mira de cuantos las rodean, van conformando y mediatizando su autopercepción y comportamiento hacia sus hijos o hijas. Ser madre cuando se tiene discapacidad es una tarea ardua y complicada que pasa por muchos momentos diferentes; algunos de ellos comunes, sin duda, al resto de madres; otros, sin embargo muy diferentes, que pueden llegar a convertirse en barreras infranqueables”*⁷. Con estas palabras de Ana Peláez Narváez, de su libro “Maternidad y Discapacidad”, quería introducir el derecho a ser madre en mujeres discapacitadas. La escritora define a la maternidad como una experiencia única en las mujeres, pero a su vez, la maternidad genera unas series de situaciones que para las mujeres discapacitadas pueden causar una gran frustración y hacerles sentir especialmente vulnerables.

2.1.La protección de la maternidad en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

⁷ Peláez Narváez, A. (2009), “*El derecho a ser madre*”. En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 13-26.

El derecho a la maternidad de las mujeres discapacitadas está protegido y tiene gran peso en importantes instrumentos de derecho humanos, así como en otros tantos manifiestos y recomendaciones que apoyan su protección, pero a pesar de ello en la práctica nos lleva a afirmar que su verdadero disfrute y ejercicio están todavía lejos de conseguirse.

Será en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en su artículo 23.1 b)⁸ “*Respecto del hogar y de la familia*”, donde encuentre uno de los apoyos más importantes.

“Artículo 23 Respecto del hogar y de la familia:

1. Los Estados Partes tomarán, medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan a los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”.

2.2. Limitaciones para el derecho a la maternidad de las mujeres discapacitadas.

En la práctica, la sociedad y sus prejuicios son elementos negativos para las mujeres discapacitadas. Como dice José Ramón Amor Pan, profesor de Bioética en las Universidades Pontificia Comillas y Rey Juan Carlos de Madrid, en su artículo sobre “Las Personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?”⁹, “*El*

⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Artículo 23 *Respecto del hogar y de la familia*, Lunes 21 abril 2008, BOE núm. 96, 20653- 20654. B) “*Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.*”

⁹ Amor Pan, JR. (2000) *Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José

debate sobre el desarrollo de la sexualidad del deficiente mental, sobre su libertad sexual y su acceso al matrimonio gira en gran medida alrededor del tema de los hijos y, en concreto, se alude insistentemente a la necesidad de un control de prevenir un embarazo no deseado. El punto crítico de este debate se centra en la protección legal indispensable para que las medidas restrictivas que se puedan adoptar sean realmente en beneficio del sujeto y no una imposición satisfactoria y tranquilizadora de los padres y de la sociedad”.

En la práctica social para las mujeres con síndrome de Down, la presión de no quedarse embarazadas es extremadamente alta. Aunque es posible que sea ilegal hacerlo, muchas mujeres con discapacidades cognitivas son sometidas a esterilización sin su consentimiento o sin ser informadas sobre el fin exacto de la operación quirúrgica. La sociedad espera de ellas que no tengan hijos. Sin embargo, las mujeres con síndrome de Down anhelan tener hijos tanto como muchas otras jóvenes, así lo afirma Ana Peláez en su libro *Maternidad y Discapacidad*.¹⁰

Determinados autores piensan o defienden la idea de que los elementos para privar a alguien del derecho a la maternidad, únicamente son aquellos ligados a la guardia y custodia de los menores, es decir, no creen que deban existir elementos obstaculizadores para el derecho a tener hijos. En cambio otros autores hablan de la existencia de diversos elementos a tener en cuenta, a la hora de que una persona discapacitada tenga o no hijos, y en ocasiones determinando hasta el tipo de discapacidad, como vamos a ver a continuación con este autor.

Paulino Azúa, ex director de FEAPS, habla en su estudio *¿Derecho a tener hijos?*¹¹, sobre la existencia de un triple enfoque, con respecto a la maternidad/paternidad de las personas con retraso mental, siendo así, a) la descendencia de la pareja, es decir, los hijos, b) la propia pareja, es decir, los padres, así como, c) el entorno que les rodea y los apoyos.

Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:159-189. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

¹⁰ Peláez Narváez, A. (2009), “El derecho a ser madre”. En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. *Maternidad y discapacidad*. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 13-26.

¹¹ Azúa, P. *¿Derecho a tener hijos?*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:153-157. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

- a) **La descendencia de la pareja:** El primer enfoque es el conflicto con los hijos, y va guiado sobre la educación de los mismos, donde en la mayoría de los casos, los hijos de personas discapacitadas están siendo criados por abuelos o incluso por terceras personas, con sus propios criterios, donde los padres no forman parte de su educación, otro aspecto importante sería como nos declara Azúa *“el cómo vive el hijo o cómo llega a vivir el hijo la realidad de tener un padre o una madre con retraso mental”*.
- b) **La propia pareja:** El segundo enfoque habla de los padres discapacitados y hasta *“qué punto el hecho de tener un hijo responde a un proyecto de vida compartido con otra persona”*, en este caso entre parejas discapacitadas. En este caso el autor, nos debate la idea de que unos padres que sean discapacitados mentales, no pueden entender la responsabilidad que deriva tener un hijo, por ello, revela que el juicio y la capacidad de decidir ese proyecto de vida, en ocasiones, escapan a su entendimiento.
- c) **Los apoyos y el entorno que les rodea:** El tercer aspecto es con respecto al entorno, o más bien, los apoyos. Como afirma el autor la discapacidad no está basada únicamente en el tipo de deficiencia, sino en la mayor o menor ayuda que necesite para realizar sus actividades, es decir, las necesidades de apoyo para el desarrollo de su vida diaria, por ello determina que esa necesidad de apoyo es básica para poder llegar a entender o determinar si esa madre pudiera ser idónea para el cuidado de un menor, atendiendo a los apoyos que necesite.

Otro autor como José Ramón Amor Pan manifiesta que somos la sociedad, la que tiene la obligación de ayudar a los padres discapacitados, mediante la información y el apoyo necesario, para que sean ellos los que decidan o no libremente tener hijos.¹²

Este tipo de decisiones no resultan tan transparentes en el caso de una pareja de deficientes mentales, por lo que precisan en mayor medida el apoyo de los demás.

¹² Amor Pan, JR. Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:159-189. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

Si bien la mayoría de los autores hablan de la necesidad de la sociedad y de los Estados de crear apoyos para el ejercicio de la maternidad o paternidad, pero no debemos olvidar, que bien jurídico protegido prevalece, esto es lo que José Ramón Amor Pan declara en su estudio, queriendo decir que prevalece el derecho del hijo futuro antes que el derecho a ser padres.¹³

Como afirma José Ramón Amor Pan (2000), *“Indiscutiblemente no produce satisfacción, una decisión que significa el sometimiento de la persona con deficiencia mental a una anticoncepción que no puede asumir con verdadera libertad. Se trata de una intromisión externa en un aspecto muy sensible de su persona. Pero a la vista de todos los datos, nos parece que la mejor opción es la de admitir el establecimiento de relaciones afectivas, impidiendo la posibilidad de una procreación que no sería en alguna forma responsable”* (pág.: 170-172)

Existen muchas teorías ético-morales, pero realmente no existe una respuesta jurídica para el derecho a tener hijos de las personas discapacitadas, en especial, en los casos de deficiencia mental o enfermedades mentales. No existen unos requisitos tasados o el establecimiento de unos parámetros a tener en cuenta para valorar la idoneidad futura de un padre o una madre, puesto que no la hay, únicamente podríamos acudir a las resoluciones judiciales de los casos de esterilización forzosa, aborto tanto coercitivo como eugenésico, así como en los casos de falta de idoneidad para la guardia y custodia de menores.

3. La capacidad de crianza de los hijos en personas con discapacidad intelectual.

3.1.Introducción.

Uno de los argumentos que más motivan las barreras a la maternidad, es la incapacidad en el ejercicio de la crianza de los hijos. España como país miembro de la Convención debe velar y garantizar que se cumpla la norma internacional en

¹³ Amor Pan, JR. Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:159-189. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

nuestro país, pero como cualquier otro país, existen vulneraciones al derecho del ejercicio de la crianza de los hijos. Lo entenderemos mejor después de la exposición del artículo y con ejemplos reales de las vulneraciones del mismo en España, identificadas, por los informes realizados por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad o CERMI.

3.2.Regulación en la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

Es en el artículo 23.2¹⁴ y 23.4¹⁵ de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad donde los Estados Partes deben velar y garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda o instituciones similares de los hijos, en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño, y estos prestarán la asistencia apropiada para el pleno ejercicio y desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Por otro lado los Estados partes deben garantizar que los niños o niñas nunca sean separados de sus padres por razones de discapacidad, excepto en los casos de que la separación, sea lo mejor para el interés del menor, precepto criticado por muchos, pues consideran que el mejor lugar para un menor siempre es al lado de sus padres, salvo casos excepcionales, como violencia o agresiones al menor.

Con la ratificación de España de la Convención, se realizan anualmente una serie de informes, donde se analiza la aplicación práctica de los preceptos de la Convención en nuestro país. Tras un análisis de los informes realizados por España, desde el año 2008 hasta el 2015, he podido extraer vulneraciones del art 23, reconocidas y realizadas en nuestro país, con respecto al derecho de las personas discapacitadas para el hogar y la familia.

¹⁴ Art.23.2 Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

¹⁵ Art 23.4 Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

3.3. Informes anuales CERMI: desde el año 2008-2015.

- Comencemos pues, como establece el informe del año 2008¹⁶, la Junta de Andalucía retiró la custodia de un niño a los padres naturales, dos días después de su nacimiento, alegando la falta de recursos y las limitaciones de estos para atender al recién nacido. La intervención da lugar a que padres e hija sean internados en recursos de alojamiento de la Comunidad Autónoma de forma separada. Llevadas a cabo las actuaciones de denuncia por el CERMI, las conclusiones a las que se llegaron es que existe una discriminación por razón de discapacidad al no haber prestado los apoyos necesarios a estos dos padres con discapacidad para que ejerzan su legítimo derecho a la paternidad y maternidad.

Las personas con discapacidad como afirma el informe *“requieren de un sistema de apoyos para el efectivo ejercicio de sus derechos, y sin embargo los mecanismos de intervención pública consisten en sustituir a los padres, quedando el menor bajo la tutela de la Junta, lo que claramente vulnera el derecho a formar una familia”*

- El informe de año 2009¹⁷ declaraba la vulneración del artículo 23 en las decisiones judiciales de determinados jueces, por considerar en los procesos de separación o divorcio, cuando se trata de determinar la guardia o custodia de los descendientes, a los padres discapacitados inapropiados para la crianza de los hijos, por considerarlos menos preparados para atender y cuidar a los menores. En el informe también se señala, que precisamente, la existencia de los medios que apoyan a la persona con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, constituyen los elementos que capacitan a las personas para situarlas en igualdad de oportunidades, y sin embargo en las sentencias dictadas, la existencia de un asistente personal se valora de forma negativa y se utiliza para argumentar la falta de idoneidad de la madre. Todo esto evidencia la idea de que una persona con discapacidad, incluso contando con apoyos

¹⁶ DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. INFORME ESPAÑA 2008. Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU, Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal el 29 de septiembre de 2009. Disponible on-line: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html

¹⁷ DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. INFORME ESPAÑA 2009. Disponible on-line: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html

que la dotan de autonomía, no tiene el mismo derecho que una persona sin discapacidad para ejercer las funciones inherentes al estado de madre o padre.

La idoneidad para ser padres deberá ser cuestionada en idénticos términos a los establecidos para personas sin discapacidad, pero el ejercicio pleno del derecho, requiere para este grupo de ciudadanos de las medidas de acción e intervención positivas que garanticen su respeto.

- Otras formas de discriminación de la maternidad y falta de idoneidad de la madre por ser discapacitada se manifiesta y se denuncia en el informe del año 2011¹⁸ realizado por España, donde se vuelve a utilizar como argumento, en los procesos de divorcio, la falta de idoneidad de la madre por motivos de discapacidad, pero en este caso la madre discapacitada tenía la custodia de la menor por sentencia judicial, y fue el padre que al ver perdida la guardia y custodia de esta, utilizo como argumento su discapacidad. Como prueba de la intencionalidad discriminatoria de los fundamentos de hecho de la demanda, cabe subrayar que en el momento del divorcio de mutuo acuerdo, el régimen de guarda y custodia fue acordado sin que surgiera por parte del demandante cuestionamiento alguno de la capacidad de la madre para ejercerla.
- Según el informe del año 2012¹⁹ se dio un caso en Andalucía, donde una pareja con discapacidad intelectual a la que la Junta retiró su hijo recién nacido, aduciendo “maltrato prenatal”, justificando este maltrato en que la madre no había seguido todos los controles de maternidad matemáticamente, por lo que al quinto día de su nacimiento, la niña les fue arrebatada a sus progenitores, con el consiguiente e irreparable daño personal que supone. Diversos organismo de protección de la discapacidad, entendieron que no se podría considerar maltrato, habiendo nacido la menor totalmente sana. Aun entendiendo que no es buena faltar a los controles, consideraron esta postura de la Junta desproporcionado. Por todo esto la entidad denunció el caso argumentando que la retirada de custodia efectuada por la Junta, había lesionado los derechos que asisten a los progenitores al desempeño de su

¹⁸ DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. INFORME ESPAÑA 2011. Disponible on-line: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html

¹⁹ DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. INFORME ESPAÑA 2012. Disponible on-line: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html

paternidad y maternidad, y denunciaban a su vez, la falta de programas de ayudas y de protección para este tipo de casos.

3.3.1. Conclusiones de los informes.

Como podemos ver, existen muchos casos en los que la capacidad de crianza de los hijos en padres discapacitados está cuestionada, por el mero hecho de tener una discapacidad, yendo en contra de los preceptos internacionales ratificados por España, pero también hay que decir que en estos casos los juzgados y sentencias velan por la protección del menor, y en la mayoría de casos defienden la idea de la permanencia del menor con los padres, y en la mayoría de las ocasiones, no dejan llevarse por la discapacidad de los padres.

3.4. Vulneraciones del art 23 de la Convención en la Jurisprudencia.

Como podemos ver en la Sentencia Nº 105/2016 ²⁰ se realiza la revocación de una declaración de desamparo de un menor, por basarse exclusivamente en la enfermedad mental de la madre. En la sentencia, confirmada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, se aplica el Convenio de Nueva York del 13 de Diciembre del 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, la sentencia recuerda que cuando la situación de desprotección tiene su origen en limitaciones psíquicas de los progenitores se ha de ser especialmente cuidadoso en la adopción de medidas de protección respecto a los menores, y que nunca puede vulnerar el artículo 23.4 reconocido en la Convención, cuyo artículo establece que nunca se podrá separar a un menor de sus padres por razón de discapacidad de ninguno de ellos. Tras los correspondientes informes médicos y psicológicos, así como el testimonio del menor, el juez decide revocar dicha resolución y ordena la reintegración inmediata del menor con su madre y ordena a la entidad pública que preste la asistencia apropiada a la madre para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza del hijo.

²⁰ Sentencia nº 106/2015 Disponible on-line: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-de-Malaga-revoca-una-declaracion-de-desamparo-de-un-menor-por-basarse-exclusivamente-en-la-enfermedad-mental-de-la-madre-->

Después de todo esto, a la conclusión a la que se llega es que habrá personas con tales circunstancias de discapacidad intelectual que, contando con los apoyos adecuados razonables, tienen suficiente competencia para ejercer el derecho a la paternidad, para ser excelentes padres y madres; mientras que habrá otras circunstancias en las que es desaconsejable que se aboque al ejercicio de la paternidad o maternidad, no solo pensado en el bien del futuro niño y el disfrute de sus derechos, sino en el bien de la propia persona con discapacidad.²¹

3.5.El ejercicio del derecho a la maternidad de las mujeres discapacitadas: Limitaciones y alcance.

Ahora bien, la Convención en la norma básica que defiende los derechos de las personas con discapacidad, pero cuando en el art. 23.2 habla de la habilidad de crianza de todas las personas con discapacidad, no da ninguna pista para avanzar en esta situación, pues no hace ninguna precisión a la hora de ejercitar el disfrute de sus derechos. El ejercicio y disfrute del derecho a la maternidad o paternidad esta manifiestamente condicionado, tiene que ser ejercido, asumiendo a la vez, la responsabilidad de hacerse cargo de los derechos de los niños y niñas, por tanto, mientras no se dé un grado razonable de disposición para la asunción de responsabilidad por el cuidado y la educación de los hijos, deberán inhibirse de ello, por respecto a los hijos. Pero esto ocurre tanto en los padres discapacitados como en los que no lo son.²²

En la habilidad de crianza de los hijos, al igual que en el derecho a la maternidad de las mujeres discapacitadas, existen una serie de limitaciones para su ejercicio.

- Como pueden ser las limitaciones materiales, donde se reúnen las condiciones como un trabajo, vivienda, posibilidad de educación, que se encuentran tanto en las personas discapacitadas como en las que no, y en este caso, los poderes públicos deben velar para que no exista este tipo de limitaciones, con las políticas públicas de ayudas sociales.

²¹ Etxeberria, X (2012). “Maternidad- Paternidad en personas con Discapacidad intelectual” FEAPS: Documentos de Ética.

²² Etxeberria, Xabier (2012). “Maternidad- Paternidad en personas con Discapacidad intelectual” FEAPS: Documentos de Ética.

- Otras limitaciones más concretas de las mujeres discapacitadas, son las propias del sujeto, por el tipo de discapacidad que padece. Como puede ser en el caso de una mujer ciega, esta tendrá más limitaciones a la hora de criar a un bebé, que una mujer sorda por ejemplo. Pero en este caso, como ya mencionamos con anterioridad durante nuestro estudio, con la Convención, España debe garantizar ayudas para el total desarrollo de la vida en sociedad de la persona discapacitada, como uno más. El tercer tipo de limitaciones que habla Xabier Etxeberria²³ en su estudio, es por discapacidades intelectuales, cuando se dan *“puede ponerse en cuestión la “competencia” de la persona para ser padre o madre”*. El autor declara que para poder determinar si una persona con discapacidad intelectual tiene la competencia para ser padre o madre, dependerá de su grado de discapacidad intelectual.

Cuando en la Convención se indica la obligación de los poderes públicos a la creación de apoyos y políticas de ayuda, no se trata de fomentar para que las personas con discapacidad intelectual tengan biológicamente hijos que luego serán atendidos por otros de modo prácticamente pleno, sino de que puedan ejercer de verdad como padres y madre, aunque ayudados.

- Finalmente la limitación más importante para la crianza de los hijos por este tipo de padres son los prejuicios sociales de la sociedad y de los familiares de los discapacitados. Que en gran medida consideran que no están preparados para criar a un hijo, ya que ni ellos mismos pueden autogobernarse, idea bastante extendida aun en la sociedad, y que provoca un estancamiento del ejercicio del derecho a la maternidad y paternidad de las personas discapacitadas.

Capítulo III.- BARRERAS PARA LA MATERNIDAD DE LAS MUJERES DISCAPACITADAS INTELECTUALES.

1. Barreras para el derecho a la maternidad.

²³ Etxeberria, Xabier (2012). “Maternidad- Paternidad en personas con Discapacidad intelectual” FEAPS: Documentos de Ética.

Como nos revela el Doctor en Derecho José Antonio Seoane Rodríguez en su obra “Aspectos éticos u jurídicos de la esterilización de personas con discapacidad psíquica”, *“la sexualidad no es un elemento marginal sino un principio constitutivo de la persona. La persona discapacitada tiene que manifestar todas las dimensiones de su ser, entre ellas la sexualidad; y ha de hacerlo en plenitud, con las únicas limitaciones derivadas de sus carencias, una de las cuales puede ser la imposibilidad de asumir las consecuencias de la procreación: la maternidad o paternidad, así como los derechos del futuro hijo y la eventual ausencia de responsabilidad aconsejan adoptar medidas respecto de la posible descendencia del afectado por una discapacidad psíquica”*.²⁴

Con todo esto el autor lo que nos quiere decir, es que en determinados casos, la obstaculización de la maternidad o paternidad en casos de personas discapacitadas, sobretudo, psíquicas, está justificada por la supremacía del derecho del futuro hijo y por la falta de idoneidad para ser padres o madres. Por ello decimos que existen barreras para la maternidad a través de los denominados métodos anticonceptivos.

Los métodos anticonceptivos aplicados en personas que dan su consentimiento, no crean ninguna polémica, pues ellos aceptan de manera voluntaria realizarse dicha limitación, el problema radicaría en los casos en los que el consentimiento está viciado, es decir, aquellos que no tienen voluntariedad, no tienen capacidad para entender realmente el consentimiento que está realizando, es otras palabras, podemos decir que la persona que da el consentimiento no tiene una percepción real y exacta de lo que está consintiendo, como puede ocurrir con las personas con Síndrome de Down.

Aquí es donde radica el problema, si ellos no pueden dar el consentimiento, necesitarían una persona que hablara por ellos, en estos casos, hablamos de los padres o tutores legales, pero siempre y en el caso de que estén incapacitados judicialmente, y solo en ese caso, el consentimiento puede realizarse por otra persona que no sea el discapacitado.

²⁴ Seoane Rodríguez, JA. *Aspectos éticos y jurídicos de la esterilización de personas con discapacidad psíquica*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:337-342. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

Otro problema social que se plantea, es si la decisión adoptada por los padres, por ejemplo de esterilizar a su hijo, es la correcta o no, si es la que de verdad él quiere, o puede ocurrir, que la mujer discapacitada, dando igual el tipo de discapacidad, se quede embarazada, pues nadie puede privarle de su derecho a mantener relaciones sexuales, y ese embarazo no sea del agrado de los padres o de tutores y decidan realizarle un aborto. La decisión de realizarle un aborto por parte de los padres, puede ir ligado bien al denominado aborto eugenésico, es decir, es cuando los padres justifican la interrupción del embarazo por existir una alta probabilidad, pero no certeza, de que el menor que nazca vaya a tener una discapacidad, o bien, que la justificación del aborto sea otro, como puede ser la falta de idoneidad del progenitor.

2. La esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad.

2.1.Introducción y concepto de la esterilización forzada en mujeres discapacitadas.

Como define Ana Peláez “*el término «esterilización» hace referencia a la intervención quirúrgica que resulta tanto de manera directa como indirecta en la terminación de la capacidad individual de reproducirse. La «esterilización forzada» se refiere a la puesta en marcha de este procedimiento sin tener el consentimiento o autorización de la persona que se ve sometida a esta práctica, y cuando el acto se realiza sin que exista una amenaza o riesgo serio para la salud o para la vida*”²⁵.

Del concepto de esterilización realizado por Ana Peláez, se extrae la idea de la esterilización forzada, practicada de manera masiva en casos de niñas y mujeres con discapacidad mayoritariamente intelectual, considerada como he señalado una vulneración de los derechos fundamentales, no solo el de la maternidad, sino también entran en juego el derecho a la integridad física, así como la libertad,

²⁵ Peláez Narváez, A (2009), “*Esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad*”, En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 57-76.

dignidad, igualdad, entre otros. El Foro Europeo de la Discapacidad es una organización que vela por la protección de las personas discapacitadas que define a la esterilización forzosa como *“una forma de violencia que vulnera el derecho de las personas con discapacidad a fundar una familia, a decidir sobre el número de hijos, a tener acceso a la información sobre la planificación familiar y reproducción, y a mantener su fertilidad al igual que el resto de seres humanos”*.

La práctica de la utilización de la esterilización como método anticonceptivo ha estado basada, a lo largo de los años, en prejuicios negativos para las mujeres discapacitadas, como en los casos de que los hijos de estas personas podrían nacer con una discapacidad (Peláez, 2009), y en puntos de vista proteccionistas con una buena dosis de un paternalismo mal entendido (Cruz, 2004)²⁶, y a su vez estaba considerada como la práctica más extendida y utilizada sin ningún control, como manifiesta José Ramón Amor Pan *“su uso como medio de anticoncepción para deficiencias mentales es una cuestión con connotaciones muy emocionales, porque en épocas pasadas fue utilizada como método rutinario, impuesto por motivos eugenésicos, con innumerables arbitrariedades y abusos, sin ninguna consideración ética”*²⁷, en la actualidad sin embargo su utilización ha quedado controlada y reducida para solo determinados casos, que veremos con posterioridad de manera detenida.

Otro dato a tener en cuenta, será la obligación de los profesionales sanitarios a ofrecer toda la información y formación posible, de todos los métodos anticonceptivos existentes, al igual que las practicas reproductivas, a todas las personas discapacitadas, ya sean hombre o mujer, para que lleven a cabo libremente la toma de decisiones, en el caso de que tenga capacidad para hacerlo. (Real Decreto 26/2011).²⁸

²⁶ Olavarrieta Bernardino, S. (2013). Actitudes hacia la sexualidad, esterilización, maternidad/paternidad y habilidades de crianza de personas con discapacidad intelectual. *Revista Española sobre discapacidad intelectual*, núm.248, pp. 55-69.

²⁷ Amor Pan, JR. *Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS N° 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:159-189. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

²⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-14812

Los profesionales médicos actúan con un papel muy importante, en la esterilización forzosa, pues tienen la obligación de informar e intentar explicar a la persona discapacitada, o al menos, asegurarse de que esta persona está bien informada de la intervención médica o quirúrgica que le va a ser practicada supone su esterilización, así como de sus consecuencias futuras.

2.2.El consentimiento para la esterilización de las mujeres discapacitadas.

En los casos donde existe voluntad de querer realizar la esterilización, no provoca ningún problema, la incógnita está en aquellos casos, en que las personas sometidas a esterilización, realmente no hayan dado su consentimiento, y que son los padres o tutores, los que lo consienten, en este caso, de manera general se estaría vulnerando derecho humanos fundamentales, si se hace contra su voluntad, por ello para que la esterilización sea considerada un método anticonceptivo legítimo, necesita ser justificada en todo momento. Dicha justificación debe respetar los derechos de igualdad, dignidad, libertad y protección de la persona discapacitada.²⁹

Para poder realizar una correcta protección del discapacitado será necesaria la intervención del derecho en la elección de la esterilización como método anticoncepción, bien porque la esterilización representa una lesión a la integridad física de las personas del art 15 CE, y de otro lado como escribe Seoane, *“porque el Derecho no aspira sólo a representar la realidad que tenemos sino también la realidad y la sociedad que queremos”*.

El derecho lo que va a buscar va a ser la protección y la ponderación de los bienes jurídicos protegidos que están en juego y busca garantizar, en este caso, el respeto de los derechos de la persona con discapacidad psíquica y propicia la búsqueda del mayor interés del discapacitado. (Seoane, pág.: 341)

Por todo ello la esterilización forzosa, radica en el consentimiento informado y en la capacidad legal de la persona que se somete a la esterilización, así como el deber de

²⁹ Seoane Rodríguez, JA. Aspectos éticos y jurídicos de las esterilización de personas con discapacidad psíquica, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:337-342. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

sus familias de sensibilizarse con la causa y escuchar tantos a las niñas y las mujeres con discapacidad en los procesos de investigación de los métodos anticonceptivos y de reproducción.

Y solo se considerara causa suficiente para realizar la esterilización forzosa en caso de que exista un riesgo grave para la salud o la vida del discapacitado y siempre determinado por una decisión judicial, aunque con independencia de que sea una decisión judicial la que autorice la esterilización, si esta no cuenta con el consentimiento informado de quien la va a sufrir, será siempre forzada y, por tanto, inadmisibile.³⁰

2.3. La esterilización en la práctica social de las mujeres discapacitadas.

Entonces después de reflexionar sobre la esterilización de manera general habría que señalar las distintas situaciones que se pueden dar en la práctica social de estas mujeres:

- Primero que la persona discapacitada psíquica en ocasiones puede tener un nivel medio de comprensión de la situación, y por lo tanto en este caso, si la persona discapacitada no está incapacitada judicialmente, tendrá la capacidad de dar su consentimiento sobre la libre elección de los métodos anticonceptivos, en el caso de que no quisiera tener hijos. En el caso de que la mujer discapacitada quisiera tener hijos, los poderes públicos y los profesionales sanitarios, en el caso de los primeros, tienen la obligación de crear políticas de ayuda y planificaciones familiares, y en el caso de los segundos tienen la obligación de informar a estas personas discapacitadas, sobre la existencia de todos los métodos anticonceptivos, así como todas las ayudas e información necesaria para la planificación familiar. Y en el caso de que estuvieran incapacitados judicialmente, sus tutores o guardadores, tendrán la obligación de informarse de las medidas de acción positivas para

³⁰ Peláez Narváez, A. (2009), “Esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad”, En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 57-76.

la planificación familiar, así como métodos anticonceptivos e información necesaria para la prevalencia del mayor interés de la persona discapacitada.

- En segundo, caso pues ocurrir que la persona discapacitada psíquica no tenga el nivel de comprensión mínimo para entender lo que supondría la maternidad o paternidad. En este caso para poder utilizar los denominados métodos anticonceptivos de la esterilización y aborto, será necesario que la persona discapacitada este judicialmente incapacitado, y será los tutores o guardadores legales, quienes decidan el método anticonceptivo, pero siempre interviniendo las decisiones judiciales, para así garantizar la protección de los derechos y libertades de la persona discapacitada. En el caso de que los tutores o guardadores legales actúen sin la intervención de un juez, y realicen sin la justificación necesaria, tanto la esterilización como el aborto, estaríamos ante una situación de vulneración de un derecho fundamental.

Existen estudios sobre la esterilización que determinan que está, solo debería realizarse en la edad adulta y nunca en la niñez, pues una esterilización temprana, puede provocar graves riesgos en la salud, sobre todo en aquellas niñas discapacitadas que aún no han tenido la menstruación, provocándoles desajustes hormonales. Por todo esto algunas organizaciones de protección a las niñas y mujeres discapacitadas psíquicas hablan de la prohibición de la esterilización para niñas menores de 18 años, y solo hablan de la excepción de la esterilización, en caso enfermedad grave o riesgo para la salud de la persona, por entender que en esta etapa de la vida no se puede esperar a tener un consentimiento informado a la esterilización.

2.4.Derechos vulnerados por la esterilización de las mujeres discapacitadas.

El uso generalizado de la esterilización como método masivo, no será considerado legítimo, cuando este vulnere los derechos fundamentales de la igualdad, dignidad, libertad y protección de la persona discapacitada, y solo en los casos de la prevalencia de los derechos del hijo futuro, así como enfermedades

mortales o riesgo para la vida de la persona discapacitada, podrán considerarse excepciones a la regla general. Y que con la protección de la persona discapacitada vengo a referirme al mayor interés del discapacitado, así como velar por lo que sea más favorable a su persona, en cuanto a su desarrollo personal y a su patrimonio, para así evitarle cualquier perjuicio.

2.5. Actitudes que legitiman la esterilización de las mujeres con discapacidad.

Durante los años se han determinado una serie de requisitos o actitudes negativas que han llevado a justificar la esterilización forzosa, es interesante como manifiesta Ana Peláez su estudio:

- El primer caso sería la genética o causa eugenésica, traducida como el miedo existente a que la mujer discapacitada pueda dar a luz a bebés con deficiencias genéticas, aunque este caso, la transmisión genética de la discapacidad tiene una incidencia muy baja. Hay estudios que determinan que estas situaciones pueden tener su origen en otros aspectos de la sociedad, como pueden ser la guerra, pobreza o la contaminación.
- El segundo caso sería por el supuesto “bien” de la familia y de la sociedad, basándose en la carga que supondría cuidar a un niño con determinadas deficiencias. Este argumento se basa en factores económicos y sociales.
- La incapacidad de las mujeres discapacitadas para ser madres o la falta de idoneidad para ser madre. En este caso como afirma la autora *“hay pocos criterios claros para juzgar o determinar la competencia o incompetencia de los padres y madres, existe una tendencia a entrar en el área de las emociones y utilizar ideas subjetivas sobre lo que está bien o lo que está mal”*.³¹

2.6. La esterilización penal, antes y después de la reforma del año 2015.

³¹ Peláez Narváez, A. (2009), “Esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad”, En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 57-76.

2.6.1. Introducción.

La esterilización en España es legal, en lo que se refiere a la esterilización terapéutica, como forma de salvaguardar la vida, en caso de peligro o enfermedad grave para la salud, siempre y cuando, exista el previo consentimiento informado de la persona que se somete a la esterilización. La esterilización no terapéutica voluntaria como medida de control de la natalidad también es legal. Sin embargo para el caso de personas discapacitadas incapacitadas la esterilización puede realizarse sin el consentimiento de este.

Como manifiesta la Ana Peláez estamos ante un hecho que plantea una máxima atención y urgencia, porque no solo se vulneran derechos fundamentales, para realizar dicha esterilización no voluntaria, sino que para ello será necesario incapacitarla legalmente, desprovuyéndola de cualquier capacidad de acción ante otros. En estos casos en la práctica, muchas familias a la vez que piden la incapacitación del discapacitado piden la autorización judicial para realizar la esterilización.

En España, hoy, es posible y constitucionalmente correcta la esterilización de una persona incapacitada de acuerdo con los requisitos establecidos en el Código Penal. Sin embargo, no ha sido una cuestión pacífica, pues ha exigido una reiterada reforma y actualización de este texto legal no exenta de polémica y de discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, que todavía continua abierta, y ello no debe causar extrañeza, ya que se trata de una controversia muy condicionada por las propias convicciones éticas o religiosas. Este pleito además de estar guiado al precepto penal, ha conllevado otra polémica de índole procesal, sobre cuál sería el procedimiento adecuado para conceder o no la autorización judicial para la esterilización, pero de este tema abordaremos posteriormente.

2.6.2 Evolución y reforma del Código Penal en el ámbito de la esterilización.

El origen de la regulación de la esterilización de personas incapacitadas, siempre ha tenido su fundamentación en el Código Penal, aunque numerosas críticas del momento y actuales, consideran que al ser un tema civil, debería estar regulado en la normativa civil y no en la penal, pero por motivos históricos su regulación se

realizaría en el Código Penal. Será en el artículo 419 del CP del año 1973, que disponía que *“el de propósito causare a otro la esterilización será castigado con la pena de prisión mayor”*³², y el artículo 428 del mismo texto legal decía que *“dicha pena se impondrá aun cuando mediere consentimiento del lesionado”*.

Posteriormente se creó la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, de reforma urgente y parcial del Código Penal, añadió un segundo párrafo al artículo 428, en el que se regulaba la excepción, eximiendo de responsabilidad a los facultativos que practicasen la esterilización con el consentimiento libre y expresamente emitido por el interesado, es decir, autorizaba la esterilización voluntaria, y en el inciso final de este establecía la limitación de la excepción, excluyendo la validez del consentimiento otorgado por un menor o incapaz, en cuyo caso no sería válido el prestado por estos ni por sus representantes legales.³³

Tras una serie de críticas a los preceptos por parte de la doctrina se pasó a realizar una actualización del Código Penal, mediante la Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989 o L.O.3/1989, en su artículo sexto, que reformó el delito de lesiones, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 428. Este precepto autorizaba la posibilidad de esterilizar a personas incapaces con graves deficiencias psíquicas, expresando que *“no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, 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”*.³⁴

La Ley Orgánica 3/1989 causó mucha polémica en la doctrina, pues la interpretaciones del artículo 428.2, eran consideradas para algunos anticonstitucional y que vulneraba derechos fundamentales de las personas incapacitadas.

³² Artículo 149 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³³ Lete del Río, JM. (2002). *Estudio de la evolución legislativa, requisitos y procedimiento que ha de seguirse para el otorgamiento de la esterilización del deficiente psíquico*.

³⁴ Artículo sexto de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, del Código Penal (España), que añade un segundo párrafo al artículo 428

La sentencia STC 215/1994 de 14 de Julio³⁵, supuso un antes y un después, en la opinión doctrinal sobre el precepto del artículo 428.2, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación al art.6 de la L.O 3/1989, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art.428 de dicho Código.

El Tribunal Constitucional resolvió declarando que el precepto era respetuoso con la Constitución, siempre que la esterilización de discapacitados psíquicos se realizara por iniciativa de los tutores legales y con autorización judicial, aunque en esta sentencia hubo votos particulares, que prefirieron perfilar de manera detallada el asunto que aquí se trataba, pronunciando su afirmación a favor de la inconstitucionalidad del precepto. La cuestión de inconstitucionalidad planteaba la vulneración del art.15 de la CE, que fue contestado en el fallo en sentido negativo, pero se realizaron votos particulares que opinaron en concreto sobre la vulneración de este.

a) Argumentos a favor de la constitucionalidad del precepto:

- Primero el Tribunal Constitucional ante la cuestión de inconstitucionalidad, manifestó su opinión sobre la vulneración del artículo 15 CE, expresando que *“toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de la persona deficiente mental”*, lo cual resultó irónico, pues posteriormente, lo criticaran duramente, pero en esta parte del auto de planteamiento parecía que, más que justificar la duda del juzgador, demuestra su convicción sobre la inconstitucionalidad de la norma.
- Posteriormente manifestaron el sentido negativo de la inconstitucionalidad determinando que la sustitución del consentimiento

³⁵ Pleno. Sentencia 215/1994, de 14 de julio de 1994. Cuestión de inconstitucionalidad 1.415/1992. En relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Votos particulares.
Disponible on-line: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1994-19041>

de la incapaz por la autorización judicial no conllevaba la vulneración de la interdicción contenida en el art.15 CE, ya que la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejar o envilecer, ni su práctica médica supone trato inhumano o degradante alguno, entre otros motivos que se destacaron en la sentencia en sentido negativo.³⁶

- También manifestaron su apoyo a la constitucionalidad del precepto expresando que la falta del consentimiento del paciente no implicaba un menoscabo, y por lo tanto, la punibilidad de la esterilización, pues los pacientes con graves enfermedades psíquicas no alcanzarían a comprender los cambios aparejados a la gestación, que experimentaría su cuerpo, por ello entendieron justificada la esterilización prevista en el inciso cuestionado. Y recalcan que en la mujer estaba aún más justificado para evitarle las consecuencias tanto físicas como psíquicas que se producen en el embarazo

b) Argumentos en contra de la constitucionalidad: votos particulares de los magistrados:

Llamo mi atención tras la lectura de la sentencia, la variedad de opiniones mediante los votos particulares de los magistrados, sobre el mismo tema.

- Destacar el voto particular del Magistrado Don José Gabaldón López, que manifestaba que no comprendía como sus colegas, podían considerar constitucional el precepto, pues a su parecer, se estaba realizando una lesión física al incapacitado, autorizada por tercero, bien por el representante legal que la solicita y el Juez que la autorizaba. También consideraba que el fin socio-familiar de la esterilización de la persona deficiente mental, caería asimismo de la fuerza suficiente para justificar su lesión, pues el Magistrado se basó en que la finalidad última real de la esterilización, no era otra que una finalidad eugenésica y como dijo de manera expresa el magistrado *“en la que se advierte el designio de lograr la tranquilidad de los guardadores del incapaz, al fin y al cabo promotores de la autorización”*, en otras

³⁶ Auto de planteamiento, letra A) de la STC 215/1994 de 14 de Julio

palabras el magistrado, considero que la finalidad básica de la petición de autorización para la esterilización no iba en ningún momento guiada a buscar el mayor interés de la persona discapacitada.

- El Magistrado enjuicio al precepto, pues consideraba que ni siquiera este, remitía a la posibilidad de utilización de métodos menos radicales, así como ciertas facultades atribuibles al juez o las condiciones del sujeto. Junto a las opiniones doctrinales de este magistrado, hubo muchas otras manifestaciones.

Pese todas las críticas al precepto, siguió en vigor. Posteriormente, fue derogada la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio y fue modificado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre donde el artículo 428.2 del antiguo código penal se trasladó al art 156.2, donde se regula la posibilidad de realizar la esterilización para personas incapaces y disponía una cláusula de exoneración de responsabilidad penal para el delito regulado en el art 156.1 CP.

2.6.3 Regulación actual de la esterilización en el Código Penal.

Actualmente el art.156 de la L.O. 10/1995 ha sido modificado por el artículo 84 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que expresa *“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 lo que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”*.³⁷

Aunque el precepto transcrito se remite a la legislación civil, lo cierto es que la propia LO 1/2015 establece en su disposición adicional 2ª, que *“el procedimiento para la esterilización de personas que carecen de la capacidad necesaria para consentir válidamente deberá ser el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal*

³⁷ Artículo 156 redactado por el número ochenta y cuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Referencia: BOE-A-2015-3439)

de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”

Se incluyen una serie de novedades:

Se sustituye la expresión de “persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica” por “personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento”.

En el aspecto procedimental se cambia el expediente de jurisdicción voluntaria por procedimiento contradictorio, que deberá contar tal y como sucedía en el precepto anterior. En el aspecto material, frente al criterio del mayor interés del incapaz, se establece que debe tratarse de supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos.

2.7.Requisitos necesarios para la esterilización en personas discapacitadas.

Tras analizar su regulación, será necesario conocer los requisitos que deben cumplirse para poder autorizar la esterilización de un incapaz.

Partimos de la base de que la utilización de la esterilización como método anticonceptivo solo debe realizarse en caso de que no pueda utilizarse un método más favorable, es decir, lo que se busca es que su empleo no sea traumático.

- El primero de todos los requisitos es que la persona a la cual se le practica tenga una deficiencia o minusvalía grave, que sea la causa por la cual se le incapacita. Con que sea grave nos referimos a que implique, la incapacidad de comprensión de la esterilización por parte de la persona sometida a la misma.
- Debe descartarse en todo momento la esterilización en caso de que pueda existir un método más favorable. Descartando el aborto por ser más traumático y posterior a la concepción, si cualquier otro sistema es factible debe seguirse este.
- Es competente el Juez de 1ª instancia del domicilio del incapaz, dentro del mismo procedimiento de incapacitación o en procedimiento de jurisdicción voluntaria independiente.

- La solicitud debe hacerla el representante legal del incapaz, es decir, el padre, el tutor y entendemos que también el guardador de hecho, de acuerdo con el artículo 304CC, que le permite realizar cuantos actos redunden en interés del incapaz.
- Se requiere el dictamen de dos especialistas. Uno de ellos será un ginecólogo o urólogo, dependiendo del sexo del incapaz, así como la intervención de un psicólogo o psiquiatra, para que pueda hacer comprender al incapaz lo que significaría la esterilización y para enseñarle a asumir el cuidado desde la descendencia y el riesgo que una hipotética concepción y embarazo pueda suponer para la estabilidad psíquica de la incapaz.
- El juez debe explorar por sí mismo al incapaz, de acuerdo a la forma establecida en el art 208CC, para así comprobar su postura sobre el tema.
- Se necesita la audiencia del Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales del incapaz.

La ley no obliga, pero tampoco prohíbe la posibilidad de otros medios de prueba, como informe médico forense, la audiencia de familiares o educadores, que en gran medida sería lo más aconsejable en estos casos.

2.8.La práctica judicial de la esterilización.

En la práctica jurisdiccional podemos encontrarnos tres casos distintos:

1. Que el tutor legal que pide la esterilización de su hijo o hija incapaz, no la haya declarado incapaz antes de la petición de esterilización.
 2. Que se deniegue la esterilización del incapaz por motivos o argumentaciones jurídicas suficientes para denegarla.
 3. Que se acepte la autorización de la esterilización del incapaz.
- En el primer caso destacamos el Auto de 23 de Julio de 2001 del Juzgado de 1ª instancia nº1 de Jaén, dictado en un procedimiento de incapacidad. Los hechos que dan lugar al procedimiento de manera resumida son los siguientes:

Iniciado el procedimiento por el padre de la presunta- incapaz- y propuesto para actuar como defensor judicial en nombre de su hija, presento escrito solicitando al Juzgado autorización para hacer ligadura de trompas a la presunta incapaz, al no ser recomendable un embarazo en la misma dado el fuerte tratamiento psiquiátrico al que sometida la misma, así como por sus circunstancias personales, y toda vez que iba a ser intervenida quirúrgicamente en esas fechas por habersele detectado un quiste en el ovario izquierdo. Que por resolución se dio traslado al Ministerio Fiscal de la solicitud formulada para que se practicasen las pruebas contenidas en el art-156 del CP, párrafo 2º, acordándose por providencia de 16 de Julio el reconocimiento judicial, así como por dos especialistas médicos, diligencias que fueron suspendidas en el día de su señalamiento al no obrar en autos informes médicos acerca de la enfermedad padecida por la presunta incapaz.

La materia aludida por el padre de la presunta incapaz en el referido escrito contenía el objetivo de la esterilización de una persona que todavía no ha sido declarada incapaz, por ello en su fundamento jurídico único, se determinaba que no se podía iniciar un procedimiento en otro ni propiciar desde esta instancia una “*conmixción procesual civil*”, puesto que llegado el caso de la declaración de incapacidad, será entonces cuando proceda a encauzar procesalmente la solicitud y la eventual autorización para la esterilización de la persona declarada incapaz. Se aludía, que para este trámite, era imprescindible la previa declaración judicial de incapacidad, por deficiencias psíquicas graves, de la persona cuya esterilización se solicita. Y con base en dicha declaración podrá, en su caso, instarse por el legitimado para ello el procedimiento a seguir para autorizar la esterilización de quien ya ha sido declarado judicialmente incapaz, con base en la STC 215/1994. Por todo ello el auto determino dejar sin efecto en la presente causas las diligencias acordadas con el apoyo del art 156.2 del CP, y sin perjuicio de que en su día se deduzca testimonio para articular adecuadamente la autorización para la esterilización del incapaz por el legitimado para ello.

Con este auto se muestra uno de los requisitos básicos para poder realizar la esterilización del incapaz sin el consentimiento de este, que la autorización del tutor legal, pero siempre que el presunto incapaz este incapacitado judicialmente, sino la

autorización, aunque legitimada en el art 156.2, no será válida y será denegada como en este caso.

- En el segundo y el tercer caso vamos a poder verlo en un asunto que fue tratado por el Sr. Magistrado-juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9, de los Juzgados de Zaragoza, el cual denegó la demanda, que posteriormente será recurrido en la Secc. 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por parte de la demandante, la cual será estimada y concederán la autorización necesaria para la esterilización. Los hechos son los siguientes:

En los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, es decir, hechos que fundamentan la denegación de la esterilización, D^a Carmen B. C. pide la autorización judicial prevista en el art.156.2 CP para proceder a la esterilización de su hija María Pilar, incapacitada totalmente por la Sentencia de 24 de Febrero de 2000 para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes (autos 543/1999 del Juzgado 1.º Instancia núm.9), la sentencia de instancia denegó la autorización por entender que la incapaz no puede llegar a comprender los aspectos básicos de su sexualidad, la minusvalía que padece, es del 70%, por retraso mental moderado, no le priva totalmente de la posibilidad de entender el alcance de la operación y que, en estas condiciones, debiera valorarse el principio de proporcionalidad, recalando que existen alternativas menos gravosas para el derecho a su integridad física, lo que de las actuaciones resulta que María Pilar, de cuya conducta y entorno social no se desprende un riesgo muy elevado de embarazo, estando por el momento lejos de los límites de edad que harían desaconsejable la toma de anticonceptivos –35 a 40 años–, vive en un ambiente familiar estable y estructurado, en compañía de su madre, no debiendo existir dificultad para que, previniendo los descuidos de su hija, suministre a esta las dosis de anticonceptivos prescritos por su ginecóloga, obviando una media tan gravosa como la esterilización.

Los fundamentos que dan base a la estimación del recurso y por lo tanto aceptación de la autorización para la esterilización son:

- En primer lugar el problema de la sustitución del consentimiento en casos como el de autos, de idoneidad del sujeto, para emitirlo por causa de su

grave deficiencia psíquica, se convierte en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal, justificación que únicamente residirá, en interés del incapaz.

- En su segundo argumento se sirven de la STC 215/1994 declarando que la medida se justifica y se legitima desde la perspectiva de la finalidad perseguida, y que siempre van a buscar la defensa del interés del incapaz, así como la mejora de sus condiciones de vida y bienestar, equiparándolo 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, permitiéndole no estar sometido a una vigilancia constante que podría ser contraria a su dignidad y a su integridad moral, haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica.
- En tercer lugar se dice que la esterilización deberá ser lícita desde la vertiente de la proporcionalidad, lo que exigirá que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira, sin entrañar para la persona afectada otras consecuencias que la privación de sus potencialidades genésicas.

Finalmente el fallo decidió estimar el recurso de D^a María del Pilar contra la sentencia dictada por el Magistrado del Juzgado de 1^a Instancia núm. 9 de Zaragoza, revocando la resolución, estimando la demanda de la recurrente y concediéndole la debida autorización judicial necesaria para proceder la esterilización de su hija.

Pero hemos visto sentencias del año 2000, ahora veremos una más actual para ver si han cambiado los argumentos de las partes sobre la aceptación o denegación de la esterilización en incapaces, y con la reforma del artículo 156 del Código Penal.

3 El aborto eugenésico y coercitivo.

3.1.Introducción.

En este apartado hablare de otra barrera limitadora de la maternidad, como es el aborto, pero no el aborto por motivos de salud o mal formación del feto, o incluso el que ocurre de manera natural, sino el coercitivo, es decir, el obligado por un tercero y el aborto eugenésico, influido por las barreras y prejuicios negativos de la sociedad.

Al hablar del aborto es imprescindible hablar del derecho a la vida, pues realmente con el aborto estamos privando y vulnerando, de un modo u otro, este derecho fundamental. Este se reconoce en nuestra norma suprema en el artículo 15, pero será en el artículo 10 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se regule de manera específica, el derecho a la vida de las personas discapacitadas.³⁸

Cuando una mujer queda embarazada, y los profesionales sanitarios determinan que el feto nacerá con alguna discapacidad, surge el prejuicio en multitud de personas, de este niño quizás no deba nacer, o su vida será complicada por los prejuicios sociales, o no será capaz de criarlo, pueden aparecen mil dudas sobre la crianza de estos niños en las madres primerizas, como en las que no, pero será en este caso, donde los profesionales sanitarios también tengan un papel fundamental.

El problema que se plantea es complicado, pues que una mujer se plantee no tener un hijo por miedo a que salga con una discapacidad, acarrea una discriminación al niño o niña discapacitada. Por todo esto, es importante que los Estados tomen conciencia y dedican un espacio reservado a este asunto, por ello en la Convención en el apartado consagrado a los Principios Generales, se alude al *“respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana; lo que supone también el derecho a nacer diferente”*³⁹

³⁸ Artículo 10 Derecho a la vida de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad: *“Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptaran todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”*.

³⁹ Artículo 3 Principios generales, apartado d) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

3.2. Concepto de aborto coercitivo, aborto eugenésico y aborto coercitivo con motivos eugenésicos.

El aborto coercitivo es aquel que se practica a las mujeres discapacitadas que han quedado embarazadas, como fruto del desarrollo de su sexualidad y ejercicio del mismo, y que por motivos bien, familiares, sociales, económicos o por incapacidad de habilidad de crianza de los hijos, los familiares de éstas, deciden realizarle el aborto sin el consentimiento de las mismas, bien porque no pueden darlo, o porque estas se encuentran incapacitadas judicialmente, y son los tutores legales junto con un juez los que deciden realizárselo. El aborto coercitivo es el obligado. Es el que, si existiera la mínima posibilidad de la madre a dar su opinión o su consentimiento, quizás nunca se realizaría.

Por otro lado el aborto eugenésico, es aquel provocado y realizado en el caso de sospecha o certeza de una enfermedad seria del niño. Dicha certeza nunca puede ser completa. Se suele realizar argumentando que la vida del niño con deficiencias sería de poca calidad, y no merecería la pena ser vivida. Cuando hablamos del aborto eugenésico en temas de discapacidad, hablamos de aquel aborto realizado por madres que, no tienen por qué ser discapacitadas, una vez conocida la opinión del personal sanitario sobre la posibilidad de que el feto nazca con una discapacidad, ya sea cognitiva, intelectual o física, deciden no tenerlo, como motivo único de la discapacidad del futuro bebé.

El problema que se plantea en el aborto coercitivo no es el mismo que en el aborto eugenésico, pues en el primero se obliga a la mujer discapacitada embarazada al aborto, por no ser ésta, una persona capacitada para ser madre o bien porque no podría ni siquiera entender la responsabilidad que eso podría acarrear, y los cambios que experimentaría su cuerpo durante la gestación y el parto. En cambio en el segundo tipo de aborto, una madre discapacitada o no, decide no tener el hijo que ha engendrado por el mero hecho de este, tener una discapacidad.

En medio de estos dos tipos de abortos tenemos el caso de una mujer discapacitada embarazada de un feto con posibles discapacidades, a la cual se le realiza un el aborto coercitivo con motivos eugenésicos.

Entonces encontramos, por un lado una mujer embarazada que decide abortar por motivos eugenésicos, por otro lado tenemos esa mujer discapacitada embarazada a la que le obligan a abortar por motivos no eugenésicos, como puede ser el de incapacidad de crianza del hijo, y por último, tenemos aquellas mujeres discapacitadas embarazadas de un hijo que podría tener una discapacidad, y que también se encuentran incapacitada judicialmente, y por la tanto son sus tutores legales los que van a decir si lo tiene o no, junto con una decisión judicial, que sería el aborto coercitivo con motivos eugenésicos.

Nos centramos en el aborto que acarrea más problemas judiciales, es el aborto coercitivo con motivos eugenésicos.

Para poder aclarar su concepto contamos con un ejemplo real donde un juez de Avilés autorizó el aborto de una joven discapacitada embarazada de seis meses. El Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Avilés, autorizó la práctica del aborto de una joven discapacitada de 27 años embarazada de 6 meses. La familia había solicitado la interrupción del embarazo y tras la realización de informes médicos y forenses se valoró la idea de la práctica abortiva. Según estos informes, la joven tiene una mentalidad de 3 años y advierten del grave riesgo para la vida física y psíquica de la madre en caso de continuar con la gestación. La familia argumentaba el aborto con motivos eugenésicos, de malformaciones del feto. Inicialmente la familia acudió a una clínica privada para practicarle a la joven el aborto, pero la clínica rechazó su práctica al haberse superado los plazos legales para ello de 22 semanas. De aquí acudieron al juzgado y se comprobó que la joven no estaba incapacitada, y esto, obligó a iniciar el proceso de incapacitación. Finalmente el juez autorizó el aborto.⁴⁰

3.3.Regulación del aborto: especial mención al aborto eugenésico.

3.3.1. Inicios de la regulación: despenalización del aborto.

El aborto eugenésico, estaba previsto en el art. 417 bis del Código penal de 1973, que lo definía como aquella “*grave tara física o psíquica del feto, dentro de*

⁴⁰ Disponible on-line: Sentencia estimación del aborto
<http://www.elmundo.es/elmundo/2004/12/14/sociedad/1103023051.html>

las primeras veintidós semanas, acompañado del informe de dos especialistas”. Con esto podemos decir que se produce una despenalización del aborto eugenésico contenida en la actual ley del aborto.⁴¹

Será la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en su fundamento jurídico 11 letra c), el que aborde la cuestión de la despenalización del aborto eugenésico.

El Tribunal argumentaba que imponer una sanción penal por el aborto eugenésico entrañaba una conducta que excede de lo normalmente exigible a una madre y a la familia. Consideraba que las insuficiencias de ayudas y apoyos de los poderes públicos, creaban una situación de incertidumbre a los padres, tomando en consideración el importante esfuerzo y dedicación que supondría el cuidado de un nacido con discapacidad. En resumen el tribunal consideraba que la despenalización solo tenía sentido en cuanto la conducta consistente en la educación y crianza de una persona con discapacidad supusiera una carga excesiva para su familia.⁴²

3.3.2. Evolución y regulación de la ley de interrupción del embarazo.

Partimos de la base de que en nuestra legislación es legal realizar el aborto, siempre que respetemos los plazos establecidos por la misma. Se regula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, donde como establece en su artículo primero se regulan *“las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y se establecen las correspondientes obligaciones de los poderes públicos”*⁴³

Los requisitos para la interrupción voluntaria del embarazo se regulan en el artículo 13 de esta misma ley, y establece el requisito de la intervención de un médico especialista, y que este, se lleve a cabo en un centro sanitario bien público o privado debidamente acreditado, pero el más importante y polémico para el caso del consentimiento de las personas discapacitadas es el 13.3:⁴⁴

⁴¹ Ruiz Burson. FJ. (2013) “Análisis crítico de la despenalización del aborto eugenésico en España”. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, nº33, pp.: 1-22

⁴² <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>

⁴³ Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁴⁴ Artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

“Tercero.- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida ley”.

El artículo 9 de la Ley 41/2002 regula los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, haciendo especial mención al apartado 9.3 b) y al 9.5, que regula el consentimiento por representación: ⁴⁵

Artículo 9.3 “ b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente...”

Artículo 9.5 “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”

Teniendo en cuenta estos artículos volvemos a la base jurídica de la intervención voluntaria del embarazo, donde se regula el aborto a petición de la mujer y la interrupción por causas médicas. Sera en el artículo 15 b) y c) de la Ley 2/2010 donde se regule el aborto eugenésico.

“b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o medica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”

⁴⁵ Artículo 9 de 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.

Como menciona el artículo, existe un plazo extraordinario de 22 semanas en caso de anomalías graves del feto, algo que, tal vez, suponga conceder menos valía a la vida de un feto que podría ser una persona con discapacidad. Esto iría en contra del artículo 5⁴⁶ de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que no se puede tener una legislación que discrimine por razón de discapacidad, así lo expresa Elena Díaz en su libro *“El Reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad”*.⁴⁷

En la ley también se regula la obligación de los profesionales y de los poderes públicos de informar y formar a las mujeres que quieran someterse al aborto, sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, entre otras, así lo establece el artículo 17 de la Ley 2/2010.

3.3.3. Proyecto de reforma de la Ley 2/2015.

Esta ley con el paso del tiempo ha estado sometida a proyectos de reforma que nunca se llegaron a realizar, una de ellas por iniciativa del Partido Popular, donde baso su reforma en distintos argumentos⁴⁸, pero me centrare únicamente en uno de ellos, por ser el relacionado con nuestro estudio, que será el supuesto incumplimiento por parte del Estado Español de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La reforma se basaba en la eliminación del aborto eugenésico por motivo de discapacidad o malformación del feto, porque discrimina a este tipo de niños, y resulta contrario a lo establecido en los Convenios internacionales. Evitar el riesgo para la salud psíquica de la madre por la realización del aborto libre y con evidentes intereses económicos para los

⁴⁶ Artículo 5 Igualdad y no discriminación: 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

⁴⁷ Díaz Funchal E. (2013) *“El Reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad: La conquista de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad”*. Ediciones Cinca. CERMI colec.

⁴⁸ Lorenzo Copello, P. (2014). Desandando el camino: la contrarreforma del aborto. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16-09, pp. 4.

médicos abortistas, y crear a su vez, mecanismos legales para controlarlo.⁴⁹ Pero cabe decir que la reforma no prosperó y aun se siguen estudiando posibles cambios en la ley, que a día de hoy no se han llevado a cabo.

3.3.4. Críticas y reflexiones sobre la ley de interrupción del embarazo actual.

Lo que más llama mi atención, es que la ley actual del Aborto no requiera, en su articulado, dar a la mujer embarazada la información que será obligado entregarle por escrito si solicita el aborto sin alegar causa alguna de las primeras catorce semanas de gestación. Todas las ayudas y prestaciones reguladas en el artículo 17 de esa misma ley, son aplicables en caso de embarazo o nacimiento de un niño con discapacidad, pero la Ley no exige que la mujer sea informada acerca de estos aspectos antes de abortar por motivos eugenésicos.

En los casos de aborto con motivos eugenésicos ni si quiera se informa de todos los colectivos sociales de defensa de las personas con discapacidad, que ayudan para el libre ejercicio de la maternidad en mujeres discapacitadas, encontrándose así muchas mujeres y familias, que no conocen las políticas sociales de ayuda que existen en los casos de hijos con discapacidad, que pueden influir en decidir tenerlo o no.⁵⁰

Actualmente los recientes avances científicos han mejorado considerablemente la calidad de vida de las personas con discapacidad y las iniciativas legislativas ofrecen mayor protección legal a las personas con discapacidad y sus familias.

Existen muchas opiniones y posturas sobre la práctica del aborto con motivos eugenésicos, en mujeres con o sin discapacidad, pero lo que está claro, es que sea legal o no, las pruebas demuestran que se sigue sometiendo a las mujeres al aborto coercitivo en todo el mundo.

⁴⁹ Artículo de Álvaro Real, “El aborto de niños discapacitados va contra la Constitución Española”, Aleteia. Disponible on-line: <http://es.aleteia.org/2013/04/18/el-aborto-de-ninos-discapacitados-va-contra-la-constitucion-espanola/>

⁵⁰ González Marsal C. (2010) “*El aborto eugenésico en España*”. Intersticios: Revista de Sociología de Pensamiento Crítico. Vol. 4 (2). pp.: 259-269.

4 Bienes jurídicos protegidos en conflicto.

4.1.Introducción.

Mucho he hablado ya, de aborto y esterilización, pero lo más importante de estas prácticas no es el motivo de porque se realizan, sino que bienes jurídicos protegidos están en juego, o que bienes protegidos están siendo vulnerados, o que bienes jurídicos protegidos se ponderan, y cuál de ellos está por encima del otro, es decir, muchos interrogantes que solo pueden tener respuesta con la doctrinas jurídicas y jurisprudenciales.

4.2.El derecho del *Nasciturus* VS el derecho a la dignidad e integridad física de la mujer discapacitada en la práctica del aborto y la esterilización.

El conflicto de Derechos con el que nos encontramos es el derecho a la vida del “*Nasciturus*” del artículo 15 CE, el derecho a la dignidad e integridad física de la mujer discapacitada recogido en el artículo 19 CE. Los dos son derechos humanos y fundamentales y cuando entran en conflicto, uno no puede tener prevalencia absoluta sobre el otro.

El problema que ha surgido en la práctica, es que se la ha dado prevalencia absoluta al derecho de la dignidad de la mujer para poder decidir sobre su embarazo, en caso de que tenga capacidad para hacerlo, obviando, en muchas ocasiones, el derecho del “*Nasciturus*” como bien jurídico constitucionalmente protegido por el derecho a la vida del art.15 de la Constitución española y las Sentencias del Tribunal Europeo y Convenciones internacionales, que queda sometido a la única voluntad de la madre, o en casos de mujeres discapacitadas en manos de los padres, tutores legales y jueces. El “*Nasciturus*” goza de los mismos derechos que el resto de los seres humanos desde el momento de la gestación o fecundación, y no puede ser discriminado.

4.3.El derecho a la libertad sexual y a la maternidad VS la práctica del aborto y la esterilización mediante decisión judicial.

Pero realmente el bien jurídico protegido que más se vulnera en el aborto y en la esterilización coercitivas o forzosas de mujeres discapacitadas, sobretodo intelectuales, es el derecho a la maternidad. Se les priva del derecho a decidir qué hacer con su bebé, se les vulnera su decisión de ser madre, y no solo eso sino que la esterilización puede provocar en las mujeres discapacitadas alteraciones físicas y psíquicas que pueden dañar la integridad física y moral de estas, o eso al menos es lo que piensa unos pocos de esta doctrina.

Otros en cambio, comparten la idea de la práctica del aborto y de la esterilización forzosa, en casos de que exista un alto porcentaje de discapacidad, donde con la intervención de médicos y especialistas, se pueda ofrecer una valoración con certeza, de que la mujer embarazada discapacitada realmente no pueda hacerse cargo del menor que va a nacer, y que sería responsabilidad de los padres o tutores legales, finalmente, la crianza de ese niño. La postura a favor de la esterilización determina que, tanto las niñas como las mujeres discapacitadas, tampoco pondrían llegar a entender los cambios que supondría la gestación y el parto, y que eso podría provocarle alteraciones psicológicas con el paso del tiempo.

El aborto y la esterilización no solo influyen o vulneran el derecho a la maternidad, sino el libre desarrollo y ejercicio de su sexualidad. Ante esto existen dos posturas. Los que están en contra del aborto y la esterilización forzosa defienden que la limitación de la libertad sexual de las personas discapacitadas, significa la vulneración de la libertad de decisión, produciéndoles una doble discriminación, donde pasaríamos a considerar que las personas discapacitadas no son iguales ante todos.

En la práctica jurisprudencial he podido observar que los defensores de esta postura, también consideran que si una mujer discapacitada, que mediante los informes médicos y forenses, determinan que tienen una edad mental de 3 años, no podría o no alcanzaría a entender lo que es el ejercicio de la libertad sexual y que en esta, no nacería la idea biológica de la reproducción, y que con la correspondiente vigilancia,

esta nunca querría experimentar el ejercicio de su sexualidad. Idea que los defensores del aborto y esterilización forzosa no defendían, pues destacaban la posibilidad de delitos sexuales a estas mujeres, por la ingenuidad y manipulación de las mismas. Otras de las ideas que se plantean en los casos de esterilización es la vigilancia. Los que están en contra de la intervención, reivindican la idea de que los padres o tutores legales realización la esterilización para su tranquilidad y comodidad, y no para buscar el mayor interés para la mujer o niña discapacitada. Los defensores en cambio recalcan la idea de que la persona discapacitada tiene derecho a su libertad y a no ser tratado como un “prisionero”, por la excesiva vigilancia, dejándole a estas el espacio de libertad que se merecen.

Existen multitud de opiniones y doctrinas sobre este tema, pero lo que si tengo claro tras su estudio, es la enorme ponderación que los jueces y juzgados deben hacer para tomar la decisión más favorable para la mujer discapacitada, aunque aún en la sociedad existan tantos colectivos de mujeres discapacitadas que siguen luchando por la igualdad y la no discriminación de estas mujeres sometidas a estas prácticas.

Capítulo IV.- EL DERECHO A LA PATERNIDAD DE LOS HOMBRES DISCAPACITADOS.

1. Introducción.

En este estudio sobre la maternidad, también será importante abarcar matices y elementos de la paternidad en hombres discapacitados, así como su aceptación social, al igual que ocurre con las mujeres.

2. El derecho a la paternidad de los hombres discapacitados.

Tanto las mujeres como los hombres con discapacidad tienen derecho a ser padres y como consecuente tener hijos, mismamente sabemos que su regulación se encuentra al igual que las mujeres en el art. 23 de la Convención. Pero el ejercicio de la paternidad no sigue en algunos casos el mismo camino que el de la maternidad.

- La primera diferencia entre hombre y mujeres discapacitadas son las limitaciones del ejercicio y desarrollo de su libertad sexual, íntimamente ligado a la esterilización

de los mismos. La esterilización, como sabemos, limita la maternidad y la paternidad de los hombres y mujeres discapacitados.

La práctica social de la esterilización se realiza a niñas y mujeres discapacitadas, pero no a los niños y hombres discapacitados. A pesar de que el hombre es imprescindible para la procreación, la práctica de la esterilización es diferente para cada uno de ellos. Podríamos considerar que existe una discriminación de género, en la esterilización, pues para la procreación se necesita un hombre y una mujer, pero la práctica social y judicial siempre tienden a esterilizar a la mujer, cuando como sabemos en una técnica quirúrgica mucho más peligrosa que en el hombre.

Por tanto la esterilización limita al derecho a la libertad sexual y a la maternidad o paternidad de las personas discapacitadas. Pero debido a la discriminación de género con la práctica de la esterilización extendida en mujeres, realmente las que más limitadas van a estar en sus derechos van a ser las mujeres discapacitadas, una limitación doble en su libertad sexual y en su derecho a la maternidad.

Por ello a pesar de ser las personas discapacitadas grupos sociales “marginados”, van a ser las mujeres discapacitadas en gran medida, las más discriminadas, dejando a la situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en un nivel más bajo que el de los hombres discapacitados. Pero realmente poco se ha estudiado sobre sus diferencias y limitaciones, pues en verdad la mayoría de estudios se han centrado más en hablar sobre la discriminación en el trabajo de hombres y mujeres discapacitadas, y casi ningún estudio intenta abordar este tema tan complejo como la paternidad del hombre discapacitado intelectual.

CONCLUSIÓN.

Durante el estudio he podido comprobar que aún queda mucho camino por recorrer en el sendero de la maternidad en las mujeres discapacitadas. Demasiados prejuicios psicosociales aún sin resolver, o sin encontrar aún una respuesta certera, que pueda dar solución a la discriminación que sufren las mujeres discapacitadas.

Empezamos con el concepto de discapacidad como eje principal del problema discriminatorio que sufren estas mujeres. La discapacidad está considerada como una limitación en nuestra vida, en nuestras capacidades y habilidades de hacer las cosas, convirtiéndose así, en un obstáculo más, que se debe superar cada día de nuestra vida. Pues en el caso de las personas discapacitadas la pendiente se hace cada día más empinada, por culpa de las barreras bien sociales, estructurales y las actitudinales, propias de las mujeres con discapacidad, entre otras.

Partimos de la base de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas Discapacitadas, como norma garantizadora y garante de la defensa de los derechos y deberes de las mujeres discapacitadas, haciendo especial mención, al artículo 23 del Respeto al hogar y la familia. En este artículo se regula el derecho a la maternidad, paternidad y a la crianza de los hijos con toda libertad, y regulando que no existirá limitaciones en los mismos, por motivo de discapacidad, mismamente, los Estados deberán asegurar, el desarrollo de su ejercicio, ayudándolos con políticas sociales y de apoyo, mediante unos asistentes personales que los ayuden para el ejercicio legítimo de sus derechos como padre y como madre.

El concepto de la maternidad en las mujeres discapacitadas ha tenido y tiene muchos interrogantes hoy día, aunque muchos colectivos están intentando que esta actitud negativa cambie, existen aún mucho trabajo por delante, para que la sociedad pueda entender que las mujeres discapacitadas también quieran ser madres, pero lamentablemente tengo que reconocer que los movimientos de mujeres con discapacidad, no han sabido abordar de manera adecuada los problemas de la maternidad, ni han realizado los estudios suficientes para dar a conocer los problemas y las dificultades que entrañan la maternidad, en mujeres discapacitadas, sino que se han dedicado a criticar más la desigualdad en el empleo o en la formación entre los hombres y mujeres discapacitados, que centrarse en las barreras que la sociedad impone a este colectivo, decir también que únicamente han centrado sus estudios en la problemática a lo referente a la violencia de género y al delito de abusos sexuales, tanto de niñas como de mujeres discapacitadas.

Las barreras para la maternidad pueden ser muy variadas, como he dicho antes, las sociales y las actitudinales son muy negativas para la propia mujer discapacitada, pues puede crear en ellas un sentimiento de abandono en el caso de que no pudieran

hacerse cargo del menor, pero las barreras más importantes, se implantan para estas mujeres, por la vía judicial. Las mujeres discapacitadas pueden tener consentimiento o no para decidir sobre si quieren ser madres o no. En el caso de que no lo tenga, como he repetido hasta la saciedad, su decisión de ser madre estará en manos de sus tutores legales y de una decisión judicial. En la práctica judicial y durante nuestro estudio hemos podido ver como la esterilización y el aborto son métodos muy utilizados en estas mujeres, pero considero que en nuestra legislación falta una norma que regule todos estos aspectos de manera específica y que dedique todos sus preceptos a la multitud de situaciones que pueden concurrir en el ejercicio de la maternidad de estas mujeres, estando en conflicto derechos como la libertad, la integridad física y moral, la libertad sexual, la maternidad o paternidad, así como el propio derecho a la vida del niño que nunca va a nacer. Y a mi parecer, dado la costumbre de nuestra legislación de regularlo todo, aquí se queda muy corta, pues considero que dejar en manos de un juez, derechos tan importantes como los que están en juego, hacen que nuestra legislación, en este ámbito, quizás no sea lo suficiente eficaz, ni lo suficientemente justa.

BIBLIOGRAFIA.

Amor Pan, JR. (2000) *Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS N° 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:159-189. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

Azúa, P. *¿Derecho a tener hijos?*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS N° 1 Madrid: FEAPS, 2000, pp.:153-157. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

CABELLO DE ALBA JURADO, F., “Derechos de naturaleza personal y patrimonial especialmente reconocidos en la Convención”, en *Curso sobre “Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Aplicabilidad en el ámbito de la Administración de Justicia en España”*, organizado por Foro Justicia y Discapacidad, Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Burgos 25, 26 y 27 de mayo de 2009, pp. 1 a 3. Consultado en [:file:///D:/Datos%20de%20Usuario/UJA/Downloads/Derechos%20de%20naturaleza%20personal%20y%20patrimonial.pdf](file:///D:/Datos%20de%20Usuario/UJA/Downloads/Derechos%20de%20naturaleza%20personal%20y%20patrimonial.pdf)

Díaz Funchal E. (2013) *“El Reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad: La conquista de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad”*. Ediciones Cinca. CERMI colec.

Etxeberria, X (2012). *“Maternidad- Paternidad en personas con Discapacidad intelectual”* FEAPS: Documentos de Ética.

González Marsal C. (2010) *“El aborto eugenésico en España”*. Intersticios: Revista de Sociología de Pensamiento Crítico. Vol. 4 (2). pp.: 259-269.

Lasarte González, C. (2012) *“Parte general y Derecho de la Persona, principios de derecho civil I”*, Marcial Pons, Madrid, pp. 196-214.

Laurenzo Copello, P. (2014). *Desandando el camino: la contrarreforma del aborto*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16-09, pp. 4.

Lete del Rio, JM. (2002). *Estudio de la evolución legislativa, requisitos y procedimiento que ha de seguirse para el otorgamiento de la esterilización del deficiente psíquico*.

Olavarrieta Bernardino, S. (2013). *Actitudes hacia la sexualidad, esterilización, maternidad/paternidad y habilidades de crianza de personas con discapacidad intelectual*. Revista Española sobre discapacidad intelectual, núm.248, pp. 55-69.

Peláez Narváez, A. (2009), *“El derecho a ser madre”*. En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 13-26.

Peláez Narváez, A (2009), *“Esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad”*, En Ana Peláez Narváez como directora, Beatriz Martínez Ríos y Mercé Leonhardt Gallego. Maternidad y discapacidad. Grupo Editorial Cinca, S. A. 28040 Madrid. pp.: 57-76.

Ruiz Burson. FJ. (2013) *“Análisis crítico de la despenalización del aborto eugenésico en España”*. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, nº33, pp.: 1-22

Seoane Rodríguez, JA. (2000) *Aspectos éticos y jurídicos de las esterilización de personas con discapacidad psíquica*, COLECCIÓN FEAPS, SEXUALIDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, José Ramón Amor (Ed.) Colección FEAPS Nº 1 Madrid: FEAPS, pp.:337-342. Recuperado de http://www.feaps.org/biblioteca/libros/coleccion_tex7.htm

WEBGRAFÍA:

Artículo de Álvaro Real, “El aborto de niños discapacitados va contra la Constitución Española”, Aleteia. Disponible on-line: <http://es.aleteia.org/2013/04/18/el-aborto-de-ninos-discapacitados-va-contra-la-constitucion-espanola/>

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD. INFORMES ESPAÑA. Disponible on-line: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html

LEGISLACIÓN:

- Texto del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 39/2006 sobre la Dependencia.
- Real Decreto Legislativo 1856/2009, de 4 de diciembre.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, del Código Penal
- Artículo 156 redactado por el número ochenta y cuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Referencia: BOE-A-2015-3439)
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- 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.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

JURISPRUDENCIA:

- Pleno. Sentencia 215/1994, de 14 de julio de 1994. Cuestión de inconstitucionalidad 1.415/1992. En relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Votos particulares. Disponible on-line: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1994-19041>
- Sentencia estimación del aborto
<http://www.elmundo.es/elmundo/2004/12/14/sociedad/1103023051.html>
- Sentencia nº 106/2015 Disponible on-line:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-de-Malaga-revoca-una-declaracion-de-desamparo-de-un-menor-por-basarse-exclusivamente-en-la-enfermedad-mental-de-la-madre-->
- Auto de 23 de Julio de 2001 del Juzgado de 1ª instancia nº1 de Jaén.
- Sr. Magistrado-juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9, de los Juzgados de Zaragoza, el cual denegó la demanda, que posteriormente será recurrido en la Secc. 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
- Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433>