



UNIVERSIDAD DE JAÉN

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LA ESTERILIZACIÓN
EN PERSONAS
CON DISCAPACIDAD:
CUESTIONES PENDIENTES**

María del Carmen López Aguayo

Enero, 2021

INDICE

1. Introducción: Planteamiento del problema.
2. Evolución del marco normativo nacional de la esterilización de los discapacitados desde el Código Penal de 1973 al Código Penal de 1995.
3. El marco normativo internacional: Tratados internacionales ratificados por España.
4. La jurisprudencia constitucional sobre la esterilización: valoración y crítica.
5. La nueva reforma del Código Penal propuesta en 2020: argumentos a favor de un cambio normativo.
6. Conclusiones
7. Bibliografía

“En realidad, son nuestras decisiones las que determinan lo que podemos llegar a ser, mucho más que nuestras habilidades.” - J.K. Rowling

ABSTRACT

In this final degree project, an explanation of why it is necessary for sterilization in disabled people to come to an end will be shown. This is very necessary in order to effectively enforce all the fundamental rights contained in treaties that have been ratified by Spain and by the rest of the countries.

All these fundamental rights that have been ratified by Spain are based on the principle of equality. All people must be equal before the law and be treated the same, regardless of what they are or where they come from. From this principle, other rights flow such as the right to form a family and to develop their sexuality in the way they choose.

In Spain, the abolishment of the decriminalization of forced sterilization has been carried out in the past year 2020.

1. INTRODUCCIÓN

Este Trabajo de Fin de Grado, sobre la esterilización de personas discapacitadas, analizará la necesaria protección jurídica de la integridad física y moral del discapacitado, basándose sobre todo en el principio de igualdad y dando importancia a la necesidad de estas personas de estar plenamente integradas en nuestra sociedad y de poder alcanzar una libertad sexual y afectiva plena. Igualmente, de tener la oportunidad de crear su propia familia, cuyo derecho está reconocido en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹

La esterilización conlleva una supresión de la capacidad procreadora sin la eliminación de los órganos reproductivos, mediante cirugía o procedimientos poco invasivos, como pudieran ser la vasectomía, o la ligadura de las trompas de Falopio, según se trate de hombres o mujeres.

Estas intervenciones, que se realizan sobre el propio cuerpo causan, además de una disminución funcional, una merma de la integridad corporal con un carácter generalmente irreversible. Digo generalmente, porque los datos de probabilidad muestran la posibilidad de reversibilidad en dichas prácticas, más elevadas en la vasectomía que en la ligadura, pero no por ello dejan de ser poco probables. Asimismo, se produce una disminución de la integridad física de la persona de manera definitiva, puesto que no se puede asegurar la reversibilidad del acto.

Este tema por tratar tiene una especial relevancia jurídica para aquellas personas que cuenten con más del 33% de discapacidad judicialmente reconocida, pues le otorga el reconocimiento de persona discapacitada. Estas personas tienen la necesidad de ser protegidas por el legislador con unos instrumentos jurídicos suficientes que alcancen dicho fin.

Afortunadamente, este tema está siendo rechazado por la mayoría de los Estados, puesto que atenta contra todo derecho a la dignidad e integridad, física y moral de las personas discapacitadas, reconocido en el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas, y por supuesto, en el artículo 15 de la Constitución Española².

La persona con discapacidad es aquella que presenta deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales, de forma permanente, que, al interactuar con diversas barreras, pueden

¹ Laura Serra, M. (2015). "Introducción", ID., *La esterilización forzosa y/o involuntaria en la mujer con discapacidad*, Getafe, p.1

² Jiménez de Parga y Cabrera, M. J., (2007), *El derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, p.1

impedir su participación plena y afectiva en la sociedad. Dichas cualidades comportan que por sentencia judicial el discapacitado una posición de supervisión bajo un tutor, recogido en el título X del Código Civil. Una vez nombrados estos representantes legales, llamados tutores, actuarán y dispondrán en nombre del discapacitado, dándose o creyéndose dar la suficiente legitimidad para decidir sobre la futura plenitud sexual de la persona discapacitada. Decisión que, en mi opinión, es totalmente egoísta y con falta de justificación alguna.

Para analizar bien esta problemática, de gran interés para mí, analizaré en profundidad la legislación que ha estado vigente hasta el momento, como el ya anticuado artículo 156 del CP, en el que se admite la posibilidad de la esterilización cuando sea acordada por órgano judicial, y cuando las personas no puedan, de forma permanente, prestar consentimiento por su grave alteración psíquica para dicho acto.

Junto con dicha legislación, expondré tanto las bases como la evolución histórica y sociológica que han llevado, durante todos los tiempos, a realizar estas prácticas sin duda abusivas y coercitivas en el discapacitado, puesto que no ha sido tenida en cuenta sus necesidades y su opinión como persona que es tan igual y válida como cualquiera que quisiera disponer sobre su propio cuerpo, sobre su propia salud sexual y sobre su propia voluntad.

Junto a esto, en relación con la evolución de estas prácticas, indagaré en los inicios y origen de dicho problema, hasta llegar a la tan ansiada derogación en España del artículo del texto penal anteriormente mencionado. Acontecimiento que se ha dado en este mismo año, y por una unanimidad.

En definitiva, la finalidad de este trabajo tiene en primer lugar, estudiar el marco jurídico para poder optimizar la capacidad jurídica de estas personas para que puedan auto gestionarse en la mayor medida posible, empezando por la voluntad de formar la familia que todas las personas anhelan y que le acerquen, cada vez más, a su plena integración en la sociedad.

2. EVOLUCIÓN EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA ESTERILIZACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS DESDE EL CÓDIGO PENAL DE 1973 HASTA EL CODIGO PENAL DE 1995

Para ponernos en contexto, con miras a entender esta evolución, hay que situarnos en el año 1973, en el todavía vigente régimen franquista, en el que las posturas jurídicas y morales eran

de defensa a ultranza de la vida, siguiendo con la línea de defensa que se había seguido durante el régimen, y promoviendo los impulsos de natalidad que se pretendían dar en el momento ³.

De esta manera, el Boletín Oficial del Estado de 1941 había prohibido y penalizado toda forma de anticoncepción y aborto posibles, incluyendo la penalización a aquellos facultativos de la medicina que causaran la castración o esterilización a otros, tanto involuntaria como voluntariamente. Así, el Capítulo IV del Código Penal de 1973, en su artículo 418 castiga castigaba con “una pena de reclusión menor, a aquellos que de propósito castraren o esterilizaren a otro”, y “con una reclusión mayor a aquellos que derivado de unas lesiones le causaren impotencia”. Y más tarde, en el Código penal de 1978, se castigaba “a una pena de reclusión mayor a aquel que de propósito causare a otro la esterilización”.

Es ya bien entrada la democracia cuando progresivamente se empieza a implantar el control de la natalidad, por ejemplo, permitiendo y despenalizando en 1978 la venta y propaganda de anticonceptivos. La esterilización voluntaria llegaría el 25 de junio de 1983 con la Ley 8/83, que modificaría parcialmente el contenido del artículo 428 del Código Penal, en el que se añadiría que, si el consentimiento es libre y expresamente emitido, eximiría de responsabilidad penal en los supuestos citados entre los que se encuentra las esterilizaciones. Pero añade un inciso, “*salvo que el consentimiento haya sido obtenido viciosamente mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el otorgado ni por este ni por sus representantes legales*”.

Pero es en 1985 cuando, el Fiscal General del Estado realiza una consulta en la cual se pone en duda cuál es realmente la eficacia del artículo 428 para personas discapacitadas, puesto que a pesar de que se acepta el consentimiento libre y expresamente emitido, ¿Cuál es la capacidad real de las personas discapacitadas de dar tal consentimiento⁴?

Además, y de forma más evidente, del artículo 428 se desprende que aquellas personas que sean menores o incapaces no pueden emitir un consentimiento eficaz, y tampoco ser suplido por sus representantes legales. Se concluye por tanto que ninguno de estos consentimientos provenientes de estos sujetos –menores y discapacitados- está debidamente insertado en el tipo

³ Romañach Cabrero, J. (2007) *Esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional en España*, pp. 15-19.

⁴García Álvarez, P. (2014), *Evolución Penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de ley orgánica*, pp.10-11.

penal. Asimismo, el artículo exige expresamente el consentimiento, es decir, no valdría un consentimiento presunto, ni que con su actitud no muestre una negativa rotunda.

Se planteaban entonces algunas preguntas como, ¿Cuál es el ámbito de aplicación?, ¿Cómo ha de exteriorizarse el consentimiento?

Podemos apreciar también que existía entonces una diferencia de aún más desventaja entre los menores y los discapacitados, ya que al menos en discapacitados existe una permanencia de su situación física y mental, pero en menores es simplemente una cuestión temporal. Es decir, la actuación del discapacitado frente a tal acto seguirá siendo la misma siempre puesto que su situación de discapacidad es permanente; pero el menor llegará a la mayoría de edad en la que sí podrá decidir acerca de tal actuación.

Entiendo pues, que entonces existía una gran laguna legal en cuanto al consentimiento se refiere, ya que el legislador no había permitido en su totalidad estas prácticas, pero tampoco las había prohibido totalmente en discapacitados, puesto que a lo único a lo que se adhería ya el legislador era a eliminar el consentimiento de los representantes legales y elevarlas a un control superior en el que únicamente era necesario la autorización de los tutores legales y un control judicial, previo expediente en el que estaría reconocido medicamente el incapaz por parte de facultativos, incluido el reconocimiento visual directo, y este realizado por el Ministerio Fiscal⁵.

En definitiva, la esterilización tendría cabida en el caso de que se realizara una vez que fuera aprobada por el Juez de Primera Instancia, con el expediente valorativo por facultativos del Ministerio Fiscal en el que se entienda que exista motivo suficiente⁶.

En 1989 se aprobó la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se introdujeron tres modificaciones en materia de esterilizaciones. Primeramente, se cambia la ubicación en el texto penal la esterilización causada a propósito, y pasa del artículo 418 al 419, sustituyéndose su pena y desligándose de la castración⁷.

⁵ Fiscalía General del Estado, (1985), Consulta 3/1985, en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el conocimiento justificante previsto en el artículo 428, pp.1-4.

⁶ Románach Cabrero, J. (2007), "Criterio de mayor interés de la persona incapacitada o sujeta a tutela por su diversidad funcional", ID., *Esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional en España*, pp. 6-8.

⁷ García Álvarez, P. (2014), "Admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas tras la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, en el Código penal", en ID., *Evolución Penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de ley orgánica*, pp.11-22.

En segundo lugar, se procede a tipificar la esterilización que no se causara a propósito pero que hubiese ocurrido como consecuencia de una ofensa física.

Y, en tercer lugar, se añade un nuevo inciso al artículo 428, el cual establece la posibilidad de poder esterilizar a una persona que se encuentre bajo una tutela por su discapacidad funcional o incapacitada legalmente de un modo no punible.

Así, el artículo 428 no recogía la finalidad de la esterilización, sino únicamente tipificaba el hecho.

Quedando pues, tras la reforma de 1989 las esterilizaciones provocadas incluidas dentro del tipo penal de las lesiones, y permitiéndose las esterilizaciones consentidas y voluntarias por el esterilizado, y siempre y cuando este consentimiento no estuviera viciado, así como la esterilización de los discapacitados, entre otros, siempre que tuvieran una serie de requisitos. Y siendo ilícita en menores de edad, puesto que como he expuesto antes, la esterilización no tiene garantías de reversibilidad y no tiene procedencia ya que por razón de madurez no tienen conciencia de la transcendencia del acto que autorizarían.

Al leer el artículo 156, se suscitaban preguntas como quién determina la gravedad de la deficiencia, si pudiera ser transitoria. Pero hay una duda que me causa especial interés. Si la persona con grave deficiencia no es capaz de determinar su mayor interés, ¿cómo se garantiza que si sería capaz la tercera persona⁸?

El Derecho Constitucional en España ha ayudado de manera significativa a la evolución en materia de derechos humanos. De entrada, contaban con una gran ventaja, pues los cambios a lo largo de toda la evolución han consistido en adaptar el precepto infraconstitucional a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Constitución Española y a desarrollar el precepto constitucional, adaptando sus textos legales a los artículos de la Constitución española.

El Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan las distintas formas de modificación de la capacidad de la persona. Cualquier persona que tenga barreras para gobernarse a sí misma, podrá ser declarada incapaz por sentencia judicial, exponiendo en esta la extensión que deberá tener, los límites, hasta el régimen de tutela o curatela al que quedará sometido el incapaz.

⁸ Canosa Usera, R. (2017), "Evolución del ordenamiento jurídico español: la determinación de las posiciones iusfundamentales cubiertas por el derecho a la integridad", en ID., *La protección de la integridad personal*, p. 287.

La tutela es una institución que tiene por objeto la guarda y protección de la persona y bienes, en caso de menores no emancipados que no estén bajo patria potestad, incapacitados designados judicialmente, de los menores que se encuentren en situación de desamparo o de aquellos que se encuentren bajo patria potestad subrogada, cuando cese.

La tutela se recoge en el Código Civil Español por primera vez en 1889, con modificación de esta con la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma de Código Civil en materia de tutela.

La figura de la Tutela está muy protegida en nuestro Código Civil, pues pretende perseguir los bienes y derechos de las personas que no puedan hacerlo por sí mismas. Aún así, hay ciertas operaciones que no puede hacer el tutor legal sin autorización judicial.

Sus funciones principales son representar, cuidar y proteger al tutelado. Es por ello por lo que es una incoherencia en sí misma, que un tutor, que ostenta la protección del tutelado, sea el mismo que puede tener en sus manos solicitar una intervención física, como es la esterilización para el tutelado. Por desgracia, ni siquiera esta figura ha constituido una garantía para proteger de ataques a sus derechos, intimidad y decisiones.

Finalmente, esta medida se implanta en 1995 en el nuevo Código Penal, con el artículo 156 y el que se ha mantenido hasta la actualidad, la cual incluye la normativa relacionada con la esterilización de las personas sujetas a tutela.

Gracias a las relaciones Internacionales, a las buenas relaciones entre países, al conjunto de países que pertenecían y pertenecen a la Unión Europea, al avance conjunto de mentalidad y pensamientos mediante Tratados, acuerdos, Convenciones, Comisiones, asociaciones internacionales, etc., España ha avanzado significativamente a lo largo de todos los años. En el siguiente apartado explicaré en qué han consistido estas relaciones.

3. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR ESPAÑA

A lo largo del desarrollo de este trabajo menciono la necesidad o el derecho que debieran tener estas personas a un acceso a la Justicia, para evitar una esterilización forzosa o involuntaria, y a una protección contra estos tratos degradantes y su derecho a la salud sexual plena⁹.

⁹ Canosa Usera, R. (2017), "La interpretación evolutiva del derecho internacional", en ID., *La protección de la integridad personal*, pp. 265-278.

En este apartado explicaré la situación actual general respecto a la esterilización en personas discapacitadas en un plano internacional. Además, explicaré brevemente aquellos tratados más importantes en los que España forma parte para asegurar que todo esto se lleve a cabo.

Como ya adelanté en mi introducción, todos los Tratados y normas, Nacionales e Internacionales están basados en el principio de igualdad. Éste sirve de principio base para poder proteger los derechos humanos y para poder desarrollar cualquier otro derecho.

España ha ratificado numerosos Tratados y Declaraciones Internacionales, y se ha trabajado en muchas ocasiones en alcanzar esta igualdad para intentar acabar con la discriminación a discapacitados.

Además, España también ha trabajado en la múltiple discriminación a mujeres y niñas: se han dado pasos legislativos muy importantes para su erradicación, como la ratificación del Convenio de Estambul, el instrumento más avanzado contra la violencia física, psíquica y sexual más avanzada en Europa. Si bien es cierto, que, para Amnistía Internacional, la normativa nacional en contra de la violencia contra la mujer sigue siendo una de sus grandes preocupaciones, pues reconoce la violencia a las mujeres únicamente por parte de la pareja o expareja, como puede ser el caso de la Ley Integral contra la Violencia de Género, Ley Orgánica 1/2004¹⁰.

Cada cinco años los países se someten a la evaluación por parte del consejo de derechos humanos de la organización de Naciones Unidas, para comprobar si los Estados cumple con la adecuación de sus normas a derechos humanos ya que, entre otras cosas, desde ciertos Estados se ha esterilizado y se sigue esterilizando a cientos de mujeres o niñas con discapacidad intelectual.

Desde que se presentó España por primera vez en 2015, ha emitido más de doscientas recomendaciones para que modifique su normativa nacional en materia de derechos humanos, especialmente en violencia contra la mujer.

Además, España ha sido el primer país de Europa en contar con el primer Ministerio de Igualdad, para la creación de políticas dirigidas a hacer real y efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, y para la erradicación de cualquier forma de violencia sobre la mujer.

¹⁰ Millán, María (2020), "La larga lucha contra la violencia de género en España", en ID., *Amnistía Internacional*, p.1.

La observación general número veinte del ECOSOC, (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) determina que es necesario la interconexión de los dos tipos de igualdad, *de facto* o sustantiva, y la igualdad *de iure* o formal, puesto que es la garantía de la no discriminación, y además todos los Tratados Internacionales deben interconectarlos para que exista una efectiva igualdad¹¹.

Por ello, España ha aprobado normas como como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, para asegurar su acceso a la justicia y para alcanzar una realidad en la que realmente se den las condiciones en las que esta igualdad se pueda dar.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, fue ratificada por España en 1983, y reconoce en su artículo 15 el derecho de la mujer a ser vista igual ante la Ley en todas las etapas del procedimiento en las Cortes y en los Tribunales.

Es una realidad que las mujeres y niñas sufren una doble discriminación, por lo que se debe seguir trabajando en elaborar una normativa que la deje de lado. Aquellas mujeres y niñas discapacitadas que sufren aún más riesgo de explotación sexual, abuso y violencia de todas las formas, puesto que la esterilización forzosa es reconocida por la Carta de Derechos Humanos como una forma de violencia, y la realidad de que se produzca esta violencia es reconocido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹².

Representó un gran avance la aprobación de la Resolución de Naciones Unidas entre 1997 y 1998, en relación con la IV Conferencia Mundial en Pekín y a la Plataforma de Acción de la Asamblea General. En esta resolución, las Naciones Unidas se comprometían a trabajar conjuntamente para la integración social desde una perspectiva de Género, y en la que las mujeres con Discapacidad fueron reconocidas, a pesar de que, tristemente, no les reconocieron o directamente no mencionaron los derechos de autodeterminación de su propio cuerpo y de su propia salud sexual¹³.

¹¹ Laura Serra, M. (2015), "principio de igualdad. Análisis de su interpretación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en ID., *La esterilización forzosa y/o involuntaria en la mujer con discapacidad intelectual*, Getafe, pp.84-86.

¹² Canosa Usera, R. (2017), "La interpretación evolutiva del derecho internacional", en ID., *La protección de la integridad personal*, pp. 265-278.

¹³ Laura Serra, M. (2015), "Análisis de la práctica de esterilización forzosa y/o involuntaria a mujeres y niñas con discapacidad intelectual desde el marco de Naciones Unidas", en ID., *La Esterilización forzosa y/o involuntaria en la mujer con discapacidad intelectual*, Getafe, p. 8.

De acuerdo con la resolución del 2007 del Parlamento Europeo, el riesgo de la mujer con discapacidad de convertirse en víctima de violencia sexual es tres veces mayor que las mujeres sin discapacidad. También es reconocido en el punto 116 de la Resolución anteriormente mencionada, que las mujeres que tienen discapacidad y viven en instituciones públicas son especialmente vulnerables.

Para conseguir esta igualdad con perspectiva de género, España no solo ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sino también el Pacto Internacional en derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Todos estos tratados y convenciones incluyen una garantía del derecho a la igualdad.

Para terminar con esta desigualdad desde la perspectiva de género, añadiría que no únicamente es necesario eliminar la discriminación formal, mediante Constitución, leyes y políticas públicas, sino que para también asegurar la igualdad sustantiva es necesario prestar la suficiente atención a los grupos de personas que históricamente se enfrentan a una persistente discriminación, y adoptar de manera inmediata aquellas medidas que sean necesarias para aliviar el problema, disminuirlo, solucionarlo y erradicarlo, mediante la eliminación, por ejemplo, de aquellas actitudes o condiciones sociales que la perpetúan.

El Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, en el año 2000, destacó que el derecho a la salud sexual en las mujeres significa tener un acceso a la salud que no sea discriminatorio, con servicios a su disposición en atención al área reproductiva y sexual, y gracias a los cuales, si se presentara algún inconveniente debería ser solucionado.

El artículo 3 de la CEDAW, convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, ratificada entre otros, por España y aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas, indica que todos los Estados deberán tomar parte de la política social y cultural de las medidas apropiadas para garantizarle ese desarrollo y derecho. El Tribunal Constitucional de Alemania entiende que una norma será apropiada si están

dispuestas para promover el éxito en políticas relativas a mujeres niñas y personas con discapacidad¹⁴.

El convenio de Estambul, o también conocido como Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, ha sido firmado por 46 países y ratificado por 34¹⁵.

Es una Convención del Consejo de Europa, e incluye todas las formas de violencia sobre la mujer, desde el acoso hasta la esterilización. el Tratado reconoce que la esterilización resulta una forma de violencia sobre la mujer. Según su artículo 39, las partes deberán tomar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado la práctica de una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado impedir a la mujer reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado.

De forma importante, la Unión Europea firmó este tratado el 13 de junio de 2017, y el Parlamento Europeo se expresó también en contra de la esterilización forzada, y que las personas con discapacidad son también sujetos de derecho capaces de otorgar su consentimiento, previamente informado, para cualquier tipo de procedimiento médico, pero más especialmente la esterilización o aborto.

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que la esterilización forzada constituye una forma de violación grave del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), pues es el que le reconoce el derecho a la familia. Y según este mismo Comité, las mujeres tienen derecho a que se les proteja su maternidad.

Refiriéndome ya a la discriminación por razón de género, el artículo 23 de la CDPD (Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad) establece, que además de diferentes derechos que son vulnerados, la integridad física y moral, también se vulnera de una manera fehaciente el derecho a ejercer la paternidad y fundar una familia. Es por ello por lo que este artículo promueve la puesta en marcha de diferentes políticas que haga

¹⁴ Fundación Cermi Mujeres (2017), Madrid, "Otros tratados de derechos humanos de la ONU y el Relator especial sobre la tortura", en ID., *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*, pp.25-27.

¹⁵ Fundación Cermi Mujeres (2017), Madrid, "Convenio del Consejo de Europa sobre la violencia contra las mujeres y violencia doméstica", en ID., *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*, pp. 27-29.

que se le respete su derecho a decidir libremente el número de hijos que quisieran tener, el paso de tiempo que debe transcurrir entre ellos, y, sobre todo, que se le respete su voluntad de tenerlos o no. Pero es en este mismo artículo cuando vuelve la problemática del género, puesto que se habla de paternidad y no maternidad.

En 1994, 179 Estados acordaron el “Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo”, en el cual se define a la salud sexual y reproductiva como un estado óptimo de bienestar mental y físico, relacionado con las funciones y procesos del sistema reproductivo, es decir, capaz de tener una salud sexual segura y además poder desarrollarla, siempre y cuando sea su decisión.

Así, metiéndonos de lleno en los Tratados Internacionales y europeos ratificados por España y por el resto de los países a favor de estas medidas, en los que, hoy en día, continúan con estas prácticas coercitivas, como puede ser el caso de Canadá o Australia. Añadiré también las aportaciones de cada país en los Tratados en los que España forma parte para haber llegado a la normativa europea e internacional que hoy en día conocemos.

En Europa, las prácticas eugenésicas cuentan con una larga historia, como las políticas eugenésicas de la Segunda Guerra Mundial. Se llevaban a cabo desde países como Japón, India, Perú, hasta Estados Unidos y la Alemania Nazi en el holocausto, para la mejora de la raza. En este momento, los conocimientos en genética y herencia serían cada vez mayores¹⁶.

Pero estas prácticas se llevaron a cabo en democracias modernas, aunque poco a poco van evolucionando cada vez más prácticamente la totalidad de los Estados pertenecientes a la Unión Europea, puesto que es desde el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde se desarrollan diferentes normativas para que los países apliquen de la manera más oportuna posible.

La primera y más importante actuación norma internacional en la que España forma parte sobre la esterilización es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (CRPD en inglés). Este convenio va destinado a servir de Instrumento para las Naciones Unidas o para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Fue aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006. Fue

¹⁶ García Álvarez, P. (2014), “Problemática en torno a la admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas en particular”, en ID., *Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de Septiembre de 2013*, pp. 10-12.

abierta para su ratificación y firma a 192 Estados Miembros y es la primera convención que se presta a la firma de las organizaciones regionales de integración.

Supuso un antes y un después en el tratamiento de las personas con Discapacidad en España, un cambio radical en sus derechos, su capacidad jurídica y su provisión de apoyos para poder ejercer esta capacidad. Supone, por tanto, un cambio radical en la forma de concebir y abordar la capacidad de las personas, pues no trata a cerca de su capacidad jurídica, si no del ejercicio de esta. Abandona el modelo "médico" de la discapacidad y se acoge al modelo "social". Esta convención aporta mucho en este tema, pues establece disposiciones en las que reconoce los derechos de las personas discapacitadas, entre ellos el derecho a la salud sexual y el derecho a formar una familia.

En España, esta convención, ocupa un rango superior en el sistema de fuentes (artículo 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y Acuerdos Internacionales)

Además, es el primer Tratado de Derechos Humanos que le abre la puerta a la Declaración de la múltiple discriminación de mujeres y niñas con discapacidad, pues les reconocen su múltiple discriminación en el artículo 6.

En general, esta Convención enuncia algunos principios y valores imprescindibles, como la autonomía y la dignidad, e incluso el derecho de tomar decisiones. También establece como objetivo proteger la integridad, física y mental, de la persona discapacitada, en su artículo 17. Finalmente, también indica que la voluntad y decisiones tomadas no deben ser sustituidas o interferidas por las de una tercera parte, más en unas decisiones de tipo personalísimas como pueden ser la familia, la reproducción, la integridad.

Es por todo esto, por lo que fue de vital importancia su ratificación por parte de España.

Otro de los órganos internacionales en los que España ha intervenido, ha sido mediante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

Este Comité instó a la Unión Europea a tomar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurarse de que se respetara el derecho de la persona a un consentimiento libre, y que se le proporcionen a los Estados miembros las herramientas necesarias para la adopción de

decisiones y políticas económicas para asegurar que las personas con discapacidad pudieran vivir en sus comunidades¹⁷.

En este sentido, el comité realizó una gran labor, puesto que tanto en Croacia, República Checa, Alemania, Hungría, Italia, Lituania, Portugal, Eslovaquia, y finalmente España, consiguió o instó a que modificaran sus legislaciones, a que se evolucionara en ella, que se avanzara en investigación, a que se prohibieran todas las prácticas de tratamiento forzoso, a derogar ciertas políticas y crear nuevas en las que se avanzara en igualdad y retrocediera en discriminación, ya sea por razón de discapacidad o por razón de género.

Todo esto lo llevó a cabo mediante requerimiento de una serie de actos tales como ratificación de Convención y su protocolo facultativo, revisión de la legislación vigente a la luz de las normas de derechos humanos para subsanar los posibles defectos o lagunas. También lo hizo mediante la abolición de los mecanismos que consiguieran la tutela plena o cerciorarse de que mantienen sus derechos de propiedad, que la persona tutelada tenga capacidad legal de emitir acciones legales contra la tutela, entre otras. En conclusión, ha sido imprescindible para todo este proceso.

El Informe sobre la capacidad y la incapacitación judicial de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, en julio de 2013, surge como culminación de un proyecto que coordinó la Fundación Centro de Defensa de la Discapacidad Mental, recoge diferentes testimonios de personas discapacitadas, y realiza un análisis comparado de las diferentes normativas en materia de discapacidad de los estados miembros de la unión europea. Este informe sugiere que se le respete la autonomía preferencias y voluntad por parte de los Estados a los tutelados o a aquellos que necesiten ayudas para la toma de decisiones.

El comité de los derechos del Niño, creado en 1991, es una institución perteneciente a Naciones Unidas que se encarga de la supervisión de que los Estados cumplan con lo acordado en la Convención de los Derechos del Niño, la cual les otorga a los niños los mismos derechos que a los adultos, pero con una especial protección por su falta de desarrollo físico y mental.

La Convención de los Derechos del niño es un tratado Internacional de Naciones Unidas firmado en 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y es el Tratado más ratificado de

¹⁷ Fundación Cermi Mujeres (2017), Madrid, "Observaciones finales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas a la Unión Europea", en ID., *Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad*, pp. 20-25.

la Historia. Son 195 Estados los que pertenecen a él, y los que deben rendirle cuentas al Comité de los Derechos del niño.

El comité instó a los Estados a prohibir la esterilización forzosa en niños y niñas por razón de su discapacidad, además de ofrecerle toda la información necesaria acerca de salud sexual y reproductiva, orientación, o cualquier tipo de asesoramiento¹⁸.

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, creado en 2006, formado por 47 Estados miembros, entre ellos España, y con el fin de alcanzar una protección íntegra de los derechos humanos en el mundo, declara también que la esterilización forzosa constituye una forma de violencia.

Más específicamente, el inciso 48 del informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esterilización forzosa es una violación del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos, un acto de violencia y también de control social.

De esta forma, el comité contra la Tortura, uno de los principales y más importantes en materia de Derechos Humanos contra la tortura y tratos inhumanos o degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, instó a todos sus países miembros a investigar de una forma exhaustiva y eficaz todas las denuncias que se habían presentado por esterilización involuntaria, y así enjuiciar y sancionar a los autores e indemnizar a todas las víctimas que habían sufrido tales tratos¹⁹.

Para finalizar, el Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Ámsterdam que fue firmado en 1997 es un referente en cuanto a la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad. Exige tomar todo tipo de medidas que sean necesarias para combatir la discriminación en el ámbito de la discapacidad dentro de los límites que tengan el poder los Tratados, teniendo por objeto únicamente las necesidades de las personas cuando se vaya a elaborar legislación.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, estipula en su artículo 10 la eliminación de toda forma de discriminación de los Discapacitados, y en su artículo 19 que podrá tomar todo tipo de acciones para luchar contra esta discriminación.

¹⁸ Fundación Cermi Mujeres (2017), Madrid, "Observaciones finales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas a la Unión Europea", en ID., *Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad*, pp. 20-25.

¹⁹ Canosa Usera, R. (2017), "La interpretación evolutiva del derecho internacional", en ID., *La protección de la integridad personal*, pp. 265-278.

La Estrategia Europea sobre la Discapacidad entre 2010-2020, en su empeño para lograr un crecimiento sostenible, integrador e inteligente, destaca que es esencial que las personas con discapacidad participen plenamente en la vida económica y social para que esta estrategia tenga éxito.

Entre los años 2006 y 2015 se llevó a cabo un plan de acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad, con la finalidad de incluir los fines y objetivos del Consejo de Europa en materia de igualdad, de participación de pleno derecho, de no discriminación, etc.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA ESTERILIZACIÓN: VALORACIÓN Y CRÍTICA

...“El párrafo segundo, último inciso, del artículo 428 del Código Penal no es contrario a la Constitución...”.

Este fue el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio²⁰.

El artículo 156.2 del Código Penal suscitaba ciertas dudas, bastante fundamentadas de hecho, como quién determina la gravedad de la deficiencia psíquica, qué titulación debieran tener los especialistas, en que consistiría exactamente la exploración del incapaz por parte de autoridad judicial, si pudiera ser la deficiencia transitoria o únicamente definitiva, entre otras.

Es por esto por lo que, el juzgado de primera instancia número 5 de Barcelona, plantea un recurso de inconstitucionalidad con la resolución de la Sentencia 1495/1992, con el fin de tener un conocimiento más integral de todo el procedimiento, y de profundizar en estas dudas que surgían.

Todo el proceso surgió con la demanda de juicio declarativo caso de la incapacitada doña M.Z.G, aquejada del síndrome de Down, formulada por los padres de esta, pues sus padres solicitan la esterilización mediante ligadura de trompas de Falopio²¹.

Una vez que se concluyeron los autos para Sentencia, mediante providencia de 28 de marzo de 1992, el Juez concedió al Ministerio Fiscal y a las partes un plazo de 10 días para que pudieran alegar aquello que viesan conveniente sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto introducido en el Código penal en 1989, por si pudiera

²⁰ Rodríguez, Jose Antonio (1994), “Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de Julio”, en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 12-22.

²¹ Lamas Meilán, M.M., (2004) *La esterilización de los incapaces*, p. 6

ser contraria al artículo 15 de la Constitución, en cuanto que reconoce el derecho a la integridad física y moral.

Tanto el Ministerio Fiscal como la parte solicitante se mostraron contrarios al planteamiento de la cuestión en la contestación al trámite de audiencia que fue acordado.

El Tribunal Constitucional resuelve esta cuestión, pues entiende constitucional la despenalización de la esterilización de los discapacitados que contenía el artículo 428 del Código penal, que se había introducido por la Ley Orgánica 3/1989, 21 de junio. Dicho inciso introducía que *“no sería punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*²².

Para el Tribunal Constitucional, los requisitos que se habían establecido en dicho artículo eran suficientes para asegurar la constitucionalidad y la proporcionalidad de la esterilización en personas discapacitadas, y sobre todo que se produciría solo en los casos en los que se establecieran como necesarios y que no habría una especie de “esterilización masiva”.

Esto es así porque la iniciativa siempre sería privada, y no pública, porque son los representantes legales aquellos quienes lo deben asumir. En segundo lugar, porque la persona en cuestión debía estar incapacitada. Y por último y no menos importante, la intervención debía ser acordada judicialmente²³.

El hecho de que la autorización de la esterilización fuera llevada a cabo por órgano judicial otorgaría una cierta “tranquilidad”, puesto que los jueces no decidirían solamente por escuchar a las partes, si no con un expediente en el que se incluía un informe médico de dos especialistas y también el visto bueno del Ministerio Fiscal, además de la exploración correspondiente por parte del Juez²⁴.

²² Seoane Rodríguez, Jose Antonio (1994), Murcia, “Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de Julio”, en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 12-22.

²³ Lamas Meilán, M.M. (2004), “La esterilización de incapaces”, p.6.

²⁴ Seoane Rodríguez, Jose Antonio (1994), Murcia, “Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de Julio”, en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 12-22.

La sustitución de pretendía una sustitución de la voluntad del incapacitado. Es decir, la verdadera voluntad del incapacitado quedaría supeditada a una supuesta voluntad superior que decidiría por él.

Es el propio Tribunal Constitucional quien reconoce que el acto es gravoso, pero también que existe esa proporcionalidad entre lo que se persigue y el medio para conseguirlo. Para el alto tribunal, el medio para conseguir aquel bien superior del discapacitado, y el cual se persigue es obviamente la esterilización, y lo que se persigue es aquello que está establecido en el artículo 49 de la Constitución española; un disfrute de derechos por parte del incapaz, especialmente el derecho al disfrute de una vida sexual plena y no sujeta a una constante vigilancia, atención y reprensión, con el fin de evitar que el incapaz no pueda hacer frente a una futura paternidad²⁵.

Según el Tribunal Constitucional, este seguimiento del incapaz sí que sería realmente una degradación de sus derechos y lo que si supondría realmente una oposición a los principios fundamentales, como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el artículo 10.1 de la CE, e incluso a la integridad moral reconocida en el artículo 15 de la CE.

Por todo esto es por lo que el Tribunal Constitucional consideró que en la práctica de la esterilización no se encuentra ningún tipo de trato inhumano o degradante, y que además es un medio totalmente proporcionado e idóneo con el fin que se persigue.

De esta forma, en la STC 215/1994, de 14 de Julio, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad se declara que el artículo 428 del Código Penal, redactado según el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, no es contrario a la Constitución²⁶.

Aunque cierto es también, que esta resolución no fue adoptada favorablemente por la unanimidad, pues dicha aprobación tuvo cuatro votos particulares, tres Magistrados totalmente en contra y uno parcialmente; estaba a favor del fallo, pero no con los fundamentos jurídicos de la sentencia. La Doctrina también fue muy crítica, puesto que estos argumentos no acababan de convencer²⁷.

²⁵ Seoane Rodríguez, Jose Antonio (1994), Murcia, "Votos particulares de la STC 215/1994", en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 22-35.

²⁶ Seoane Rodríguez, Jose Antonio (1994), Murcia, "Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de Julio", en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 12-22.

²⁷ Roamánach Cabrero, J. (2007), "Debate y argumentos de constitucionalidad", en ID., *Esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional en España*, pp. 9-15.

Tanto es así, que el contenido del artículo 156 del Código Penal, y su controversia dentro del marco jurídico español tuvo un eco internacional, y quedó reflejado desde el párrafo treinta y ocho a cuarenta y uno del tercer Informe periódico de España en el Comité contra la tortura de las Naciones Unidas, que más adelante veremos.

Desde el párrafo 38 al 41 se explica el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, los motivos y la resolución final. En el párrafo 41, se afirma que el precepto no es en absoluto pacífico, en tanto que los votos particulares así lo demuestran.

Los votos particulares emitidos en la Sentencia discrepan a cerca de la supuesta constitucionalidad del artículo 156 del Código Penal. Es importante comprender estos razonamientos, puesto que realmente son los motivos por los que, actualmente, la esterilización es ilegal. Para que se entienda mejor los motivos que no favorecían a la Sentencia, los explicaré brevemente.

En general, los votos particulares emitidos se centran en explicar los tres mayores interrogantes en los que se sitúa la problemática. Como he explicado antes, obvias eran las preguntas como si eran suficientes las garantías que se preveían en el artículo 428 del Código Penal para la práctica de la realización de la esterilización de una forma lícita; si es posible la sustitución de la voluntad o consentimiento de la persona incapaz por la de un tercero; o si efectivamente es vulnerado el artículo 15 de la Constitución Española por el atentado contra la vida o trato inhumano o degradante²⁸.

El primer voto particular, formulado por el Magistrado Don Vicente Gimeno Sendra, coincide con la mayoría del resto de los Magistrados. En la explicación de su discrepancia trata dos puntos dentro de la fundamentación jurídica de la Sentencia. El primero versa sobre la referencia a la "mayor necesidad de esterilización en mujeres deficientes" pues es, a pesar de buenas intenciones, discriminatorio en sí mismo²⁹.

El segundo aborda las referencias al principio de proporcionalidad, pues "poco o nada se habla de proporcionalidad, excepto ensalzar las supuestas ventajas de la esterilización... con consideraciones en mi opinión, ajenas a un juicio de proporcionalidad".

²⁸ Jiménez de Parga y Cabrera, M. J. (2007), *El derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, pp.15-18.

²⁹ Seoane Rodríguez, J.A. (1994), Murcia, "Votos particulares de la STC 215/1994", en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 22-35.

Alega, además, que no es comparable la entidad de actos de intervenciones corporales, de poca entidad como pueden ser los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad, e intervenciones de tal gravedad como puede ser la esterilización o mutilación de los órganos sexuales.

Es por esto por lo que entiende que se debe proporcionar una seguridad que la intervención en ningún caso pueda suponer riesgos para la vida o salud, y una comprobación objetiva de que el logro del fin tiene una justificación verdaderamente objetiva y que tampoco hubiera ninguna opción menos gravosa.

El segundo voto particular, emitido por el Magistrado don José Gabaldón López, alega cinco discrepancias, pues también entiende que el Tribunal debió haber declarado inconstitucional el párrafo segundo del artículo 428 del Código Penal.

...“debe partirse de una esencial afirmación: el incapaz es un ser humano, que, como tal, tiene derecho a su integridad física³⁰...”

El primero, hace referencia a la vulneración del derecho a la integridad corporal, el cual está reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española. Pues además de ser uno de los derechos más básicos y esenciales de la personalidad, es uno de los derechos innatos o inalienables y son por ello objeto de protección máxima. Firmemente cree que no se trata de regular el ejercicio de un derecho fundamental, sino permitir que se ataque o se lesione, pues hace que se pierda su mayor protección jurídica que es la penal.

El segundo, menciona la sustitución del consentimiento de la persona incapaz por un tercero, pues el derecho suplido es un derecho esencial a la personalidad y sobre todo no susceptible de disposición por persona ajena; la legitimación, es la propia deficiencia, autorizada por el representante legal y el Juez que autoriza³¹.

La tercera discrepancia por parte de este Magistrado es que los fines perseguidos con esta sustitución de la voluntad del incapaz no son notoriamente suficientes para toda la vulneración de derechos que se comete. Los motivos que se alegan y los fines que se persiguen revelan por sí mismos la propia desproporción. Mas bien, pregunta si no sería una finalidad eugenésica, e

³⁰ Romañach Cabrero, J. (2007), “Intervención por el Magistrado José Gabaldón López”, en ID., *Esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional en España*, p.13.

³¹ Seoane Rodríguez, J.A. (1994), Murcia, “Votos particulares de la STC 215/1994”, en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 22-35.

incluso si es posible que colisionen el bienestar de los cuidadores con los derechos fundamentales de los discapacitados.

Mediante la cuarta alegación, afirma que ni siquiera la Ley sería ya garante de los derechos fundamentales y que es precisamente por esto por lo que se ha incluido en las Constituciones, para que fuera en cierto modo garantía. Pero en este caso, la misma garantía constitucional habría resultado insuficiente, pues no se le otorga la fuerza suficiente siendo estos unos derechos inherentes a la dignidad.

En este cuarto punto, debate también la intervención del Juez. A juicio del magistrado el juez tiene poca capacidad de decisión, pues al sustituir la voluntad, mediante solicitud del representante legal y con criterio de los facultativos, su única actuación será otorgar la autorización, a no ser que existan unas informalidades groseras. Es decir, únicamente servirá como un paso mas de ofrecer una garantía.

Mediante la quinta y última argumentación, el magistrado hace un resumen de todos sus preceptos y repite de igual manera todos los derechos que serían vulnerados.

El tercer voto particular, formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos, y al que se adhiere también el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, coinciden con la mayor parte de la Sentencia, pero difieren en el contenido en un único motivo. Consideran que las garantías constitucionales del artículo 428 son insuficientes.

Creen consistentemente en que existen omisiones y deficiencias suficientes para declarar la inconstitucionalidad del precepto, que deberían haber conducido directamente a la declaración de inconstitucionalidad.

Uno de los primeros preceptos que trata es que habría sido necesario acompañar a la exclusión de la punición, aquellos aspectos procesales de su autorización y una ordenación legal en que se regulasen de una forma clara y precisa los presupuestos materiales de la medida, pues estamos hablando de personas con una especial protección jurídica. En el segundo precepto se analiza las omisiones y/o insuficiencias que se presentan en el artículo 428.2, que recoge la regulación legal del régimen de autorización judicial.

Y, por último, el cuarto voto particular, realizado por don Rafael Mendizábal Allende, alega nuevamente motivos de vulneración del derecho a la integridad física, del artículo 15 de la Constitución, por la esterilización, basándose en que "el fin no justifica los medios" y que,

además, los medios son totalmente desproporcionados por ser irreversibles y podrían ser sustituidos por un mayor cuidado de vigilancia, entre otros³².

Menciona una cita de Jiménez de Asúa, tan demoledora que veo necesaria incluir aquí, para ver la gran evolución en mentalidad que por suerte hemos experimentado, y observar que todo esto quedó atrás.

...“se defiende la castración con los imbéciles, los idiotas, los epilépticos esenciales y todos aquellos enfermos sin remedio que han de engendrar a estos tristes despojos humanos, candidatos a la desgracia y al manicomio... cuando su enfermedad incurable, sea, a juicio de los médicos especialistas, transmisible a sus descendientes...”.

Con esto recuerda que quizá haya motivos ocultos detrás del bienestar de los discapacitados, como puede ser las prácticas eugenésicas, el evitar la transmisión genética. O incluso la comodidad de los padres, tutores o guardadores.

También añade, que el bienestar de los discapacitados, además de poner en entredicho la relatividad de dicho precepto, no es un derecho fundamental, y aún menos para solaparse con el derecho a la integridad física de la persona³³.

Con mucho criterio, indica que el derecho al ejercicio de la sexualidad no está reconocido como derecho fundamental por los Tratados Internacionales ni por la carta Magna, pero el derecho a la integridad física sí que está reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución.

El segundo criterio del último voto particular se basa en las garantías exigidas para la protección de la persona discapacitada, son prácticamente inexistentes, pues la precisión deseable de “persona incapaz” es nula, es un concepto indeterminado tanto médica como jurídicamente.

En razón de todos estos fundamentos jurídicos recogidos en los votos particulares de los Magistrados realmente no se sostiene la decisión tomada por el Tribunal, aunque es cierto que se tardarían bastantes, demasiados años, en ser reformado este artículo en España y en la

³² Seoane Rodríguez, J.A. (1994), “Votos particulares de la STC 215/1994”, en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, pp. 22-35.

³³ Astudillo Polo, F. J. (1994), *El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces*, pp. 513-516.

ilegalización de la esterilización. Tanto, que ha llegado hasta nuestros días, en diciembre del año 2020.

5. LA NUEVA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PROPUESTA EN 2020: ARGUMENTOS A FAVOR DE UN CAMBIO NORMATIVA

A lo largo de este trabajo, he intentado exponer de forma argumentada todos los derechos fundamentales implicados cuando se esteriliza a una persona discapacitada, porque además de ser titulares de derechos fundamentales que atañen a todas las personas, se les otorga cierta protección específica reconocida en diferentes Organismos Internacionales, Tratados, Comisiones, etc. por ser personas especialmente vulnerables que necesitan de una específica protección jurídica.

No basta únicamente una protección jurídica igual para todos, sino que es necesario crear aquellas normas que aseguren que esta Igualdad es, en la realidad, factible de alcanzar para todos. Es decir, son protegidos de sus propias limitaciones y de los actos que terceros pudieran tener sobre ellos, por ejemplo, sustituyendo su voluntad respecto a sus derechos fundamentales, por la de terceros.

Basta con entender que, hablando de diversidad, cada situación y cada persona es totalmente diferente, por lo que se necesitan soluciones y razonamientos jurídicos tan poco generalizados como se pueda, puesto que, en estos casos, cuanto más lo sean menos personas habrá recogidas en ellos³⁴.

Hasta el año 1995, cuando se modificó el Código Penal, no se estaba llevando a cabo dicho tratamiento diversificado. Puesto que la respuesta a la misma Cuestión de Inconstitucionalidad planteada, mencionada anteriormente, planteaba una desigualdad e incongruencias en sí mismas, y no respetaba siquiera aquellos derechos que ya estaban en vigor en España que, de forma teórica se estaban planteando en España.

España ha sido uno de los países que más han intervenido para mejorar la vida y bienestar de los discapacitados, otorgándole derechos y reconocimiento como personas capaces y volitivas, que desde el punto de vista de la educación, promoción, y mejora de expectativas laborales, mejorando su economía y así promoviendo también su mejor integración e

³⁴ Astudillo Polo, F.J. (1994), *El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces*, pp. 513-516.

independencia (en los casos en que esto pueda darse) hasta la sanidad, su decisión con respecto a su propia disposición acerca de su cuerpo e integridad, como el caso de la esterilización.

La salud mental, la salud sexual y la posibilidad de tener hijos gozan de una especial atención. Todo esto está recogido en la ley de los derechos de las personas con discapacidad que más adelante veremos. Son todos estos cambios normativos los que han llevado a España a ser uno de los países líderes en materia de derechos fundamentales, en ratificarse en Tratados Internacionales y en proteger su integridad.

Estando entre los 25 mejores Estados de derecho del mundo según el Proyecto de Justicia Mundial (World Justice Project), y siendo valores superiores de su ordenamiento la Igualdad, la Libertad, la Justicia y el pluralismo político (art. 1.1 CE), durante el último siglo se ha avanzado a pasos agigantados en materia de derechos, pero es sobre todo a partir de su entrada a la Unión Europea cuando se comienza a trabajar entre los países miembros para alcanzar grandes fines, recogidos en Tratados, e incluso trabajando en un ámbito Internacional, como Naciones Unidas³⁵.

Con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social. La misión de esta norma fue refundir y simplificar toda la normativa existente en materia de discapacitados dejándolo así en un solo texto y siguiendo la estructura de los artículos, que fue diseñada por la Convención Internacional de la ONU.

Garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato como el ejercicio real y efectivo de los derechos de forma efectiva en igualdad de condiciones que las demás personas, reconocidos en su artículo 5 y reconociéndole autonomía en su artículo 6. También recoge todo el régimen de infracciones y sanciones en caso de incumplimiento o vulneración de estas normas que aseguran el bienestar de los discapacitados (artículos 80 a 88) Esta norma no solo afecta a aquellos que tengan reconocida judicialmente una incapacidad superior al 33%, sino a todos aquellos que presentan deficiencias físicas, mentales, sensoriales, etc. que le impidan su integración mediante la participación efectiva y plena en la sociedad.

En esta Ley, se reconocen derechos como el respeto a las propias decisiones, derecho a la igualdad (artículo 7), prestaciones sociales y económicas, (artículo 8) protección de la salud, haciendo hincapié precisamente en la esterilización, (artículo 10) a la atención integral, (artículo

³⁵ WORLD JUSTICE PROGRESS (2020), "Ranking mejores Estados de Derecho del Mundo", p.1.

13) a la educación (artículo 16), con un sistema educativo inclusivo, trabajo, protección social, participación en asuntos públicos, igualdad de oportunidades (artículo 64), entre otras.

A nivel autonómico otro texto legal ha venido a complementar las prestaciones a este tipo de personas: la Ley 4/2017 de 25 de septiembre de los derechos y atención de las personas con Discapacidad en Andalucía al disponer, en su artículo 10 medidas de acción positiva en beneficio de personas en situación de especial vulnerabilidad, así como protección del derecho a la salud, en su artículo 15, o el derecho a la atención integral, artículo 14.

Después de esta ley de 2013, Ley esencial para una mejora en la protección de los derechos de los discapacitados en España, se han seguido practicando esterilizaciones, hasta el 20 de enero de 2020, fecha en que se registra en el Congreso de los Diputados de España una Proposición de Ley de modificación del Código Penal para erradicar la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

En la exposición de motivos, se alega la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue aprobada en 2006 y entró en vigor finalmente en 2008 en España. Esta convención recoge artículos específicos sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con la formación de una familia, capacidad de ser padres y madres, formar un hogar y sus relaciones personales, especialmente el artículo 23.

Es precisamente este el motivo de la proposición de ley para la derogación del artículo 156 del Código Penal, puesto que hace que no alcance su plena vigencia y que se produzca una gran contradicción con dicho artículo.

A pesar del artículo 23 de la Convención, en España, hasta hace unos meses se seguía practicando la esterilización, pues el artículo 156.2 del Código Penal lo permitía, cuando afirma que no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en caso de personas que de forma permanente no puedan prestar de modo alguno el consentimiento³⁶.

De este modo, existía una grave anomalía, en términos de derechos humanos, por la permanencia más de una década después de la entrada en vigor del Tratado Internacional de las personas con discapacidad en el derecho nacional y la posibilidad legal de realizar estas

³⁶ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, no.53, 15 de octubre, p.117.

prácticas, basados en mitos como la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres o sencillamente pensar en "su bien".

De hecho, esta práctica es más usada de lo que la misma opinión pública cree o considera. Solo en el año 2016 se dieron más de 140 casos y la mayoría eran mujeres a pesar de que el artículo 39 del Convenio de Estambul, el Convenio del consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas.

Los Estados que hayan ratificado esta Convención tienen la obligación de proteger, respetar y hacer efectivo el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad de todas las personas con Discapacidad. Además, deberán abstenerse de aquella acción que discrimine a las personas con discapacidad. Es decir, deberán adaptar su normativa nacional, leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyan tal discriminación. Es por esto por lo que incluso Naciones Unidas recomendó oficialmente en 2011 la acomodación de su ordenamiento jurídico interno, para que no se vulneraran estas garantías.

Esta proposición de ley elimina el párrafo segundo del artículo 156, quedando también derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango y, concretamente, la disposición adicional primera en todos sus términos, que se opongan a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

Con una disposición adicional que recoge los apoyos humanos y materiales, incluso medios tecnológicos para tomar decisiones, que los recibirán en calidad de pacientes por canales y soportes accesibles de forma madura, libre e informada.

En mi opinión, algo totalmente necesario e imprescindible, para que las esterilizaciones en caso de personas que no tengan una discapacidad intelectual, sino del tipo sordera o ceguera, no hubieran podido ser engañadas o sometidas a esta esterilización sin saberlo, simplemente por no poder conocer aquello que le iban a practicar por sus barreras y por no haber tenido unos medios materiales y específicos que obliguen a hacer conocer a la persona que va a ser intervenida, que se va a intervenir. Es muy válido el ejemplo que ponen desde Cermi Mujeres, cuando explican el caso de una mujer sorda, que quería formar una familia con otro hombre

sordo, sin saber que había sido esterilizada de pequeña, pues su familia, con asesoría de un médico, lo vieron la mejor opción³⁷.

El día 15 de octubre de 2020 se debate en Sesión Plenaria en el Congreso de los Diputados la proposición de Ley para la modificación del Código Penal para eliminar de este la esterilización acordada por órgano judicial. La aprobación fue unánime, pues tuvo 259 votos a favor, y únicamente dos abstenciones, por el partido Teruel Existe.

Es altamente significativa la sensibilidad política y social hacia los discapacitados como pone de relieve el que éste haya sido uno de los pocos proyectos de Ley en los que ha existido un acuerdo unánime en el Congreso³⁸.

Es algo positivo desde mi punto de vista, este avance en la protección de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas, y devolverles aquello que nunca le deberían de haber arrebatado, o que quizá nunca han tenido, como el sentimiento tan básico y profundo de ser madre o padre, como si simplemente su mera condición se les pudiese negar ese derecho mediante la fuerza.

Y lo peor no solo es que sea mediante la fuerza, pues no es una fuerza cualquiera, sino la fuerza de la Ley. Algo que a toda costa debería sonar impensable para el año en que estamos y con el Estado de derecho tan avanzado que, por suerte, podemos disfrutar en España.

A su vez, el 2 de diciembre de 2020 se votó en la Cámara alta la derogación del artículo 156.2 del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada en personas discapacitadas declaradas incapacitadas judicialmente. Se aprobó unánimemente sin la presentación de ninguna enmienda.

Gracias a esta aprobación, el día 3 de diciembre, día en que se celebraba el día internacional de la persona con discapacidad, se pudo celebrar un gran éxito. Pues el día anterior se dejaba atrás un lastre del pasado que afectaba directamente a las personas discapacitadas.

Gracias a asociaciones como CERMI, y especialmente CERMI mujeres, quienes han defendido esta iniciativa desde años atrás, y que, en gran parte, gracias a su labor hoy en día la esterilización es ilegal.

³⁷Fundacion Cermi Mujeres (2017), Madrid, "Testimonio de una mujer sorda que quería formar una familia", en ID., *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*, p. 38.

³⁸ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, no. 53, 15 de octubre de 2020, p. 119.

6. CONCLUSIONES

Este trabajo de fin de grado ha intentado llevar a cabo un análisis de los recientes cambios normativos que han permitido incriminar la esterilización forzosa en discapacitados y desmontar aquellos motivos por los que desde todos los años se ha mantenido y apoyado por las instituciones, por la jurisprudencia y por la sociedad las prácticas abusivas de esterilización en personas discapacitadas realizadas forzosamente, sin un consentimiento válido ni razones suficientemente válidas en comparación de todos los derechos fundamentales que se ven mermados.

A lo largo de todo el trabajo, se ha intentado desglosar y explicar la evolución que ha sufrido la esterilización en España. Pero no solo la esterilización, sino que ha dejado descubrir en gran medida el gran trabajo que hay detrás, formando hilos conductores que unen unos derechos con otros hasta llegar a alcanzar grandes redes internacionales como lo son los Tratados, Comités, Organismos, etc. que trabajan sin cesar y consiguen lentamente, pero sin pausa, grandes logros como es la derogación en España, del artículo 156.2 del Código Penal.

Pero, debemos recordar que, a pesar de haber conseguido grandes logros, queda mucho camino por recorrer. Si hace años, la penalización de esterilización en discapacitados de manera forzosa hubiera sido algo impensable, ¿qué tipo de actos seguimos cometiendo a día de hoy, que pueden atacar también a los derechos más básicos y primarios de las personas, y ni siquiera somos conscientes de ello?

Gracias a la creación, cada vez más, de estas instituciones mencionadas anteriormente, los derechos humanos avanzan con un rumbo claro: conseguir que las personas que se encuentran con una limitación en sus vidas no tengan que lidiar con más limitaciones por parte de la sociedad, ni mucho menos de la Justicia. Pues merecen vivir y explotar sus derechos de la manera más satisfactoria posible, en igualdad de condiciones que las demás personas.

El trabajo demuestra que no pueden fundamentarse por sí mismos los intereses tales como la mayor libertad del discapacitado, los derechos fundamentales de los tutores o padres, o incluso la prevención de la transmisión de la enfermedad a la descendencia, para poder fundamentar cierto "estado de necesidad" para la práctica de una esterilización a discapacitados por intereses de terceras partes, ajenas al propio discapacitado y supeditadas a los representantes legales y a un Juez.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO POLO, F.J. (1994), *El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces: comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- CANOSA USERA, R. (2017), "La interpretación evolutiva del derecho internacional", Madrid, *La protección de la integridad personal*, Madrid, *Revista de Derecho Político*, no.100.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2014), "Admisibilidad de la esterilización de las personas disminuidas psíquicas tras la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, en el Código penal", en ID., *Evolución Penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica*, Granada, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 14.
- FUNDACIÓN CERMI MUJERES (2017), "Convenio del Consejo de Europa sobre la violencia contra las mujeres y violencia doméstica", en ID., *Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.
- JAÉN VALLEJO, M. (2011), "Introducción", en ID., *Constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos graves*, Las Palmas de Gran Canaria, *Revista de Ciencias Jurídicas*, no.1.
- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. J., (2003) "El derecho constitucional a la protección de la salud" en AA.VV., *IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Fundación MAPFRE, Madrid.
- LAMAS MEILÁN, M.M. (2004), "La esterilización de incapaces", La Coruña, Cedernos.
- SEOANE RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (1994), "Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de Julio", en ID., *Alcance y significado de la Constitucionalidad de la Esterilización de incapaces. Comentario Crítico*, Murcia, *Anales de Derecho*, no. 12.
- LAURA SERRA, M. (2015), "Análisis de la práctica de esterilización forzosa y/o involuntaria a mujeres y niñas con discapacidad intelectual desde el marco de Naciones Unidas", en ID., *La esterilización forzosa y/o involuntaria en la mujer con discapacidad intelectual*, Getafe, Trabajo de Fin de Máster de la Universidad Complutense de Madrid.
- ROMAÑACH CABRERO, J. (2007), *Esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional en España*, Madrid, Dilemata.

