



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Evolución y estado actual de la esterilización de
personas con discapacidad

Autora

Ghizlane Ameur

Director

Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho

Universidad de Zaragoza

Año 2020/2021

AGRADECIMIENTOS

A mi Tutor, por todo el tiempo dedicado y los conocimientos brindados y por hacer del Derecho Penal mi asignatura favorita de la carrera y a la que quiero dedicar mi futuro profesional. A mi Profesor de Derecho Romano por su gran apoyo en mis inicios de la carrera y por ser además de un gran profesor, una gran persona.

A mis padres y mis hermanos por el gran apoyo que me han dado durante toda mi vida, por los valores que me han inculcado, por confiar en mí en todo momento y ayudarme a levantarme cada vez que lo he necesitado. En especial a mi madre, por ser la persona más importante de mi vida y mi compañera de vida, y a mi padre por luchar día a día por nosotros.

A mis amigas por estar conmigo en los momentos personales más complicados de mi vida y por demostrarme el significado de la verdadera amistad y que, aunque toque separarnos, siempre estaremos unidas.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la erradicación de la esterilización de personas incapacitadas judicialmente. Para ello en primer lugar, se hará un breve resumen sobre la evolución jurídica de este fenómeno, para adentrarnos posteriormente en el estudio de la anterior regulación del art. 156. 2 del CP español con el fin de determinar la naturaleza y ámbito de aplicación de la esterilización y un análisis individualizado de los requisitos que debían darse para que esa esterilización no fuera punible. También es conveniente señalar los problemas interpretativos en torno a la figura del consentimiento y el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones en los que se enmarcaba la esterilización como una excepción. Posteriormente se darán las razones por las cuales surge la necesidad de este cambio legislativo, para finalizar el trabajo con una reflexión sobre su idoneidad o falta de esta.

ABSTRACT

The aim of this research is to study the eradication of the sterilisation of judicially incapacitated persons. Firstly, a brief summary will be made of the legal evolution of this phenomenon, to then move on to the study of the previous regulation of art. 156.2 of the Spanish Criminal Code in order to determine the nature and scope of application of sterilisation and an individualised analysis of the requirements that must be met for this sterilisation not to be punishable. It is also convenient to point out the interpretative problems surrounding the figure of consent and the legal right protected in crimes of injury in which sterilisation was framed as an exception. Subsequently, the reasons why the need for this legislative change arises will be given, to conclude the work with a reflection on the suitability or lack thereof of the reform.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. LA ESTERILIZACIÓN: CONCEPTO Y REGULACIÓN EN EL CP	8
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LA LO 1/2015, DE 23 DE NOVIEMBRE	9
1. Antecedentes remotos	10
2. Antecedentes inmediatos	10
IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO.....	12
1. Bien jurídico protegido	12
2. El consentimiento	14
3. El fundamento jurídico	15
V. REQUISITOS PARA LA NO PUNIBILIDAD DE LA ESTERILIZACIÓN	16
1. La esterilización	16
2. Realizada por facultativo	16
3. Personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento	17
4. Siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos	19
5. Deberá ser autorizada por un juez	19
6. A fin de salvaguardar el mayor interés del afectado	20
7. En el procedimiento de modificación de la capacidad	20
8. En un procedimiento contradictorio posterior	21
9. A instancias del representante legal	21
11. Oído el Ministerio Fiscal	23
12. Previo exámen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento	24
VI. LA ESTERILIZACIÓN DE MENORES	24
VII. REGULACIÓN PROPUESTA POR LA LO 2/2020	25
2. Argumentos en contra de la esterilización	28
Sentencia de la A.P de «Les Illes Balears», 30 de marzo de 1999, sección 5ª:.....	30
Auto de la A.P de Zaragoza (sección 2ª), 9 de abril de 2001	30
3. Poner fin a la esterilización de mujeres y niñas con discapacidad	31
3.1. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad	31

3.2. Convenio del consejo de Europa sobre la violencia contra las mujeres y violencia doméstica y otras instituciones.....	32
VIII. OPINIÓN PERSONAL	33
BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES	37

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CP: Código penal.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

LO: Ley Orgánica.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CDPD: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

CERMI: Comité Español de representantes de personas con discapacidad.

UE: Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este trabajo versará sobre la reforma operada el 17 de diciembre de 2020 por la que se suprime el segundo párrafo del artículo 156 del CP mediante LO 2/2020, de 16 de diciembre. La reforma tiene como propósito la erradicación de las esterilizaciones forzosas de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente al considerarse una doble discriminación por razón de la discapacidad que padecen estas personas y por razón de género al verse más afectadas por estas prácticas las mujeres.

La razón de elección de este tema viene determinada por el interés que suscita el estudio de este cambio operado en el CP ya que versa sobre una cuestión fruto de una lucha a nivel internacional y con mayor trascendencia en España ya que hasta el momento el CP permitía que se llevaran a cabo la esterilización de personas con discapacidad recurriendo a la sustitución de la toma de la decisión a través de la figura del representante legal y la autorización judicial.

Así los Estados que ratificaron la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, España concretamente en el año 2008, tienen la obligación de proteger, respetar y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación.

Por ello la medida legislativa operada en el CP pone de manifiesto la necesidad de que se deje de practicar en España la esterilización forzosa o no consentida, ya que especialmente mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación por lo que es condición prioritaria adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por último, en cuanto a la metodología seguida para la realización de este trabajo, se ha hecho uso de jurisprudencia, doctrina, tesis doctorales y libros para la obtención de la información. En concreto se analiza y sintetiza la evolución jurídico-penal del tratamiento de la esterilización, los requisitos que debían darse para que el juez autorizara la práctica de esta, los motivos por los cuales se vio necesario adoptar este cambio y las consecuencias que pueda acarrear dicha decisión.

II. LA ESTERILIZACIÓN: CONCEPTO Y REGULACIÓN EN EL CP

La esterilización supone la eliminación o pérdida de la capacidad reproductiva a través de intervenciones quirúrgicas como puede ser las ligaduras de las trompas de Falopio o las vasectomías, pero no conlleva la eliminación de los órganos reproductivos. Se trata de prácticas que afectan los derechos a la salud y a la integridad física dando lugar a numerosos conflictos jurídicos ¹.

En el ámbito conceptual, es conveniente esclarecer el término esterilización forzada o no consentida, en concreto se denomina así a la intervención quirúrgica sin consentimiento del sujeto pasivo de la conducta esterilizadora que se realiza sin poner en riesgo su salud o su vida. PELÁEZ NARVÁEZ señala que se ha considerado que el término empleado es oportuno ya que la autorización judicial obtenida para llevar a cabo dicha actuación siempre será forzada ya que no hay consentimiento del incapacitado².

En cuanto a la regulación, dado que la esterilización supone un menoscabo en el derecho a la salud en su vertiente física y psíquica³, su regulación se encuentra en el Libro II Delitos y sus penas y, en concreto el Título III De las lesiones del CP El art.149 recoge el ilícito doloso que castiga con la pena de prisión de 6 a 12 años al que cause a otro «por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad...». Frente al art.152 que regula el ilícito penal imprudente.

La diferenciación entre ambas figuras viene determinada por el hecho de que el art.149 recoge una forma de responsabilidad más grave⁴ por tratarse de una conducta objetivamente más peligrosa para el bien jurídico: el sujeto tiene el conocimiento y voluntad (dolo directo) o al menos conoce y acepta la producción del hecho típico (dolo eventual). De otra parte, conoce el conflicto con la norma que protege el bien jurídico y por ende con el ordenamiento en su conjunto⁵.

¹ Definido así por algunos penalistas como: JUANES PECES, La Ley 1991, pág. 1165. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética dirigida por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA.

² PELÁEZ, NARVÁEZ, A., «Maternidad y discapacidad», pág. 60.

³ Para un mayor análisis, ver apartado IV.1. Bien jurídico.

⁴ El sujeto que actúa de forma dolosa no se preocupa por los intereses de los demás y por esa capacidad de lesionarlos, mostrando así una relación negativa del sujeto frente a la norma penal. (DIEZ PITA, El dolo eventual, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 306-307).

⁵ HASSEMER, W., Fundamentos del Derecho penal, Barcelona 1984, pág. 278: «El autor de un delito doloso aparece ante los demás como mucho más peligroso que el autor de un delito imprudente. Desde el punto de vista empírico y actual, ambos realizan la misma lesión, pero el autor del delito doloso hace más amenaza, al mismo tiempo, a la norma, al Ordenamiento jurídico».

En relación con el delito de lesiones en el que se enmarca la esterilización, se recogía una excepción a esa tipificación en el art. 156 del CP antes de la reforma operada por la LO 2/2020:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil».

Por su parte la LO 2/2020, de 16 de diciembre, suprime el párrafo 2º del art. 156 del CP quedando así el consentimiento para esterilización dado por personas menores y personas carentes de aptitud absoluta y sus representantes, prohibido.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LA LO 1/2015, DE 23 DE NOVIEMBRE

Siguiendo a SEOANE RODRÍGUEZ⁶, en este apartado se tratarán los antecedentes remotos e inmediatos de esta materia, dicha agrupación refleja la superación de las controversias que generaban las primeras regulaciones del tratamiento penal de la esterilización hasta llegar a la regulación operada con la LO 1/2015, de 23 de noviembre.

⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág. 33.

1. Antecedentes remotos

Los antecedentes remotos abarcan desde la primera regulación operada en el año 1822⁷ hasta 1983. El primer problema en torno a estas regulaciones fue determinado por la pena equivalente que se atribuía a las conductas esterilizadoras y al delito de homicidio. El segundo problema se encontraba en la equiparación que se le daba a la castración y esterilización a pesar de que ambas conductas implican resultados diferentes para el bien jurídico protegido. Ello dio lugar a que estas primeras regulaciones fueran objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina penal española.

Por un lado, se consideraba excesivo contemplar una misma pena para el delito de la esterilización y para los delitos de homicidio. Apoyaban la necesidad de una reforma con base en el mayor valor que presenta el bien jurídico de la vida frente a la facultad generandi (capacidad generativa) por lo que resulta excesivo castigar esterilizaciones con la misma pena que un delito de homicidio.

Por otro lado, tampoco consideraban acorde equiparar las penas de la castración y la esterilización ya que mientras la castración implica extirpar los órganos genitales⁸ y por lo tanto ello conlleva la esterilización, la esterilización no implica la castración. Es decir, la diferencia entre la castración y esterilización radica en el resultado de las mismas. Así el Tribunal Supremo ha considerado que la castración da como lugar la impotencia de realizar la «unión carnal»⁹ así como la pérdida de la «potentia generandi» en los hombres y en las mujeres la incapacidad para concebir y dar a luz a hijos en condiciones viables. Por lo que el tribunal ha considerado que el resultado de la castración es de mayor entidad¹⁰ que la esterilidad, ya que la primera implica «extirpar los órganos genitales»¹¹.

2. Antecedentes inmediatos

La reforma operada por la LO 3/1989 de 21 de junio es de suma importancia ya que supera los anteriores problemas. En primer lugar, se deja de equiparar la castración y la

⁷ Art. 638 del Código Penal español decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado a promulgar el 9 de julio de 1822.

⁸ Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española.

⁹ SEOANE RODRÍGUEZ, «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág. 16.

¹⁰ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág. 16.

¹¹ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág. 16.

esterilización, y en segundo lugar, se deja de castigar con la misma pena ambas conductas y el delito de homicidio. La resolución de ello dio lugar a una regulación diferenciada y autónoma de la esterilización en el CP¹².

En lo que nos atañe, la esterilización de incapaces se introduce con la reforma de esta LO 3/1989 de 21 de julio en el apartado segundo del art. 428 del CP. Esta regulación fue como consecuencia de la demanda de asociaciones de padres y familiares en el año 1987 que pretendían lograr un cambio legislativo penal que contemplara la esterilización de sus hijos discapacitados. Posteriormente, aparecen tres proyectos de LO del CP hasta llegar a la regulación realizada por LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP¹³.

El primer Proyecto de LO del CP, de 11 de septiembre de 1992 (art. 164) estableció como novedad respecto de la regulación de 1989 el término «declarada incapaz» para referirse al sujeto pasivo de la esterilización. También introdujo los dos procedimientos a través de los cuales se podía autorizar la esterilización: en el «mismo procedimiento en el cual se declara la incapacitación o en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad al mismo».

El segundo Proyecto de LO del CP, de 26 de septiembre de 1994 (art.156) no introduce ninguna novedad, manteniendo los mismos elementos que el anterior proyecto. El tercer Proyecto de LO del CP, de 5 de julio de 1995 (art.156) incorporó a lo anterior, un importante elemento como criterio rector para adoptar la autorización de la esterilización, que es el del «mayor interés del incapaz».

Por su parte, la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP que resuelve una cuestión importante al esclarecer la condición del sujeto pasivo, señalando que será la «persona incapacitada». Sin embargo, no resuelve las controversias relativas al ámbito procedimental.

Por último, la LO 1/2015 que dio lugar a la regulación vigente hasta el año 2020, modificó tres aspectos importantes. En primer lugar, se eliminó las referencias a la persona «incapaz» o «incapacitada», sustituyéndola por el término de «persona que de forma permanente no puede prestar el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior» es decir, el consentimiento «válida, libre, consciente y expresamente emitido» en su propia esterilización. En segundo lugar, se señala que el procedimiento de la esterilización tiene carácter excepcional y ha de valorarse a la luz de una serie de requisitos estrictos. Por último, se estableció que la

¹² Tres fueron los preceptos: el art. 419 del CP de 1989 que castigaba con la pena de seis años y un día a diez años al que de propósito cause la esterilización por dolo directo; mientras en el art. 421.2º la pena inferior en grado para el dolo eventual y el art. 565 que regula el delito imprudente.

¹³ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», págs. 400-407.

autorización habrá de obtenerse en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, en lugar de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como ocurría hasta 2015.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO

En cuanto a la naturaleza de la esterilización¹⁴, la doctrina no se ha mostrado unánime pues hay quien considera que se trata de una causa de atipicidad, mientras otros consideran que es una causa de justificación. Para el esclarecimiento de este punto, es necesario por un lado el estudio del bien jurídico protegido ante un hecho ilícito de lesiones y, por otro lado, analizar el significado dado al consentimiento en Derecho Penal.

1. Bien jurídico protegido

En primer lugar, no hay consenso sobre la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones dando lugar a numerosas teorías siendo las más importantes y las que se analizarán en este apartado: la teoría tripartita que es la minoritaria que abarca tanto la incolumidad personal, la salud individual y la integridad física¹⁵.

Otro sector doctrinal sostiene que se trata de la integridad física y la salud individual (teoría dualista), mientras que la tesis mayoritaria se decanta por la protección de un solo bien jurídico que es la salud individual.

Hay que señalar además que tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han considerado que el bien jurídico protegido lo constituía la integridad corporal o física¹⁶. Pero este bien jurídico resulta limitativo, pues solo incluye la plenitud anatómico-funcional interna y externa que puede resultar lesionada por la desfiguración de órganos o miembros del cuerpo, pérdida o inutilidad, etc., dejando fuera las lesiones psíquicas. La integridad física en todo caso forma parte de la salud por lo que no podemos considerarlo como el bien jurídico protegido.

En cuanto a la teoría dualista, que considera que bien jurídico protegido es la integridad física (conjunto de todos los miembros y órganos del cuerpo humano) y la salud (como ausencia de enfermedad física o psíquica), ve reforzada su postura por lo dispuesto en el tipo básico del

¹⁴ Todo lo relativo a este apartado es sobre el art.156.2 de 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.

¹⁵ Lo que pretende es incluir el delito de malos tratos dentro del delito de lesiones, pero ello no es acertado en tanto que en los malos tratos no hay un menoscabo de la salud o la integridad. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», págs. 27 y 31.

¹⁶ SEOANE RODRIGUEZ, J.A., «El consentimiento en materia de bioética y biojurídica». La esterilización en el Derecho Español y en el Derecho Comparado, 1996, págs. 226-230.

delito de lesiones del art.147.1 del CP: «El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones...». No obstante, esta teoría a pesar de ser muy defendida es objeto de numerosas críticas entre las que podemos destacar las siguientes.

Como he señalado anteriormente, la integridad física se encuentra dentro de la salud, de manera que su protección surge en todo caso si se produce un menoscabo contra la salud. Otra de las mayores críticas viene determinada por la idea de que sostener esta postura dualista implicaría que ante conductas delictivas de lesiones, nos podemos encontrar ante posibles concursos de delitos ya que son dos bienes jurídicos los protegidos. Además, la Circular 2/1990 de la fiscalía general del Estado sostiene la idea de que determinadas doctrinas rechazan incorporar la integridad física pues la misma puede verse afectada por una intervención quirúrgica sin la necesidad de una previa lesión dolosa o imprudente, únicamente por razones de salud¹⁷.

Por su parte, la teoría monista, defiende que el único bien protegido es la salud entendida en su vertiente física y psíquica. Así la salud integra las alteraciones mentales que no supongan una lesión a la integridad anatómico-funcional¹⁸.

Se entiende por salud el «estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones»¹⁹. Por su parte, la CE otorga al derecho a la vida y a la integridad física y moral el carácter de derecho fundamental²⁰, por lo que la salud es un derecho personalísimo, inherente a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por lo que se trata de un derecho fundamental que recibe una especial protección lo que se ve reflejado en el hecho de que está ubicado en el primer artículo de la Sección Primera del Capítulo II del Título I donde se encuentran los derechos más relevantes que gozan el máximo nivel de protección jurídica (arts. 53,81 y 168 CE).

Como conclusión a esta cuestión, la salud en su vertiente física y psíquica constituye el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones y por lo tanto es el bien jurídico que se ve afectado por la conducta esterilizadora. En concreto la salud física y psíquica es un bien jurídico individual o personal y disponible vinculado con la autonomía de la voluntad. Sin embargo,

¹⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/1990 de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-1990-00002>

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 20.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 16/04/2021].

²⁰ Art.15 CE «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a la tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...».

cuando la persona carece de la capacidad para tomar decisiones, surge la necesidad y por eso el Ordenamiento Jurídico español ha creado la figura del representante legal que actuará y tomará las decisiones en lugar de la persona incapacitada pero siempre en su mayor interés y beneficio bajo el cumplimiento de las garantías que ofrecía el art.156. 2 del CP.

2. El consentimiento

En segundo lugar, el consentimiento no encuentra su regulación entre las eximentes de responsabilidad penal del art. 20 del CP. La doctrina ha venido distinguiendo los supuestos en que el consentimiento opera como causa de atipicidad o como causa de justificación²¹.

En primer lugar, como causa de atipicidad, el consentimiento del titular del bien jurídico o su representante legal supone la exclusión de un elemento del tipo y por lo tanto la atipicidad de la conducta. Dicho consentimiento tiene que ser libre (no por coacción o engaño), otorgado de forma oral o escrita siempre que sea anterior o simultáneo a la producción de la conducta y salvo que la ley disponga otra cosa, basta con una capacidad que manifieste madurez suficiente sin que sea necesaria la mayoría de edad²². El propio CP exige para determinados delitos, que se actúe en contra de la voluntad del titular del bien jurídico, por ejemplo, el delito de hurto art. 234 CP²³. Ello se debe a que la autonomía del titular del bien jurídico, es decir, su capacidad de disposición determina que la conducta llevada a cabo por otra persona no lesione o no afecte sus intereses.

En segundo lugar, el consentimiento como causa de justificación supone la exclusión de la antijuricidad, es decir, a pesar de que hay un consentimiento dado por el titular del bien jurídico (o por su representante legal), la lesión se produce, por lo que no desaparece la tipicidad de la conducta, pero sí la antijuricidad.

En definitiva, la antijuridicidad de una conducta está al margen de la voluntad del sujeto que lesiona, pues se debe a la circunstancia objetiva de la lesión que puede sufrir un bien jurídico protegido, así lo que hace calificar una conducta de esterilización como antijurídica es porque se trata de una actuación lesiva que afecta a la salud física y psíquica. Pero esa conducta inicialmente antijurídica, deja de serlo cuando concurre el consentimiento de la persona lesionada actuando como causa de justificación que excluye la responsabilidad penal²⁴.

²¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Derecho Penal, Parte General», págs. 254-255.

²² HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Derecho Penal, Parte General», pág. 254.

²³ Art. 234 CP «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto...».

²⁴ SEOANE RODRIGUEZ, J.A., «El consentimiento en materia de bioética y biojurídica. La esterilización en el Derecho Español y en el Derecho Comparado», 1996, pág. 95-102.

Por último, hay que señalar que el consentimiento como causa de justificación exige que el titular del bien jurídico protegido tenga la capacidad suficiente para entender y comprender las consecuencias del daño que produce la conducta que se realiza con su consentimiento. De manera que quedarían excluidas las personas menores de edad y los incapaces, así lo refleja el art. 155.2 del CP²⁵. Si bien, la regulación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, contemplaba la excepción del art. 156. 2, por la que, bajo el cumplimiento de unos requisitos, se obtenía la autorización del juez para la práctica de la esterilización.

3. El fundamento jurídico

Por lo que el fundamento del art.156. 2 del CP se situaba en los intereses de la persona incapacitada y la obligación de los poderes públicos de garantizar una política de integración con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos y libertades del Título I de la CE en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos²⁶. Este precepto protege la libertad sexual en condiciones de igualdad rechazando así cualquier tipo de discriminación por razón de las características físicas o psíquicas del titular del este derecho.

Si bien garantizar ese derecho, implica tener en cuenta las dificultades en las que puede verse involucrada una mujer incapacitada embarazada, para entender y comprender la relación paterno-filial, la frecuente falta de independencia económica de estas personas, la carga que puede suponer a familiares o las personas que velan por su cuidado, muchas veces son personas mayores que tampoco están en las condiciones óptimas de llevar a cabo ese cuidado, etc. Por otro lado, trata de garantizar la libertad ambulatoria que podría verse vulnerada por la vigilancia y control a las que se ven sometidas estas personas, así como evitar la realización de abortos y sus consecuencias sobre la salud e integridad de la embarazada.

Nos encontramos, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, ante un conflicto de intereses que engloba por un lado la pretensión de garantizar el derecho fundamental a la igualdad en el ejercicio de la sexualidad; no restringir la libertad de movimiento, intimidad, etc. por la actividad sexual que pueda realizar. Por otro lado, se encuentra el interés por garantizar la integridad personal afectada por la intervención de la esterilización²⁷.

²⁵ Art.155.2 CP «No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 161-163.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 165.

En la anterior regulación se resolvía a favor de los primeros intereses antes mencionados, pero ello exige una verificación de la presencia del conflicto, la necesidad de resolver a través de la esterilización porque no hay otros medios menos lesivos que consigan de forma similar el resultado pretendido (criterio de necesidad) y que en todo caso se haya sometido la decisión de esterilizar a la persona incapacitada al cumplimiento de unos estrictos requisitos.

V. REQUISITOS PARA LA NO PUNIBILIDAD DE LA ESTERILIZACIÓN

La no punibilidad de la esterilización de personas incapacitadas, como se ha señalado anteriormente, constituía una excepción por la que el ordenamiento jurídico la consideraba una conducta no merecedora de la imposición de una pena. Si bien ello, estaba condicionado al cumplimiento de los requisitos que contenía la DA 1ª de la LO 1/2015²⁸ que a continuación expongo:

1. La esterilización

Se trata de la conducta objeto de autorización entendida como la intervención que da lugar a la pérdida de la capacidad generandi (capacidad genésica) pero manteniendo la capacidad coendi (capacidad para copular) por la ausencia de extirpación de los órganos sexuales.

2. Realizada por facultativo

El facultativo es el profesional, que por lo general será un médico dedicado a la cirugía que realiza la conducta esterilizadora. Por tanto, es el sujeto activo de la acción. Este requisito pone de manifiesto que estas conductas no pueden ser realizadas por personas no profesionales en Medicina pues además ello supondría un delito de usurpación de funciones públicas e intrusismo²⁹. El facultativo no está obligado a verificar el cumplimiento de los requisitos analizados en este apartado, pues basta con que se cuente con la autorización judicial para llevar

²⁸ Disposición Adicional 1ª de la LO 1/2015: «la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal 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».

²⁹ Art. 403.1 CP. «El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses».

a cabo la conducta esterilizadora, pues de lo contrario incurrirá en un delito de lesiones del art. 149³⁰.

3. Personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento

Se trata del sujeto pasivo que sufre la acción esterilizadora. Debe tratarse de una persona que adquiere la condición de «incapaz» en virtud de una sentencia judicial firme³¹ que declare dicha incapacidad. Lo anterior se ve reforzado por el propio contenido de la Disposición Adicional 1ª de la LO 1/2015 que atribuye la legitimación para solicitar la autorización al representante legal del incapaz lo que conduce a la idea de que este solo existirá si hay una previa resolución judicial que declare la incapacidad de una persona y en la que además se nombren representantes legales del mismo.

Este aspecto ha permitido superar la imprecisión y falta de claridad del antiguo art. 428. 2 del CP del año 1989³² que hacía referencia a la «persona incapaz», de manera que la única persona que podrá ser esterilizada bajo los términos establecidos en la Disposición mencionada, es aquella que adquiere la condición de incapaz en virtud de una sentencia firme declarativa de la incapacidad. Esta condición adquirida por resolución judicial se ve reforzada por lo dispuesto en el art.199 del CC que señala que solo mediante sentencia judicial y por las causas establecidas en la ley, se podrá declarar a una persona como incapaz.

A pesar de ello, hay un sector doctrinal que considera que en el término «incapaz», se incluye también a los incapaces de hecho apoyando su criterio en el genérico art. 25 del CP³³. No obstante, este criterio contradice el propio fundamento que contiene el art. 156. 2 al señalar como he dicho, que la autorización de esterilización será solicitada por el representante legal, condición esta que solo podrá ser adquirida en un procedimiento de incapacitación, mientras que el incapaz de hecho no tiene un representante legal³⁴.

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 176.

³¹ Art. 199 CC. «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley». Las causas son las del art. 200 del CC: enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

³² Art. 428. 2 CP. 1989 «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla 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».

³³ Art. 25 CP «se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar...».

³⁴ ROMEO CASABONA, «Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética», págs. 246-248.

Anteriormente, en la regulación del CP de 1995, empleaba el término de persona con grave deficiencia psíquica. Por lo que la explicación dada a ese concepto jurídico indeterminado puede ser usada para el esclarecimiento del concepto «persona que de forma permanente no pueda prestar en modo alguno su consentimiento». Ante dicha indeterminación³⁵ es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para esclarecer qué hay que entender por grave deficiencia psíquica. ROMEO CASABONA señala que se alude a una deficiencia de tal entidad que impide otorgar un consentimiento válido dada la falta de capacidad natural de juicio y de madurez³⁶.

Por su parte, SEAONE RODRÍGUEZ sostiene que la gravedad no vendrá por la clasificación en función de la deficiencia mental, sino mediante su puesta en conexión con una serie de circunstancias directamente relacionadas con la esterilización de la persona incapacitada. En concreto se trata de la comprensión del significado y la conducta adoptada en materia sexual y de reproducción; la comprensión del significado, contenido y alcance de la maternidad o paternidad, así como la capacidad de asunción de esta y los aspectos referidos a la conducta esterilizadora: significado y finalidad de la intervención, consecuencias y posibles riesgos³⁷. Precisamente, el TC en la conocida sentencia 215/1994 de 14 de julio³⁸ establece que la deficiencia psíquica ha de tener una gravedad que no permita comprender los aspectos básicos de la sexualidad y de la medida de esterilización cuya autorización se solicita.

Por último, como señala SEOANE RODRÍGUEZ, en todo caso ha de tratarse de una deficiencia psíquica con carácter permanente e irreversible, pues en caso de no serlo la esterilización constituiría una vulneración de los derechos de la persona esterilizada³⁹. Por su parte DÍEZ RIPOLLES sostiene que el carácter irreversible se convierte en necesario en el apartado segundo del art.156 pues de lo contrario la esterilización no sería el remedio adecuado y menos perjudicial para solucionar la situación de necesidad⁴⁰.

³⁵ A pesar de ser un concepto indeterminado, no deja de ser un concepto jurídico así lo señala la STC 261/1998, de 24 de noviembre, FJ 4 «... es básicamente un concepto jurídico, en el sentido de que la integración acabada de su contenido es tarea que, finalmente, compete al Juez, el cual habrá de verificar si la deficiencia acreditada médicamente es suficiente para justificar la adopción de una medida tan radical como la contemplada».

³⁶ ROMEO CASABONA, «Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genérica», pág. 247.

³⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág. 317.

³⁸ STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 2 «La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia «grave y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del «incapaz».

³⁹ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado, pp. 312-318.

⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág.169.

4. Siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos

El conflicto se produce entre los siguientes bienes jurídicos: por un lado, el derecho al ejercicio de su sexualidad en condiciones de igualdad que el resto de los individuos y no vulnerar su libertad, intimidad e integridad moral. Por otro lado, el derecho fundamental a la integridad física que se ve afectada por la intervención de la esterilización⁴¹. Sin embargo, hay quienes consideran⁴², que el conflicto de intereses realmente se produce entre los derechos del incapaz y los derechos de sus familiares que, en todo caso, se resuelve a favor de estos últimos. Por su parte, LÓPEZ GABALDÓN y MENDIZÁBAL, sostienen que los derechos de la sexualidad no constituyen un derecho fundamental como el de la integridad física y que en todo caso encubren otros intereses familiares en contra del propio incapaz⁴³.

Siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁴, la necesidad de acudir a las medidas de la esterilización se ven justificadas por el hecho de que no existen otros medios menos lesivos para conseguir el resultado en condiciones similares, puesto que acudir a otras medidas anticonceptivas conlleva someter al individuo a continuos controles causando una vulneración de su derecho a la intimidad y la libertad, alejándose así de la consecución del derecho a la sexualidad en condiciones de igualdad con el resto de personas. Además, la elección de los primeros derechos en contra de los segundos es sometida a la verificación de los requisitos aquí analizados por lo que la decisión de someter a los incapaces a la esterilización no queda a la libertad de decisión de las personas que se encargan de su cuidado.

5. Deberá ser autorizada por un juez

La autorización de la esterilización solicitada por el representante legal del incapaz opera como condición de no punibilidad pues su ausencia precisamente determinaría la apreciación de un delito de lesiones con resultado de esterilidad (art. 149 CP). Hay que señalar que el Juez no adoptará su decisión con base únicamente en el cumplimiento de los requisitos formales, sino que ha de valorar el contenido material de los mismos tal y como señala la STC 215/1994 de 14 de julio. Así en la autorización quedará constancia de la verificación de los presupuestos aquí analizados, la situación de necesidad por la presencia de conflicto de

⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 165.

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág.165 (cita indirecta referente a BACIGALUPO).

⁴³ Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la Sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 215/94.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 166.

intereses, todo ello en aras de la persecución del mayor interés del incapaz tras haber constatado que carece de la capacidad de comprender la trascendencia de las consecuencias de las relaciones sexuales así como la esterilización.

Por lo tanto, la autorización del juez está sometida al cumplimiento de unos requisitos preestablecidos en la ley y que además deberán valorarse las características particulares de cada caso, de manera que si el juez se aleja de esos requisitos y toma sus decisiones alejada del interés del menor, podrá incurrir en un delito de prevaricación del art. 446 apartado tercero del CP o el art. 447 del CP, al igual que los especialistas que participen en un delito de falso testimonio del art. 459 y 460 del CP⁴⁵.

6. A fin de salvaguardar el mayor interés del afectado

Se trata de una novedad introducida en el apartado 2º del art.156 del CP del año 1995 respecto al antiguo art. 428. 2 de1989 (reforma del CP de 1973), que pueda aplicarse en la posterior regulación. Se trata de que la medida ha de ser adoptada tomando como base el beneficio único de la persona sobre la que se realizará la conducta esterilizadora. Sin embargo, nuevamente nos encontramos ante un concepto indeterminado por lo que hay que acudir a la doctrina y jurisprudencia para esclarecer esta cuestión.

En primer lugar, conviene señalar una cuestión importante, el origen del interés de la persona «incapaz» viene determinado por la idea de que las personas incapaces carecen de la aptitud para otorgar consentimiento entendida como capacidad de autodeterminación libre y responsable. De manera que se ve necesario suplir esa carencia por la actuación de los representantes legales completando estos su incapacidad. Pero estas personas no deben tomar las decisiones de forma libre, sino guiados precisamente por el principio del mayor interés del incapaz para que podamos encontrarnos ante una conducta lícita de esterilización.

La consecución del interés será efectuada por el juez tomando como base el dictamen de los especialistas, la audiencia del Ministerio Fiscal o la exploración judicial del incapaz.

7. En el procedimiento de modificación de la capacidad

Es una condición bastante criticable porque la esterilización ha de ser promovida por el representante legal del incapaz (artículos: 202, 203, 205 CC), es decir, ha de tratarse de una persona que ya ha adquirido de forma previa dicha condición para poder instar la solicitud, sin embargo, si la solicita en el mismo procedimiento de incapacitación nos podemos encontrar

⁴⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág.175.

ante supuestos en los que aun no ostentando dicha condición se está solicitando la autorización lo cual contradice el tenor literal de las condiciones del art. 156. 2 del CP.

Se trata de una «conditio sine qua non» para poder obtener la autorización y que la conducta sea no punible, de forma que es imposible promover dicha solicitud con anterioridad a la sentencia de incapacitación en la que precisamente se determina quién ostentara dicha condición y por tanto quién resulta legitimado para incoar el procedimiento de la solicitud de la autorización. Además, no puede haber tampoco solicitud en ese mismo procedimiento de incapacitación porque aún no se ha determinado la condición de «persona incapacitada», es decir, aún no tenemos al sujeto pasivo que el art. 156. 2 exige que sea «persona incapacitada».

Si bien, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, nos encontramos frente a una cuestión de economía procesal, ya que con la misma se pretende evitar un doble procedimiento (primero el de declaración de incapacitación más un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria), resolviendo que en el mismo procedimiento de incapacitación se pueda solicitar de forma simultánea la autorización, tras haber sido nombrado representante legal del incapaz⁴⁶.

8. En un procedimiento contradictorio posterior

Es un procedimiento tramitado con posterioridad al procedimiento para la declaración de la incapacitación. Este segundo cauce, supera las controversias que muestra el anterior, pues ya se cuenta con una posible sentencia en la que queda determinado quién es la persona que ejercerá como representante legal (legitimación activa) y si la persona frente a la que se pretende declarar la incapacitación finalmente es considerada como tal (legitimación pasiva). Este procedimiento vendría a superar los obstáculos que ofrecía el «expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad al mismo» que recogía el CP de 1995 en la que para poder impugnar la petición en caso de considerarla perjudicial para el incapaz sería necesario suspender el procedimiento y su conversión en un procedimiento contencioso de menor cuantía, por lo que era contrario al principio de economía procesal⁴⁷.

9. A instancias del representante legal

Es conveniente señalar en este punto la diferencia que hay entre la capacidad de obrar y la capacidad jurídica. Así una persona incapacitada judicialmente tiene capacidad jurídica desde su nacimiento hasta su muerte, lo que determina que estas personas también pueden ser titulares de derechos y obligaciones. Si bien para ejercitar esos derechos y obligaciones se

⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», págs. 170-171.

⁴⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», págs. 504-505.

requiere de la capacidad de obrar que la tienen las personas mayores de edad, salvo aquellas que son privadas de ella de forma parcial o total mediante la incapacitación ya que la capacidad de obrar requiere voluntad y conciencia.

Así la declaración de la incapacitación y el nombramiento de un representante legal cumple la función en nuestro ordenamiento de suplir esa falta de capacidad de obrar y que las personas que lo padecen no queden desprotegidas. Pero hay que señalar que la representación no conlleva la disponibilidad de los bienes y derechos de la persona incapacitada que no los pierde, sino tan solo se les facilita su ejercicio⁴⁸. Dicha representación podrá ser ejercitada a través de la figura de la patria potestad⁴⁹ (autoridad familiar en el CFDA), la tutela⁵⁰ o la curatela⁵¹.

En definitiva, el único con legitimación activa para solicitar la autorización de la esterilización es la persona que ejerza la representación legal siempre en interés del incapaz.

10. Oído el dictamen de dos especialistas

El dictamen es un elemento de suma importancia, pues en el mismo se constata la existencia de la «grave deficiencia psíquica» así como su carácter irreversible y permanente. En el se determina la presencia o no de la capacidad de comprensión del significado de la sexualidad y lo que conlleva la paternidad o maternidad y su capacidad de asumir las obligaciones que conlleva y, la proporcionalidad de la medida, así como la imposibilidad de adoptar otras menos gravosas, etc.⁵²

Estos dictámenes no solo pueden ser realizados por profesionales sanitarios, en ellos también pueden participar pedagogos o trabajadores sociales pues en la toma de esta decisión confluyen diversos aspectos.

⁴⁸ SEOANE RODRÍGUEZ, J.M., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», págs. 510-511.

⁴⁹ Art.162.1 CC «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados»; Art. 171 CC «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad».

⁵⁰ Art.241 CC «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes»; Art.242 CC «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados».

⁵¹ Art.287 CC «Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloque bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento».

⁵² SEOANE RODRÍGUEZ, J.M., «La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado», pág.512; DíEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág.172.

Finalmente, en cuanto al término «óido», otorga a estos dictámenes el carácter de no vinculantes.

11. Óido el Ministerio Fiscal

Es fundamental señalar el siguiente aspecto: el Ministerio fiscal tiene legitimación para instar los procedimientos de declaración de la incapacidad en virtud de lo establecido en el art.749 LEC siendo preceptiva en todos los casos su intervención y siempre en interés de la persona afectada por el procedimiento^{53 54}. Sin embargo, el Ministerio Fiscal⁵⁵ no ostenta la legitimación para solicitar la autorización de la esterilización ya que estaba atribuida únicamente a los representantes legales de acuerdo con lo dispuesto en el art.156.2 CP y la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP⁵⁶.

Si bien su participación es imprescindible en los procesos de autorización de la esterilización como señala tanto la LEC como el CP, ya que su dictamen se elabora siempre bajo el mayor interés del incapaz en respeto de los derechos de los incapaces y garantizarlos en igualdad de condiciones que el resto de las personas⁵⁷. La persecución del único interés del incapaz se ve reforzada por la idea de que el Ministerio Fiscal actúa con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados⁵⁸. Si bien su actuación tampoco es vinculante.

⁵³ Art. 749 LEC «1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de estos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

⁵⁴ Art. 757 LEC «1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado».

⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 172.

⁵⁶ Antes de la reforma operada por la LO 2/2020, en el art. 156.II y la DA 1ª establecían que la solicitud de la esterilización correspondía únicamente al representante legal.

⁵⁷ Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. Referencia: FIS-Q-1991-00001. Referente al antiguo art.428 del CP, pero igualmente aplicable a la cuestión tratada.

⁵⁸ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Art. 7.

12. Previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento

Se trata de un elemento que permite al juez adoptar la decisión no solo con base en los informes realizados por los especialistas y el Ministerio fiscal, sino también a través del contacto directo del juez con la persona afectada. Este trámite permite al juez cerciorarse de la capacidad de comprensión o falta de esta sobre todos los aspectos que implica la esterilización⁵⁹.

VI. LA ESTERILIZACIÓN DE MENORES

Este apartado pretende reflejar la falta de esclarecimiento que existía en el CP en torno a la esterilización de menores. Como he señalado, el art.156 del CP hace uso del término «persona incapacitada» y el art. 201 del CC señala que cuando concurra una causa de incapacitación con previsión razonable de su persistencia llegada la mayoría de edad, el menor de edad será incapacitado. Por lo que podemos entender que ese art. 156 incluía también al menor de edad incapacitado con base en el art. 201 del CC. Si bien la jurisprudencia y la doctrina no se han mostrado partidarios de la misma postura.

Por un lado, algunos autores sostienen que un menor incapacitado que adolezca de una grave deficiencia irreversible le será de aplicación el antiguo art. 156. 2 del CP ya que el carácter irreversible hace innecesario esperar a la mayoría de edad para adoptar dicha medida⁶⁰. En esta línea ARROYO ZAPATERO⁶¹ (aunque este profesor examina el antiguo art. 428 del CP, podemos apoyarnos en su análisis) considera que esta cuestión tiene dos soluciones diferentes que precisamente vienen a ser determinadas por la existencia o no de una incapacidad en el menor. Como señala el propio art. 156 del CP no exime de responsabilidad el consentimiento emitido por un menor de edad, pero en todo caso, se refiere al menor de edad que no estando incapacitado, se encuentra en una edad en la que carece de la madurez suficiente por lo que solo será válido el consentimiento que otorgue a su mayoría de edad cuando alcance la plena madurez y conciencia del peso que tiene el acto que vincula toda su existencia.

El anterior supuesto nada tiene que ver con el menor incapacitado cuya condición es irreversible frente a la minoría de edad que es un estado temporal. En este caso, la autorización

⁵⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 174.

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos de lesiones», pág. 169.

⁶¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», págs. 19-20.

judicial supone un acto que beneficia al menor incapacitado que podrá desarrollar su sexualidad y no verse limitado por el posible riesgo de embarazo que pudiera existir. Además, dicha idea se ve reforzada por lo dispuesto en el art.156. 2 del CP que de su interpretación nada impide la inclusión del menor incapacitado.

Por otro lado, el TC en la reiterada Sentencia 215/1994, de 14 de julio⁶² sostiene, sin embargo, que únicamente será lícita la sustitución del consentimiento de los deficientes psíquicos mayores de edad.

VII. REGULACIÓN PROPUESTA POR LA LO 2/2020

El 16 de diciembre se aprueba la LO 2/2020, de modificación del CP para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. La reforma suprime el apartado segundo del art. 156 del CP y deroga la Disposición Adicional Primera del mismo. También deja sin efectos los procedimientos de solicitud de la autorización de la esterilización que estuvieran en trámite, pero todavía no ejecutados, restableciendo las personas incapacitadas su plena libertad de decisión en esta materia⁶³.

También se prevé la elaboración de un proyecto de ley de modificación 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, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con el objetivo de reforzar que las personas con discapacidad, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre e informada. Con dicho proyecto se pretende reforzar la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad.

Esta reforma viene a dar cumplimiento al art. 23 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (La Ley 14088/2006), ratificada por España y en vigor desde 2008, por lo que se señala a los estados firmantes la adopción de medidas pertinentes para poner fin a la discriminación de las personas con discapacidad para que estén en situación de igualdad en relación con el resto de las personas en lo relativo a la familia, matrimonio, paternidad y

⁶² Sentencia del TC 215/1994 de 14 de julio, FJ 3º.

⁶³ PREÁMBULO, L.O.2/2020, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, de 16 de diciembre de 2020.

relaciones personales. Así también los estados deben garantizar su derecho a contraer matrimonio y componer una familia siempre mediando su consentimiento libre y fundado. Además, se deberá garantizar la información necesaria para educar en materia de reproducción y planificación familiar, así como los medios que les permitan ejercitar estos derechos. Por último, dicho artículo dispone que hay que garantizar en condiciones de igualdad con los demás, la fertilidad de los niños y las niñas.

Si bien, surge la duda de si la erradicación total de la esterilización de personas incapacitadas es necesaria como tal.

PANTALEÓN DÍAZ⁶⁴ sostiene la idea de que no era necesario eliminar de forma radical la esterilización de personas incapacitadas. Como señala la propia STC 215/1994, de 14 de julio, no todas las personas incapacitadas tienen el mismo grado de incapacidad y además el propio art. 156. 2 del CP exigía como requisito una forma permanente de no poder dar su consentimiento. De manera que lo correcto, tal vez, hubiera sido un sistema de apoyos y garantías que permitiera a las personas incapacitadas con deseo de someterse a la esterilización, pero limitadas por su discapacidad para otorgar un consentimiento válido por sí mismas, someterse a dicha práctica y exclusivamente en su mayor interés y beneficio⁶⁵.

Por otro lado, sostiene que queda el supuesto de las personas incapacitadas con una deficiencia tan grave que les impide tanto oponerse a la intervención como consentirla, pero que sexualmente sean personas muy activas y fértiles. Prohibir de forma tan radical la esterilización impide garantizar los derechos que contiene el art. 23 del CDPD pues no ofrece los medios adecuados para que estas personas puedan ejercitar sus derechos sexuales.

Para acercarnos más a esta problemática, que no ha sido resuelta por la nueva regulación que ofrece la LO 2/2020, es conveniente señalar de forma breve los argumentos a favor y en contra de la esterilización de personas incapaces.

1. Argumentos a favor de la esterilización de personas incapacitadas

En este apartado, se recoge los motivos que justificaban la legalidad de la esterilización de personas incapacitadas en el CP con anterioridad a la reforma operada por la LO 2/2020. Para ello, es conveniente acudir a los fundamentos jurídicos que apoyaban estas prácticas de la

⁶⁴PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», pág. 5.

⁶⁵PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», pág. 5.

STC 215/1994 de 14 de julio que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 1415/1992 promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona en relación con el art. 428.2 de la reforma de 1989 sobre el CP de 1973 anteriormente mencionado (que podemos igualmente aplicar para la reforma del art. 156. 2 del CP operada por la LO 1/2015).

Esta sentencia resuelve la contradicción que a juicio del Tribunal de Primera Instancia de Barcelona se producía entre el contenido del art. 428. 2 y el art. 15 de la CE relativo a la integridad física y moral. El fallo del Tribunal Constitucional declaraba que el apartado segundo del art. 428 es constitucional con base en los siguientes fundamentos jurídicos⁶⁶:

El tribunal parte de la idea de que la esterilización afecta al derecho de la integridad física ya que supone una intervención corporal por la que se elimina la capacidad para la procreación. Pero hay que puntualizar que el derecho a la integridad física del art.15 CE no sólo protege la inviolabilidad de las personas sino también frente a las lesiones corporales que se produzcan sin su consentimiento. Dado que estas personas presentan una grave deficiencia psíquica que les impide otorgar su consentimiento, este se ha suplido por una autorización judicial. Dicha autorización favorece que estas personas puedan recibir los tratamientos médicos necesarios e incluso indispensables para su vida y su salud y que, en muchas ocasiones, la esterilización va conducida al logro de esos fines. La no sustitución del consentimiento por la autorización judicial llevaría a rechazar cualquier tratamiento médico y por tanto posibles consecuencias graves para su vida y su salud.

La justificación de estas prácticas viene determinada por el hecho de que las solicitudes de su autorización están condicionadas al cumplimiento de unos requisitos y garantías, que tiene como objetivo acabar con la constante vigilancia a las que pudieran verse sometidas las personas incapacitadas vulnerando así su dignidad (art. 10.1 CE) e integridad moral (art. 15.1). Además, permite que estas personas puedan desarrollar su sexualidad sin verse en el riesgo de una reproducción cuyas obligaciones derivadas de la paternidad no puedan asumir, en especial en el sexo femenino quedaría todavía más justificada dado que trata de evitar las consecuencias físicas que producen los embarazos. Como señala AMOR PAN el deseo de tener un hijo es bueno, sin embargo, ese niño no solo tiene el derecho a nacer en un entorno familiar basado en el amor sino también a no ser expuesto a unas condiciones de vida insuficientes que pongan en peligro su integridad tanto física como psicológica⁶⁷.

⁶⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., «Alcance y significado de la constitucionalidad de la esterilización de incapaces. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio».

⁶⁷ AMOR PAN, «Las personas con deficiencia mental, ¿tienen derecho a tener hijos?» Afectividad y sexualidad en la persona con deficiencia mental, págs. 159-189.

Considera además que esta medida resulta proporcional ya que es el medio más seguro para alcanzar el resultado que se pretende, de manera que los fines legítimos que se persiguen son los que precisamente otorgan la proporcionalidad a esta medida. En todo caso, sería desproporcionada si atentara contra la vida del incapacitado, pero dicha posibilidad queda resuelta precisamente con el dictamen de los especialistas donde se determina si existe el posible riesgo contra su vida.

Otro de los aspectos de importancia es que la esterilización trata de evitar precisamente otros métodos más gravosos y sobre todo para las mujeres como sería el caso del aborto que resulta una medida más traumática y en especial para estas personas que carecen de la capacidad de comprensión.

Por último, el TC hace una puntualización muy importante: hay que tener en cuenta que hay deficiencias psíquicas de diferentes niveles por lo que hay que tratar cada caso de manera separada atendiendo a sus particulares características teniendo presente que la esterilización hay que considerarla como ultima ratio ya que su práctica supone un daño a la integridad física.

2. Argumentos en contra de la esterilización

En nuestra CE a pesar de que no se contempla de forma directa los derechos reproductivos, podemos extraer determinados preceptos que los amparan. En concreto se encuentran en estrecha vinculación con el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), el derecho a la intimidad personal (art. 18 CE) y en especial la libertad personal (art. 1. 1 CE) entendida como autonomía en la toma de decisiones relativas a estos derechos.

No obstante, frente a esa falta de regulación, en el 2010 se aprobó la LO 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que protege los derechos a la salud sexual y reproductiva y en especial el derecho a la maternidad libremente decidida. Asimismo, en su art. 2 apartado c) recoge una definición de salud sexual similar a la que la OMS realizó en el año 1946, señalando que ésta consiste en el bienestar físico, psicológico y sociocultural en lo relativo a la capacidad reproductiva que garantiza una vida sexual segura, así como la libertad de tener hijos y de tomar la decisión de cuándo tenerlos⁶⁸.

La OMS configura la sexualidad como un valor que no solo debe ser contemplado como una función biológica ya que abarca aspectos de la vida de las personas tales como la

⁶⁸ MANJÓN RODRÍGUEZ, J.B., «Reflexiones biojurídicas sobre la esterilización de personas con deficiencias psíquicas», pág. 132.

orientación sexual, el placer, la intimidad, etc. Por ello se ha considerado que negar la sexualidad de las personas incapacitadas atenta contra su dignidad, igualdad y autonomía y ha generado una fuerte polémica no solo dentro del ámbito jurídico, sino también en el ámbito de la bioética, medicina, y por supuesto en la sociedad generalizada. Por su parte el TRLGPD⁶⁹ reconoce en su art. 7 la igualdad de derechos de las personas incapacitadas en relación con los demás ciudadanos de su país y su edad.

Si bien el argumento principal y más destacado ha sido considerar la esterilización forzada como una auténtica práctica que atenta de forma directa contra la dignidad y la integridad física y moral de estas personas, reconocidas como derechos fundamentales en los artículos 10 y 15 CE. PEDRAJAS ORTIZ⁷⁰ considera que un embarazo no deseado ofende la dignidad de la persona incapacitada, pero ello no justifica ni otorga legitimación para llevar a cabo una actuación como la esterilización igualmente dañina para su dignidad. Otros autores sostienen que la esterilización forzosa da lugar al aumento de la vulnerabilidad del incapacitado ante posibles abusos sexuales pues dada su insuficiente capacidad, en ocasiones el embarazo es el único signo que muestra la producción de dichos delitos de abusos sexuales.

Por otro lado, ROMANACH CABRERO, señala que «es fácil sospechar que detrás de lo políticamente correcto, que es el «mayor interés» de la persona con diversidad funcional psíquica, se esconden otros motivos, entre los cuales no se puede obviar la existencia de la mentalidad discriminatoria de la sociedad»⁷¹.

El propio TEDH señala que «...la esterilización constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona. Como se trata de una de las funciones esenciales del cuerpo de los seres humanos, influye en múltiples aspectos de la integridad personal del individuo, incluyendo su bienestar físico y mental y la vida familiar emocional y espiritual». Continúa, «...la situación es diferente en el caso de imposición de dicho tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente capaz. Dicho procedimiento debe ser interpretado como incompatible con los requisitos de respeto a la libertad y la dignidad humana, que es uno de los principios fundamentales en que se basa el Convenio ...»

⁶⁹ Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Legal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

⁷⁰ PEDRAJAS ORTIZ, A., «La esterilización del disminuido psíquico», pág. 1.

⁷¹ ROMANACH CABRERO. J. «La esterilización en España, ¿discriminación?», pág. 5.

En la misma línea CHIMENO CANO⁷² considera que la esterilización de persona incapacitada judicialmente constituye una medida objetivamente vejatoria y desproporcionada, por lo que no estaría dirigida en su beneficio pues en todo caso pretende favorecer a las personas que se encargan de su cuidado ante posibles riesgos de embarazo. Para evidenciar la existencia de casos en los que se ha perseguido otro interés distinto al beneficio del incapacitado judicialmente, acudimos a la jurisprudencia:

Sentencia de la A.P de «Les Illes Balears», 30 de marzo de 1999, sección 5ª:

Se trata de una madre de 80 años que tras la denegación de la autorización judicial para esterilización de su hija por el Juzgado de Primera Instancia por considerar que con base en el informe del Médico Forense, tan solo posee una deficiencia leve, esta decide interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que resuelve autorizando tan solo por la edad de la madre, ante el riesgo de quedar embarazada porque acude a un centro, todo ello a pesar de que la incapacitada no se mostró conforme con la decisión. Este caso evidencia que no siempre se ha tomado en consideración para la autorización judicial, el mayor interés y beneficio del incapacitado y tampoco se está teniendo en cuenta el criterio de la gravedad de la deficiencia psíquica, desvalorizando su voluntad lo que resulta totalmente desproporcionada y en este supuesto sí plantea una vulneración de derechos fundamentales.

Auto de la A.P de Zaragoza (sección 2ª), 9 de abril de 2001:

En la línea de la anterior sentencia, también se trata de un recurso de apelación que resuelve a favor de autorizar la esterilización a una incapacitada judicialmente a pesar de no presentar grave deficiencia psíquica, no se cuenta tampoco con su negativa y aun encima, a diferencia de la anterior, esta incapacitada tenía poca posibilidad de quedar embarazada por el ambiente en que se desenvuelve su vida. Ello es contrario al carácter excepcional de la esterilización que regulaba el art.156.2 CP, y en este supuesto no es necesaria pues no existe un peligro cuyo peso haga necesario someter a la incapacitada a esta medida ante la escasa probabilidad de quedar embarazada.

Dicha polémica junto a la creciente integración de las personas incapacitadas en la sociedad genera la necesidad de garantizarles en condiciones de igualdad los derechos que toda

⁷² MANJÓN RODRIGUEZ, J.B., «Reflexiones biojurídicas sobre la esterilización de personas con deficiencias psíquicas», pág. 138 (se cita a esta autora porque no se ha podido acceder a la cita directa).

persona tiene. Por ello CERMI⁷³ realizó una reclamación al Ministerio de Justicia solicitando la eliminación de la esterilización forzosa de personas incapacitadas judicialmente.

3. Poner fin a la esterilización de mujeres y niñas con discapacidad

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo, las personas incapacitadas que más se han visto sometidas a las esterilizaciones han sido mujeres y niñas generalmente las que padecen discapacidad intelectual y psicosocial, esta situación ha sido constatada a través de los datos que ha recogido CERMI, que considera que se trata de prácticas que vulneran los derechos fundamentales de libertad, respeto, dignidad e integridad personal, suponiendo una doble discriminación por razón del sexo y la incapacidad que padece. Junto a ello, el Consejo General del Poder Judicial recoge datos que muestran que, en los últimos diez años, se han practicado en España más de un millar de esterilizaciones forzosas siendo la mayoría mujeres y niñas⁷⁴.

Con base en esos datos, que evidencian que nos encontramos ante una práctica que ha sido muy frecuente en nuestro país, es necesario contemplar un apartado diferenciado para tratar esta cuestión.

3.1. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Los estados firmantes del CDPD⁷⁵ deben garantizar a las personas con discapacidad el derecho de reconocer su personalidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas⁷⁶. Por consiguiente, la Observación General Núm.1 del CDPD afirma que las mujeres con discapacidad presentan un alto número de esterilización forzosa atentando contra su derecho de tomar decisiones en lo relativo a su salud reproductiva, siendo sustituida la adopción de las decisiones que les afectan por sus representantes también en mayor frecuencia que los hombres. Por ello se ve necesario reconocer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en especial a las mujeres con discapacidad⁷⁷.

La CDPD aboga por la sustitución de la tutela por sistemas de toma de decisiones con apoyos, y muchos de los estados miembros de la UE han incorporado estos sistemas para

⁷³Comité Español de Representantes de Personas con discapacidad: representa a las personas con discapacidad con el fin de lograr su inclusión plena en la sociedad en condiciones de igualdad.

⁷⁴Preámbulo LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

⁷⁵Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁶Art. 12 CDPD.

⁷⁷Art. 6 Observación General N°1, de 31 de marzo a 11 de abril de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

garantizar así la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Sin embargo, no se ha eliminado la sustitución de forma completa, pues siguen utilizándose sistemas parciales para la toma de decisiones o de tutela parcial.

3.2. Convenio del consejo de Europa sobre la violencia contra las mujeres y violencia doméstica y otras instituciones

Más conocido como Convenio de Estambul, ha sido firmado y ratificado entre otros estados miembros, por España desde el año 2014. Este Convenio es fundamental en cuanto considera un hecho delictivo la esterilización forzosa contra la mujer. Establece en su art.39 que:

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado; b) el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento».

Se insta a los estados firmantes del Convenio a prohibir la práctica de la esterilización forzosa y en todo caso, la decisión de someterse al mismo debe ser formalizada de forma voluntaria por la mujer o niña con la presencia de un tercero imparcial encargado de garantizar que la decisión se tomó de forma libre y sin imposición.

Por su parte el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sostiene el carácter delictivo de la esterilización forzosa de las niñas con discapacidad de manera que los estados parte de la Convención sobre los derechos del Niño deben prohibir la práctica de la esterilización salvo en los casos de riesgo grave para la salud o su vida⁷⁸.

Por último, para finalizar este apartado, algunos de los miembros de Plena Inclusión⁷⁹, organización que vela por el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad

⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación general núm. 13 (2011), artículo 19: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 17 de febrero de 2011

⁷⁹<https://www.plenainclusion.org/noticias/plena-inclusion-senala-la-abolicion-de-la-esterilizacion-forzosa-como-una-conquista-del-movimiento-de-las-personas-con-discapacidad/>

intelectual, han señalado que: la eliminación de la esterilización da como lugar la recuperación del derecho a la familia vulnerado durante muchos años; Inés de Araoz coordinadora del área jurídica de Plena Inclusión España señala que la Convención Internacional de derechos de las personas sostiene que la eliminación de la esterilización debe ser real ya que debe estar garantizada mediante recursos que permitan el desarrollo de la maternidad y paternidad de las personas con discapacidad. Por último, Carlos de la Cruz, sexólogo, defiende que hay que favorecer un desarrollo completo en que las personas con discapacidad tengan intimidad y puedan tener pareja.

VIII. OPINIÓN PERSONAL

El propósito del presente trabajo es el estudio de la regulación anterior a la reforma operada en el año 2020 con el objeto de construir unas conclusiones en torno a la eficacia o ineficacia de esta nueva regulación.

La esterilización de personas incapacitadas comenzó a practicarse a través de la demanda de la sociedad y en especial por las familias interesadas en someter a sus hijos a dichas prácticas con el objetivo de permitir que estos pudieran llevar a cabo una vida sexual lo más satisfactoria posible, evitando los problemas que puedan derivar de un posible embarazo del que no pueden hacerse cargo las personas con discapacidad.

En tanto que dichas prácticas suponen una lesión a la salud física y psíquica, el CP ofrecía una regulación rigurosa y estricta, tomando como principio rector el interés del incapaz. Además, la regulación de la LO 1/2015 fue declarada constitucional por el TC, máximo garante de los derechos y las libertades fundamentales, por lo que ello evidencia que la norma fue sometida a controles constitucionales rigurosos.

La anterior regulación venía por lo tanto a resolver el conflicto de intereses que nace en torno a este fenómeno y estableciendo en todo caso su carácter excepcional y voluntario, de manera que no se descartaba la posibilidad de someter al incapaz a otras prácticas anticonceptivas menos lesivas para su integridad física tomando siempre como base para la toma de la decisión las circunstancias físicas y psíquicas del incapaz y su entorno familiar y social. Ya que no toda persona incapacitada tiene el mismo grado de afección psíquica y por lo tanto la misma capacidad de entendimiento, por ello es necesario estudiar y analizar cada caso a la luz de dichas circunstancias para poder adoptar la mejor decisión relativa al incapacitado. Dicha circunstancia estaba contemplada en la anterior regulación que contaba con la consulta de dos especialistas que a través de sus informes dejaban constancia de la situación en la que

se encontraba el incapacitado e incluso se podía someter al individuo a un examen realizado por el juez, por lo que dicha regulación no dejaba márgenes a la discrecionalidad.

Sin embargo, la modificación operada con la LO 2/2020, de 16 de diciembre, resuelve el conflicto de intereses, pero no a favor de las personas incapaces, porque la decisión se resuelve dando predominio a la integridad física en detrimento del derecho de mantener relaciones sexuales incluso suponiendo una afección a sus relaciones sociales con otras personas para evitar esas relaciones sexuales. Por lo tanto, de alguna manera se produce exactamente lo que venía señalando el TC en la Sentencia 215/1994 de 14 de julio, por la cual se entendía que la esterilización constituía una medida no sólo para garantizar el derecho a la sexualidad de las personas incapaces, sino también para que estas no se vean sometidas a continuos controles por parte de las personas que se encargan de su cuidado y que estos pudieran desarrollar su sexualidad respetando su total intimidad, privacidad y libertad. De manera que, como la nueva regulación no ofrece garantías para que estas personas puedan desarrollar su sexualidad, estas se verán sometidas a rigurosos controles para evitar posibles embarazos o incluso privadas de mantener relaciones sexuales ante el miedo y la incertidumbre en la que se pueden situar los familiares de la persona afectada.

Desde mi punto de vista, uno de los factores determinantes en la resolución de esta cuestión es la situación en la que se encuentran estas personas. No podemos comparar a una persona incapacitada con una persona que no lo está, por ello es necesario normalizar y aceptar que en el mundo existen personas dotadas de diferentes cualidades y que por lo tanto requieren de diferentes condiciones para poder ejercitar sus derechos. El derecho a la sexualidad es un derecho que debe ser experimentado por todas las personas, pero ante la dificultad en la que se encuentran estas personas para asumir la responsabilidad parental, desde el derecho se reguló una alternativa que favorecía el ejercicio de las relaciones sexuales que sí pueden experimentar en detrimento de otros derechos (formar una familia, ser padres y desarrollar por lo tanto las funciones que conlleva) que no pueden desarrollar de ninguna manera porque carecen de la capacidad para comprenderlas.

Además, es criticable la regulación ahora vigente, pues no se ha visto acompañada de los medios e instrumentos para facilitar a los incapaces poder desarrollar sus prácticas sexuales. Una verdadera preocupación por estas personas vendría acompañada de medidas de protección que garanticen que estos puedan ejercer los derechos que supuestamente se pretende conseguir. Sin embargo, observando la práctica y el entorno social, el Estado no desarrolla las políticas sociales necesarias para favorecer a estas personas, por lo que los familiares se ven solos y sin ningún tipo de ayuda social en la toma de decisiones en las cuestiones que afectan al incapaz.

En relación con lo anterior, resulta llamativa la denuncia generalizada que se hace por Asociaciones tales como CERMI, entre otras, basada en que la decisión de la esterilización de los tribunales se hace en favor de los familiares y no del incapaz. Es cuestionable dicha crítica porque precisamente dichas medidas no solo deben ser establecidas tomando como base el interés del menor sino también su entorno social y familiar, porque muchas veces los incapaces se encuentran a cargo de unos padres de avanzada edad e incluso sin recursos económicos suficientes para hacer frente al cuidado de ese individuo. Por lo que un posible embarazo de la persona incapaz supondría unos mayores esfuerzos físicos, económicos y personales que no favorecen a esos familiares ante la ausencia de medidas sociales facilitadas por el Estado, de las que he hablado anteriormente.

Resulta muy cuestionable la nueva regulación dada por la LO 2/2020, pues a mi juicio lo único que hace es adaptar nuestro ordenamiento a lo establecido en la normativa internacional dando cumplimiento al principio de jerarquía normativa, pero no resuelve de forma correcta el conflicto de intereses, por lo que volvemos a encontrarnos ante un vacío legal para el cual es necesario no solamente ese cambio jurídico sino también la regulación de mecanismos y alternativas igual de eficaces que la esterilización que permitan hacer efectivo sus derechos a la sexualidad sin causar un perjuicio a sus derechos de la intimidad y libertad.

En definitiva, las personas con discapacidad son personas que tienen los mismos derechos sexuales que el resto de la población y por lo tanto mismos derechos para involucrarse en relaciones emocionales y sexuales, porque desde el punto de vista biológico, la sexualidad, tiene el mismo proceso en cualquier persona. La diferencia estriba en las condiciones desiguales para ejercitar dichos derechos, por lo que resulta necesario impulsar estrategias y métodos que faciliten el acceso a dichos derechos, dando así una respuesta efectiva a las limitaciones del desarrollo intelectual o físico que padecen estas personas.

Pero la base fundamental es concienciar a los sistemas sociales primarios y ofrecer la información y educación necesaria a las familias sobre la importancia del derecho de la sexualidad y que la incapacidad de cualquier tipo que pueda sufrir una persona no determina por sí sola la imposibilidad para desarrollar dicha sexualidad. Sin embargo, ese proceso debe ser acompañado por la ayuda y apoyo de profesionales en la materia y los medios que debe disponer el Estado para presentar las diferentes alternativas de solución para atender las limitaciones que puedan presentar estas personas.

Finalmente resulta conveniente, incluir algunas de las opiniones⁸⁰ de padres que están a favor de la esterilización de sus hijos, lo que evidencia que tal vez no se haya escuchado lo suficiente sus posturas en la toma de decisión de este cambio normativo operado en el CP: «¡Por Dios! Ella no está preparada para ser madre. No puede ni cuidarse a sí misma». Se trata de unos padres que ven favorable la esterilización de su hija que sufre un déficit cognitivo severo que le impide comunicarse y socializar con personas desconocidas. Sin embargo, es una persona muy enamoradiza que siempre ha tenido deseo sexual y sus padres, aunque le explican las precauciones que debe tomar, ellos continúan con su miedo que nunca desaparece. Ello evidencia además que no han contado con la ayuda de los profesionales y especialistas en el tema que puedan hacer llegar de forma más correcta dicha información.

Otro de los padres señala «no me considero egoísta ni fascista por pensar así. Creo que hay que tener hijos en estas circunstancias para opinar sobre esta sentencia», es otro de los puntos de importancia porque no es igual opinar desde fuera sobre la esterilización de personas con discapacidad que socialmente se ve como algo contrario a los derechos humanos, que opinar estando en la situación y contexto en el que viven dichas personas.

Sin embargo, hay otras personas que, a pesar de su discapacidad intelectual, han optado por tener hijos ya que su discapacidad no les ha impedido cuidar de ellos y entender lo que supone. Ahora bien, en torno a esto cabe plantearse precisamente la idea de que, si estas personas han decidido tener hijos y han demostrado su capacidad para cuidarlos, es porque realmente no se encuentran en una situación de peligro (al encontrarse totalmente impedidos para entender y comprender lo que implica ser padres) para la cual resulte necesaria acudir a la esterilización que como he señalado anteriormente tiene carácter excepcional y voluntario.

Finalmente hay que señalar que incluso miembros del TS⁸¹ señalan que «en una sociedad democrática, el control del juez y de la sociedad pueden permitir estas actuaciones». Sin embargo, recalcan ese carácter excepcional y que, indudablemente hace peligroso generalizar a todos los casos sin los debidos controles».

⁸⁰ MARTÍN DE LA CAL, L., «Quiero esterilizar a mi hija discapacitada», *El Mundo*, 5 de agosto de 2016 (disponible en: <https://www.elmundo.es/cronica/2016/08/05/579dc534468aeba8578b4578.html>). Última consulta: 10 de junio de 2021

⁸¹ «Juristas y familiares, a favor de facilitar la esterilización de deficientes», *El Mundo*, 23 de julio de 1994 (disponible en: https://elpais.com/diario/1994/07/23/sociedad/774914403_850215.html). Última consulta: 10 de junio de 2021.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

LIBROS

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los Delitos de lesiones, Colección los delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, BOSCH, Barcelona, 1984.

PELÁEZ NARVÁEZ, A., *Maternidad y discapacidad*, CINCA, España, 2009.

ROMEO CASABONA, C. M^a., SOLA RECHE, E., BOLDOBA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal, Parte General, introducción teoría jurídica del delito*, Comares, 2^o edición, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, C. M^a., *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado*, Dynkinson, Madrid, 1998.

REVISTAS

ARROYO ZAPATERO, L., *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XI, Universidad Santiago de Compostela, 1988.

MANJÓN RODRIGUEZ, J.B., *Reflexiones biojurídicas sobre la esterilización de personas con deficiencias psíquicas*, en *Revista Derecho y Salud*, 2014.

PANTALEÓN DÍAZ, M., *Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?*, en *Diario La Ley*, nº. 9773, Madrid, 19 de enero de 2021.

PEDRAJAS ORTIZ, A., *La esterilización del disminuido psíquico*, en *Revista Bioética y Ciencias de la Salud*, Vol 4, nº. 1

ROMAÑACH CABRERO. J., *La esterilización en España, ¿discriminación?*, en *Foro de vida independiente*, 2006.

LEGISLACIÓN

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Constitución Española de 1978

Código Penal Español decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado a promulgar en 9 de julio de 1822.

LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP.

Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP.

Proyecto de LO del CP, de 11 de septiembre de 1992.

Proyecto de LO del CP, de 26 de septiembre de 1994.

Proyecto de LO del CP, de 5 de julio de 1995.

LO 1/1995, de 23 de noviembre, del CP, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DA 1ª de la LO 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

Preámbulo LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Legal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Observación General N°1, de 31 de marzo a 11 de abril de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 261/1998, de 24 de noviembre

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 215/1994, de 14 de julio.

RECURSOS DE INTERNET

-El consentimiento en Derecho Penal

<https://ficip.es/wp-content/uploads/2019/03/Ruiz-Rodr%C3%ADguez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf> [Fecha de la consulta: 10/04/2021].

-REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].

<https://www.rae.es/> [Fecha de la consulta: 16/04/2021].

-Plena Inclusión

https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion._ley_que_prohibe_la_esterilizacion_forzada._lectura_facil_0.pdf [Fecha de la consulta: 23/04/2021].

-CERMI

<https://www.cermi.es/https://ficip.es/wp-content/uploads/2019/03/Ruiz-Rodr%C3%ADguez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf> [Fecha de la consulta: 26/04/2021].

-La sexualidad en la discapacidad intelectual

<https://www.redalyc.org/pdf/356/35626140020.pdf> [Fecha de la consulta: 1/06/2021].

-Estándares de las Naciones Unidas en Derechos y Salud Sexual y Reproductiva de las Mujeres y Niñas con Discapacidad.

<https://www.womenenabled.org/atk/Women%20Enabled%20International%20accountABILITY%20toolkit%20%20Estandares%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20en%20Derechos%20y%20Salud%20Sexual%20y%20Reproductiva%20de%20las%20Mujeres%20y%20Niñas%20con%20Discapacidad%20-%20ESPANOL%20-%20FINAL.pdf> [Fecha de la consulta: 1/06/2021].

*Las personas al igual que las aves son diferentes en su vuelo
pero iguales en su derecho a volar.*