

La esterilización en España ¿discriminación?¹

Javier Romañach Cabrero* - Foro de Vida Independiente
Septiembre 2006

1. Introducción

Son muchos los temas bioéticos que afectan o están relacionados con la vida de las personas con diversidad funcional (discapacidad). La visión de algunas de las personas que vivimos esta realidad, apoyadas en la filosofía de Vida independiente y en sus nuevos desarrollos teóricos, como el *modelo de la diversidad*, proporciona un nuevo enfoque al análisis bioético de estos temas en el que la diversidad funcional es una manera de vivir siendo diferente, una manera en la que lo que se sufre no es la diferencia, sino la discriminación permanente a la que nos vemos sometidos por el mero de hecho de ser distintos y funcionar de una manera que no es mayoritaria en la sociedad actual.

En esta línea, se viene trabajando en la erradicación de la terminología negativa que describe histórica y habitualmente a nuestro colectivo. Una vez erradicado de nuestro lenguaje el término "dis-capacidad" y sustituido por el de "diversidad funcional", parece un buen momento para afrontar la negatividad de las palabras "incapaz", "incapacitado", o "persona incapacitada". Por ello, y con todas las precauciones necesarias por, tratarse de un término legal, se propone la utilización del término "persona sujeta a tutela por su diversidad funcional", que el autor entiende como no negativa, además de recoger los conceptos asociados al término tradicional "persona incapacitada".

Partiendo de ese punto, en este artículo se analiza la esterilización "voluntaria" de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional y la discriminación que puede conllevar.

2. La esterilización en España

La esterilización consiste en cualquier intervención o procedimiento que ocasione la pérdida de la capacidad de reproducirse en la persona que lo sufre sin extirpación o ablación de sus órganos sexuales manteniendo incólume su capacidad para copular. La esterilización puede llevarse a cabo mediante procedimientos quirúrgicos, sustancias bioquímicas u hormonales, o radiaciones. Los métodos quirúrgicos, como la ligadura de trompas en la mujer y la vasectomía en el hombre, son los empleados con mayor frecuencia.

¹ Comunicación presentada en la XV Semana de Ética y Filosofía: «Tradición e Innovación en Ética y Filosofía Política», de la Asociación Española de Ética y Filosofía Política, y organizada por el Dpto de Filosofía y Filosofía Moral y Política de la UNED (Madrid, 27-30 marzo de 2007).

*Experto en Bioética bajo la óptica de la diversidad funcional. Fundador y Miembro del Foro de Vida Independiente.

La esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional (incapacitadas) está legalizada en España a partir de 1989, cuando se aprobó la *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*, en la que se añadió en el artículo 428 un inciso al Código Penal que establecía la facultad de esterilizar a una persona sujeta a tutela por su diversidad funcional, de modo no punible.

Esta medida fue corroborada como constitucional por la *Sentencia 215/1994, de 14 de julio del Tribunal Constitucional*.

La regulación de esta medida se hizo en 1995 en el nuevo Código Penal, cuyo artículo 156 contiene la normativa relativa a la esterilización de personas sujetas a tutela por su diversidad funcional, que introdujo el concepto de “mayor interés”, ausente en el artículo 428 del Código Penal anterior. Su entrada en vigor fue efectiva el 24 de mayo de 1996.

En el *Código Penal de 1995* podemos el artículo que permite este tipo de esterilización:

“Artículo 156.

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 incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

En este artículo se pueden distinguir dos partes, separadas en párrafos independientes: en el primero (156.I) se define un conjunto de lesiones que se pueden hacer con consentimiento de la persona, entre las que se incluye la esterilización; en el segundo (156.II) se establece la no penalización de la esterilización de personas con gran diversidad funcional psíquica. Para ello se exige que: sean personas sujetas a tutela por su diversidad funcional (estén legalmente “incapacitadas”), se haga bajo criterio de “mayor interés del incapaz”, lo solicite su tutor legal y el proceso se haga bajo la tutela de un juez, dos especialistas y con el dictamen del Ministerio Fiscal.

Al ser una persona sujeta a tutela por su diversidad funcional, su capacidad de decisión para este tipo de asuntos queda transferida al representante legal, que es quien debe hacer la solicitud de la esterilización, tal como se indica en el artículo: “a petición del representante legal del incapaz”. También se estipula otro requisito: “que adolezca de grave deficiencia psíquica“. No obstante no resulta tan sencillo decidir quién tiene o no una “grave deficiencia psíquica”. Para ello se recurre a la presencia de dos especialistas que, en teoría, aunque no quede así explicitado, se puede suponer que deberían ser personas capacitadas para definir la existencia y la gravedad de la “deficiencia psíquica”.

El concepto “tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz”, que se centra en lo que el tutor legal y el juez consideren que es mejor para la persona sujeta a tutela por su diversidad funcional, parece eliminar otro tipo de criterios como podrían ser criterios eugenésicos, políticas sociales específicas u otro tipo de intereses. Además, para que la esterilización no sea punible, se establece como requisito que: “haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo”. La actuación judicial actúa como garante del criterio de mayor interés y del cumplimiento del resto de requisitos y para mayor garantía se estipula además que debe escuchar la opinión del Ministerio Fiscal: “oído el dictamen de..., el Ministerio Fiscal...”

En lo que respecta al dictamen de los especialistas, poco deja entrever la ley, que se limita a decir: “oído el dictamen de dos especialistas”. Según algunos autores estos especialistas pueden ser médicos, psicólogos o pedagogos. Se podría intuir que al tratarse de la determinación de “grave deficiencia psíquica”, al menos uno de los especialistas debería ser un psiquiatra. Por otro lado, al tratarse de una esterilización parece lógico que el otro especialista lo fuese en obstetricia y ginecología. No obstante, el criterio de selección de especialistas se deja a criterio del juez.

En el requisito: “y previa exploración del incapaz.”, podemos suponer que el juez deberá hacer una apreciación personal de la persona “incapacitada” y podrá pedir cuantas pruebas estime oportunas.

Si se lee este artículo del Código Penal con un poco de profundidad, no se puede menos que terminar su lectura planteándose algunas dudas:

- ¿Quién y cómo determina la gravedad de la “deficiencia psíquica”?
- ¿Puede ser transitoria?
- ¿Qué titulación deben tener los especialistas?
- ¿Puede una persona, que pretende ser el tutor (y por lo tanto no lo es todavía) de la persona adulta con gran diversidad funcional psíquica, arrancar el proceso de esterilización?
- Si la persona con “grave deficiencia psíquica” no puede determinar su mayor interés, ¿cómo se garantiza que ese mayor interés sea el suyo y no el del tutor?
- ¿En qué consiste exactamente la “exploración del incapaz”

Son muchas dudas, teniendo en cuenta que se trata de una decisión que afecta al artículo 15 de la *Constitución Española*² que versa sobre derecho a la vida y a la integridad física y moral, derechos especialmente protegidos ya que está incluido en el Título I de la Constitución, “De los derechos y deberes fundamentales”.

Podemos afirmar por lo tanto que el proceso de esterilización está lejos de ser preciso y plenamente ajustado a derecho.

² “Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

3. La esterilización “voluntaria” analiza desde el modelo de la diversidad

A continuación, se hace un análisis de este tipo de esterilización desde el prisma del *modelo de la diversidad*. En el *modelo de la diversidad*, se percibe el valor de la vida de las personas con diversidad funcional como igual al de las demás personas, es decir, la misma dignidad intrínseca. De esta igualdad de dignidad intrínseca, se deriva directamente la igualdad de derechos humanos, económicos, políticos y sociales de todas las personas, es decir, la misma dignidad extrínseca.

Esta igualdad en derecho se cimienta en los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación ya recogidos en la legislación española de manera específica para las personas con diversidad funcional en la Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad.

Dado que se trata de la esterilización de personas que en teoría no pueden decidir por sí mismas, en este análisis se debe hacer un esfuerzo para aproximarse lo más posible a la realidad de estas personas poniéndose, en la medida de lo posible, en su lugar.

3.1. El mayor interés ¿de quién?

Desde el modelo de *la diversidad*, lo que resulta evidente es que ese artículo del Código Penal está impregnado de la visión de la diversidad funcional desde la perspectiva del modelo médico-rehabilitador. Este modelo, imperante todavía en España, parte de la premisa de que una persona con diversidad funcional es un enfermo un ser defectuoso, una persona a rehabilitar y a curar. Por lo tanto, se considera que son los médicos y el resto de agentes sociales los que están capacitados para decidir lo mejor para la persona con diversidad funcional. Son siempre los otros los que deciden, tal como ocurre en el caso de la esterilización.

Como resultado de esta perspectiva médico-rehabilitadora, se han elaborado políticas sociales discriminatorias, que han forzado a muchas personas con diversidad funcional a tener que vivir en residencias o en el hogar de sus padres de por vida, apoyadas por servicios de Ayuda a Domicilio. Han sido relegados de las escuelas, de los centros de trabajo, del ocio, del transporte, del acceso a la comunicación e información, etc., porque otros pensaron y decidieron lo que era mejor para ellos .

Bajo la perspectiva de el modelo de *la diversidad*, la persona con diversidad funcional es una persona de plena ciudadanía, de pleno derecho, que permanece todavía discriminada por su diferencia en todos los ámbitos de su vida, (como lo han sido las personas diferentes en religión, género, raza u orientación sexual) y a la que no se le ofrecen soluciones diseñadas teniendo en cuenta sus verdaderas necesidades.

Bajo esta perspectiva, se han escrito diferentes manifiestos y documentos que parten del propio colectivo en los que se establecen las demandas que se precisan para erradicar la discriminación, al hilo de lo que dictamina las Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas del año 1993. Esta perspectiva de igualdad de oportunidades para las personas con diversidad funcional ha tenido su reflejo en la legislación española en la Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad.

Las personas con diversidad funcional han sufrido directamente políticas pensadas por otros que, en apariencia ofrecían protección que tenían como objetivo directo "velar por los intereses" del colectivo y, directamente, de sus vidas; pero que, en la práctica, no han dado el resultado esperado. Contrariamente, como consecuencia de todo ello, se han visto abocadas a vivir encerradas en su entorno familiar o en residencias, ante la ausencia de una alternativa que les permitiera vivir como el resto de la ciudadanía.

Los servicios residenciales y los servicios de Ayuda a Domicilio no fueron diseñados para su comodidad, ni para su beneficio. Fueron diseñadas para la comodidad de los gestores y trabajadores que participaban en ellas, en definitiva para toda la sociedad menos para ellos. Sin embargo, la justificación social ha sido siempre que era "en su mayor interés".

Por ello, saben por experiencia que todo lo que propongan los padres, los médicos, las personas involucradas en los servicios sociales, etc..., será insuficiente o desproporcionado, en tanto en cuanto no tengan en cuenta directamente las propias voces de las personas con diversidad funcional. Se desprende de todo ello que si la mayoría de medidas sociales destinadas a la población con diversidad funcional con la intención de atender el "mayor interés" distan tanto de sus verdaderos intereses, necesariamente habrá que "repensar" si los supuestos "mayores intereses", que justifican en estos momentos la autorización para esterilizar involuntariamente a personas con gran diversidad psíquica, atienden los intereses de las personas protagonistas o, por el contrario, tan sólo satisface intereses de tutores/as, jueces, especialistas, fiscales y, de la sociedad en general.

Por lo tanto, desde el prisma de el modelo de *la diversidad* 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, ya demostrada y documentada en otras leyes vigentes en España.

La pregunta que cualquier persona debería hacerse ante un asunto tan delicado es la siguiente: ¿Si mañana perdiera mi capacidad de decisión, me gustaría que me esterilizaran? Quizá mirando por el interés propio sea más fácil definir el "mayor interés" de otros, aunque sean diferentes.

3.2. Los experimentos médicos

En el colectivo de personas con diversidad funcional mental se puede encontrar una manera de aproximarse a la realidad de las personas que creemos que no pueden tomar una decisión, ya que también ellos, durante algunas épocas de su vida, no están en condiciones de tomar decisiones.

Pues bien, ese colectivo ha establecido en la declaración de Solihull³ que en esas fases en las que no pueden tomar decisiones, no quieren que se realice con ellos ningún tipo de prueba médica o científica, aunque sea en su beneficio.

"La declaración de Solihull", fue aprobada en febrero de 2000 por 130 personas con diversidad funcional y padres de personas con diversidad funcional, delegados de las organizaciones de Disabled Peoples International en 27 países en Europa, África,

3 DISABLED PEOPLES' INTERNATIONAL EUROPE. *The Right to Live and be Different*. 2000. Disponible en Web: <http://www.johnnypops.demon.co.uk/bioethicsdeclaration/index.htm>

Australia y Norteamérica. Expresa por lo tanto la postura oficial de un importante colectivo de personas con diversidad funcional.

Este documento resulta especialmente importante, ya que en su tercera demanda pide que en ningún caso se apoyen documentos o declaraciones que permitan experimentos sobre personas que no pueden decidir, ya que se considera que la realización de experimentos médicos sobre personas que son incapaces de dar su consentimiento es una clara violación del código de Nuremberg.

3.3. De los experimentos médicos a la esterilización

Por si este razonamiento no fuera suficiente, parece lógico pensar que esa argumentación, relacionada con experimentos sin consentimiento, se puede hacer extensible a pruebas legales como la esterilización, a la que no estarían dispuestos con toda seguridad las personas con diversidad funcional mental en una época en la que no pueden decidir, como no lo estaría el autor de este artículo. ¿Lo estaría usted?

Además en el punto 6.9 del *Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad en Europa*⁴, del Foro Europeo de la Discapacidad, se indica:

“...Nunca se debe esterilizar a una mujer en contra de su voluntad, y si la persona en cuestión no estuviera capacitada para dar su consentimiento, dicha esterilización tan sólo debe aplicarse en caso de clara necesidad por causas médicas, y previa aprobación judicial. Además, se deben establecer servicios especializados de planificación familiar para mujeres con dificultades de aprendizaje...”

En este caso, es el propio colectivo de mujeres con diversidad funcional el que se opone a la esterilización involuntaria, dejando la puerta abierta a un imperativo de salud, pero cerrada a “mayores intereses” de la mujer con diversidad funcional. Entiende mucho más razonable el desarrollo de servicios específicos de protección familiar.

Igualmente, la Asociación australiana de Mujeres con diversidad funcional, Women With Disabilities Australia (WWDA), elaboró en 2001 un Informe⁵ muy interesante sobre la esterilización y salud reproductiva de las jóvenes y mujeres con diversidad funcional, desde donde se denuncia explícitamente la esterilización involuntaria que sufre sobremanera este grupo de mujeres, así como en la negativa de preservar su derecho a la integridad corporal, a la toma de decisiones en el campo de la reproducción y de la maternidad.

Podemos concluir entonces que, quienes se aproximan a la realidad de no tener capacidad de decisión y el colectivo de personas con diversidad funcional, de manera oficial, no están de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo el artículo 156 del Código Penal español.

⁴ FORO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD (1997). Manifiesto de las mujeres con discapacidad de Europa. adoptado en Bruselas el 22 de febrero de 1997 por el Grupo de Trabajo sobre la Mujer frente a la Discapacidad del Foro Europeo de la Discapacidad. Disponible en web:

<http://www.asoc-ies.org/docs/Manifiesto%20Mujeres%20Discapacidad%20Europa.pdf>

⁵ WWDA 'Moving Forward'. *Sterilisation and Reproductive Health of Women and Girls with Disabilities*, Sydney, 2001. Women With Disabilities Australia (WWDA).

3.4. Los derechos de la persona con diversidad funcional

Desde el punto de vista del derecho, los derechos fundamentales contemplados en el Título I de la *Constitución Española* gozan de especial protección por parte del Tribunal Constitucional. Además, el artículo 49 de la Constitución⁶ ampara especialmente los derechos constitucionales de las personas con diversidad funcional.

Dado que el derecho a la integridad física⁷ es un derecho fundamental y se trata de derechos de personas con diversidad funcional, parece lógica una mayor precaución y protección,⁸ y sabiendo, como se ha argumentado con anterioridad, que el “mayor interés” de la persona que se quiere esterilizar, contraviene el “mayor interés” expresado por el colectivo de personas con diversidad funcional, esta diferencia de trato en derecho se considera negativa.

3.5. La Discriminación de las personas con diversidad funcional

En la historia, no se encuentra documentado ningún caso de un colectivo que quiera voluntariamente ser esterilizado, es por lo tanto dudoso que el colectivo de personas con gran diversidad funcional psíquica, pueda ser el único caso colectivo de personas que desean la esterilización.

Tampoco se adoptan medidas parecidas, en su mayor interés, para las personas que no pueden ejercer la patria potestad por imperativo legal (padres y madres que han perdido la tutela de sus hijos por diversos motivos), ni se conoce que voluntariamente hayan acudido como colectivo porque pensaban que su mayor interés era no tener hijos.

Por lo tanto, bajo la perspectiva de la filosofía de Vida Independiente y del modelo *de la diversidad*, nos encontramos ante un claro caso de discriminación de personas con diversidad funcional. La “voluntad” de estas personas es percibida como una voluntad que no existe en ningún otro tipo de colectivo que pueda estar en condiciones similares a ellos y ellas y contraviene la voluntad expresada por el propio colectivo de personas con diversidad funcional.

Cuando se aplican criterios legales diferentes a personas diferentes en perjuicio de sus derechos fundamentales recogidos en la Constitución, se entra de lleno en la discriminación, vulnerando la igualdad de oportunidades, tal como reza el artículo 4 de la *Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad*⁹, que por otro lado no formaba parte del sistema legal español cuando se reformó este artículo del Código Penal.

⁶ “Artículo 49

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

⁷ Cuya violación, por parte del artículo 156.II del Código Penal, admite el Tribunal Constitucional en su sentencia 215/1994, de 14 de julio

⁸ Tal como ocurre en los artículos 149 y 155 del mismo Código Penal

⁹ “Artículo 4. Vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.

Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.”

4. Conclusiones

Analizado el segundo párrafo desde el prisma de la filosofía de Vida Independiente, podemos extraer las siguientes percepciones sobre el ya mentado segundo párrafo del artículo 156 CP:

- Muchas de las políticas y decisiones tomadas en “mayor interés” del colectivo de personas con diversidad funcional han demostrado ser en “mayor interés” de quienes diseñaban y ejecutaban las medidas.
- Quienes en algunos períodos de su vida adulta no pueden tomar decisiones, se oponen a ser objetos de investigación sin su consentimiento.
- El colectivo de mujeres con diversidad funcional se opone oficialmente a la esterilización de mujeres si no es por causa médica.
- No se conocen ni se aplican criterios legales similares a otros colectivos.
- El trato diferenciado negativo en derecho a una persona con diversidad funcional es legalmente discriminatorio.
- El párrafo suscita un número importante de cuestiones no resueltas.
- A pesar de ello y de la doble protección de un derecho constitucional de una persona que es diferente parece no ser suficiente en un balance de proporcionalidad.

De todo lo anterior se puede concluir que, bajo la perspectiva de la Filosofía de Vida Independiente, se duda que la esterilización de ninguna persona pueda ser en su “mayor interés”, si no es por causa médica. Por ello el artículo del Código Penal resulta en una **clara discriminación para las personas con gran diversidad funcional psíquica**. Por lo tanto no cumple la legislación actual (*Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad*) y como consecuencia resulta en una merma de la dignidad de estas personas y, por extensión, a la de todo este colectivo de personas con diversidad funcional.