

# LA ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS: LA RADICAL REFORMA PENAL DE 2020

## STERILIZATION AND MENTAL DISABILITY: THE 2020 RADICAL CRIMINAL REFORM

Mercedes García Arán<sup>1,a,\*</sup> 

<sup>1</sup> Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, Edif. B. Calle de la Fortuna, Bellaterra (Cerdanyola del Vallés), 08193, España

 [a.garcia@uab.cat](mailto:a.garcia@uab.cat)

### Resumen

La LO 2/2020 modificó el art. 156 del CP español, suprimiendo la posibilidad de autorizar judicialmente la esterilización de personas discapacitadas que el Tribunal Constitucional había confirmado en 1994. Este trabajo analiza la repercusión de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en esta reforma penal y también en el nuevo régimen civil de la discapacidad mental, en el que se sustituye el viejo sistema de representación por el de asistencia y apoyo en la decisión de la persona discapacitada. Tanto la Convención como el Código Civil aceptan la representación excepcional en casos graves, pero la reforma penal lo ha rechazado, prohibiendo la esterilización en casos de discapacidad absoluta. El trabajo analiza el principio de no discriminación y las consecuencias penales de la nueva situación.

**Palabras clave:** esterilización; discapacidad mental; sexualidad; discriminación; sanción penal.

### Abstract

The Organic Law 2/2020 modified the Spanish Penal Code prohibiting judicial authorization of the sterilization of disabled people, confirmed by the Constitutional Court in 1994. This work analyzes the impact of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in this penal reform and also in the new civil regime for mental disability, that replaces the representation system with that of support for the disabled person in their decisions. Both the Convention and the Civil Code accept exceptional representation in serious cases, but the penal reform has rejected it, absolutely prohibiting sterilization in cases of absolute disability. The work analyzes the principle of non-discrimination and the criminal consequences of the new situation, from a critical perspective

**Keywords:** sterilization; mental disability; sexuality; discrimination; criminal sanction.

---

\* Catedrática de Derecho Penal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9701-7559>

Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona. Edif. B. Calle de la Fortuna, Bellaterra (Cerdanyola del Vallés), 08193. E-mail: mercedes.garcia@uab.cat



## I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES

La LO 2/2020 de 16 de diciembre modificó el Código Penal (CP) suprimiendo el párrafo segundo de su art. 156 que rezaba: “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 a que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca un 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”. El párrafo anterior al que se remitía establece la impunidad de las esterilizaciones consentidas, esto es, la justificación -o, si se prefiere, la atipicidad- de la esterilización consentida.

El texto derogado tenía una amplia historia<sup>1</sup>, iniciada en la LO 3/1989 por la que se modificó extensamente el Código Penal anterior (CPA texto refundido de 1973), incluyéndose entre otras novedades, una nueva redacción del art.428,párrafo 2<sup>a</sup>, último inciso: ahí se declaró no punible, por primera vez, la esterilización de persona aquejada de “grave deficiencia psíquica”, si se autorizaba judicialmente, previa petición del representante legal, dictamen de dos especialistas y del Ministerio Fiscal, así como exploración del incapaz. Dicha reforma, auspiciada por asociaciones de padres de personas discapacitadas y compartida en varias opiniones doctrinales<sup>2</sup> fue cuestionada constitucionalmente por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, dando lugar a la STC 215/1994 de 14 de julio, en la que se estableció la adecuación constitucional del texto con los argumentos a los que después se aludirá.

Al promulgarse el CP de 1995, se ubicó en su art. 156 el contenido del art. 428 del CP anterior, añadiéndole el criterio rector del “mayor interés del incapaz” que se había formulado en la STC 215/1994. Posteriormente, la LO 1/2015, en su amplia reforma del CP, sustituyó tal texto por el arriba citado y posteriormente derogado por LO 2/2020, a la que se dedican estas páginas.

Como veremos al recordar la STC 215/1994, la cuestión de fondo a la que se pretendía dar respuesta autorizando la esterilización de discapacitados mentales con autorización judicial y estrictos requisitos, era permitir que los y las afectadas pudieran mantener relaciones sexuales sin riesgo de un embarazo cuyas consecuencias no estaban en condiciones de asumir, consecuencias que en el caso de los hombres se limitan a la paternidad, pero en el de las mujeres suponen además todo el periodo de la gestación y el parto. En esta línea, recuerda ALVAREZ GARCÍA que la autorización de la esterilización en 1989 se inscribe en la finalidad de permitir las relaciones sexuales de los discapacitados mentales, puesto que la imposibilidad del mantenimiento plenamente responsable de las mismas respecto a sus eventuales

---

<sup>1</sup> La evolución legislativa que se resume en el texto es ampliamente analizada por GARCÍA ALVAREZ, Pastora, “Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013 por el que se modificaría la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-13 (2014), *passim*. La autora analiza el proyecto que finalmente se convertiría en la reforma de 2015 (LO 1/2015) a la que se debe el texto del art. 156 CP arriba citado y derogado por la LO 2/2020.

<sup>2</sup> Antes de la reforma, se había cuestionado doctrinalmente la punición de la esterilización en casos en que podía estar justificada. Así, ARROYO ZAPATERO, Luis, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XI, 1986-87, pp. 20 y ss. BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El consentimiento y la esterilización de los incapaces”, *Cuadernos de Política Criminal*, 44,1991, pp.333 y ss.

consecuencias provocaba un agotador control “especialmente sobre las afectadas por el síndrome de Down [...] para impedirles el mantenimiento de relaciones sexuales”<sup>3</sup>.

A mi juicio, este era un planteamiento correcto, pese a que reconozco que la esterilización es una intervención sobre el cuerpo humano que puede generar comprensibles reticencias y obliga a una especialísima cautela a la hora de valorar los intereses de la persona discapacitada en el ejercicio seguro de su sexualidad. Sin embargo, nada de esto se plantea en el Preámbulo de la LO 2/2020 por la que se da carpetazo a todo lo anterior, cortándolo de raíz. Eliminada la posibilidad de autorización judicial y excepcional de la esterilización de los discapacitados y las discapacitadas, una tal intervención médica pasa a ser considerada, en principio, delictiva y acreedora de una pena de seis a doce años de prisión (art. 149 CP). Sin embargo, los argumentos utilizados por el legislador en este caso, distan mucho de dar respuesta a los interrogantes planteados y todavía más, de justificar tan grave consecuencia penal, en principio, sólo evitable en casos tan excepcionales como los que planteaba el derogado precepto, mediante un inseguro y opinable recurso al estado de necesidad.

## II. EL DEBATE CONSTITUCIONAL: LA STC 215/1994

Con independencia de si se comparte o no el fallo del TC, veamos resumidamente las cuestiones debatidas constitucionalmente, a los efectos de recordar todo lo que la LO 2/2020 ignora.

Los principales argumentos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado barcelonés fueron los siguientes: 1) la esterilización no voluntaria de las personas discapacitadas supone lesión de su integridad física y moral constitutiva, además, de trato degradante; 2) no existe un “derecho a la sexualidad” porque no es un bien, en general y menos todavía para la persona discapacitada “ya que no va acompañado de una comprensión total del acto que se realiza y deja por ello de ser expresión de afecto y de ansia de unión”; 3) la esterilización en estos casos no sólo no puede justificarse por el fin de procurar el ejercicio de la sexualidad, sino que resulta desproporcionada porque puede evitarse el embarazo con medios menos gravosos como la “normal vigilancia”. Es decir, a juicio del órgano judicial cuestionante, hay que proteger la capacidad genésica, aunque se prive de sus consecuencias -el embarazo- mediante la privación de la actividad sexual.

La STC 215/1994 confirmó la constitucionalidad del cuestionado art. 428 del CPA y provocó una carta pastoral del obispo de Ávila, monseñor Cañizares, manifestando el malestar de la Iglesia católica. En la extensa argumentación de la STC pueden destacarse los siguientes argumentos<sup>4</sup>:

- 1) el problema no está en el conflicto entre la integridad física y la libre determinación, puesto que el punto de partida del art. 428 CPA -en el párrafo no cuestionado-, lo resolvió en el sentido de reconocer la disponibilidad de la capacidad genésica y, por tanto, la legitimidad de la esterilización consentida; esta precisión puede resultar sorprendente casi tres décadas después, en las que nadie cuestiona tal disponibilidad,

---

<sup>3</sup> ALVAREZ GARCIA, Javier, en ALVAREZ GARCÍA (dir.), MANJON-CABEZA OLMEDA y VENTURA PUSCHEL (Coords.), *Derecho Penal español. Parte especial (I)*, Valencia, 2011, p. 251.

<sup>4</sup> Los reproduzco aquí sustituyendo el término “deficiente” manejado en 1994 por el TC por el de “persona discapacitada”, generalmente asumido en el momento de redactar estas páginas, pese las propuestas más recientes de sustituir la “discapacidad” por la “diversidad funcional”.

pero hasta la reforma penal de 1989, el art. 428 del CP anterior se limitaba a declarar que las penas de los delitos de lesiones debían imponerse “aun cuando mediare el consentimiento del lesionado”. Ello permitía un debate afortunadamente superado acerca de cómo tratar determinados tratamientos médico quirúrgicos consentidos que no podían ser considerados delitos de lesión, entre otras razones, porque no se dirigían a perjudicar la salud sino a preservarla. Es decir, bastaba una interpretación material o adecuada socialmente del concepto de “lesión” para descartar su punibilidad, puesto que la irrelevancia del consentimiento que establecía el primer párrafo del art. 428 CPA se refería a las “lesiones”. Esa misma idea sirvió para que la reforma de 1989 añadiera el párrafo en el que se declaraba la exención por consentimiento en los trasplantes de órganos realizados con arreglo a la ley, esterilizaciones y la cirugía transexual (correspondiente al primer párrafo del art. 156 CP vigente). En otras palabras, se consideró necesario aclarar que la esterilización consentida es un tratamiento quirúrgico más, dirigido a mejorar el bienestar personal puesto que en los inicios de la generalización de medios anticonceptivos, todavía había cualificadas opiniones doctrinales que consideraban posible la definición de la esterilización consentida como un delito de lesión<sup>5</sup>. Tal es la razón por la que en la STC de 1994, todavía tenía cierto sentido manifestar que la disponibilidad sobre la capacidad genésica es clara y no plantea problemas.

- 2) como base para la ponderación de un eventual conflicto, el TC reconoce la existencia de un “derecho” a la sexualidad que, como se ha dicho, era negado en la cuestión de inconstitucionalidad.
- 3) a partir del reconocimiento de la disponibilidad sobre la integridad física en esta materia, considera el TC que el núcleo del problema está en si esa autodeterminación que se reconoce con carácter general puede ser ejercida, en el caso de las personas discapacitadas, por sustitución a través de sus representantes.
- 4) la STC comentada admite dicha sustitución al entender que las garantías establecidas por la norma cuestionada son suficientes y permiten que la decisión se adopte sólo en beneficio de la persona incapaz: carácter individualizado de la decisión, intervención judicial ponderada, solicitud previa de los representantes (que impide la aplicación de políticas públicas eugenésicas), limitación a la deficiencia grave verificada por el juez con dictámenes periciales e intervención preceptiva del Ministerio Fiscal.
- 5) cumpliéndose dichas garantías, la esterilización de la persona discapacitada resulta justificada porque permite ejercer la sexualidad sin unas consecuencias que no se pueden asumir y,
- 6) la intervención resulta proporcionada porque no caben medidas menos drásticas, resultando inaceptable el recurso al aborto o la vigilancia absoluta con privación de sexualidad que conduce a la lesión de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad.

Llamo la atención sobre la cuestión nuclear de si cabe la sustitución de la voluntad de la persona discapacitada en determinados casos excepcionales, porque es el punto clave de discrepancia respecto a la reforma que ahora comentamos.

---

<sup>5</sup> Así, QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte especial del derecho penal, tomo I, vol. I*, Madrid, 1972, pp. 811-812.

Se presenta un voto concurrente del Magistrado Gimeno Sendra y tres votos particulares de los Magistrados Gabaldón, Mendizábal y González Campos (adhiriéndose al este último el Magistrado Cruz Villalón).

Debe decirse que la discrepancia de los dos últimos citados no recaía sobre la forma de solucionar el conflicto de fondo, sino sobre la necesidad de que la ley incluyera más garantías para la adopción de la decisión judicial, que deberían establecerse mejor en una ley especial en la que quedaran claros los términos de la valoración judicial y la prohibición expresa de autorizar la esterilización si el incapaz posee suficiente comprensión acerca de las consecuencias de la sexualidad y el alcance de la esterilización. En su momento me pronuncié a favor de estas exigencias<sup>6</sup> y, aunque no llegó a producirse tal normativa especial, el CP de 1995 al regular la cuestión en su art. 156, las amplió incluyendo la exploración del incapaz como requisito y el criterio rector de la exclusiva búsqueda de su interés.

Como se ha avanzado, la LO 1/2015 de 2015 proporcionó un nuevo redactado al segundo párrafo del art. 156 CP mejorando la definición del supuesto al establecer la permanencia de la discapacidad, la absoluta incapacidad para prestar el consentimiento y la excepcionalidad de la decisión esterilizadora, en caso de grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, llevando a su disposición adicional primera el resto de garantías (dictámenes, exploración etc.). Es especialmente importante señalar que la decisión judicial es esta materia debía establecerse *ad hoc*, y no derivarse simplemente de la incapacitación civil.

Mantiene GARCÍA ALVAREZ que la mención del grave conflicto de bienes jurídicos planteaba considerables dudas<sup>7</sup>, opinión que comparto, pero reconociendo que, a cambio, llamaba la atención sobre la necesidad de ponderar la proporcionalidad de la intervención.

En todo caso, nada de esto fue considerado suficiente por los redactores de la reforma de 2020. La STC 215/1994 había consagrado la adecuación constitucional de la regulación, pero ello no impedía seguir planteándose en el plano legal la conveniencia de una norma como la derogada, si no se compartían las valoraciones del TC sobre la legitimidad de buscar el interés del discapacitado. Sin embargo, como veremos a continuación, la LO 2/2020 no cuestiona la forma en que el TC planteó y solucionó el conflicto, sino que opta, directamente, por negar la existencia de distintas situaciones y distintas necesidades entre las personas discapacitadas, esto es, implícitamente, niega el planteamiento de conflicto alguno.

### III. LOS ARGUMENTOS DEL PREAMBULO DE LA LO 2/2020

Los argumentos se basan en la Convención de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España por Instrumento de 23 de Noviembre de 2007 (BOE 21 abril 2008) (en adelante, la Convención). Antes de entrar en ellos, cabe formular una precisión a la inexacta afirmación del Preámbulo según la cual, "Naciones Unidas, a través del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad ya recomendó oficialmente, en el año 2011, al Reino de España la acomodación

<sup>6</sup> Me remito a GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, 1995, pp. 115-117. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, "La esterilización de deficientes psíquicos: comentario a la STC español de 14 de julio de 1994", *Revista de Derecho y Genoma humano*, 2, 1995. También, JAEN VALLEJO, Manuel, "Constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos graves", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de GC*, 1, 1999, p. 190.

<sup>7</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora, "Evolución penal...", cit., pp. 32-35. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, "Delito de lesiones. Consentimiento y esterilización de incapacitados: art. 156 CP", en Alvarez García (dir.) *Dopico* (Coord.) *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia, 2012.

de su ordenamiento interno (Código Penal) en este punto para que no se vulnerara esta garantía". La garantía a que se refiere es la prohibición de la esterilización forzada, mencionada en el párrafo inmediatamente anterior.

Ante lo escueto de la cita manejada en el Preámbulo, cabe suponer que se refiere al documento del *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad*, (en adelante, el Comité) (sexto periodo de sesiones. 19 a 23 de septiembre de 2011) en el que expone su "Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 35 de la Convención". En el apartado correspondiente a España, en ningún momento se recomienda la modificación del Código Penal en el sentido afirmado en el Preámbulo que nos ocupa. Lo más próximo a ello es el artículo 17 en el que se dice: "El Comité expresa su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento otorgado *libremente y con conocimiento de causa*" (cursiva mía).

Es decir, no se trata en absoluto de lo que en textos internacionales se denomina "recomendación" ni se recomienda reforma penal alguna. La inquietud manifestada por el Comité se refiere a la posibilidad de que se actúe en contra del consentimiento pleno y con completo conocimiento de causa por parte de la persona discapacitada. Y si se recuerda la regulación española de entonces, ésta pretendía ceñirse a casos excepcionales en los que *no fuera posible* que la persona discapacitada prestara tal consentimiento pleno. Sin embargo, ello se relaciona con las "Observaciones" del Comité (2014 y 2016) a las que me referiré más adelante.

Entrando en los argumentos de fondo manejados en el Preámbulo, éstos se limitan a dos: la discriminación padecida por las personas discapacitadas que atenta contra los principios de la Convención y la consideración de la esterilización en estos casos como "forzosa". Ello requiere una exposición resumida del principal contenido de la Convención.

#### **IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD**

Efectivamente, la Convención prohíbe toda forma de discriminación de personas con discapacidad y compromete a los Estados a eliminarla estableciendo medidas para su participación en sociedad en igualdad de condiciones con todas las personas, lo que puede resumirse en el propósito general expresado en su art. 1: "...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente". También se proclama como principio general "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas" (art. 3).

El Preámbulo de la LO 2/2020 se centra en la prohibición específica de discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en el art. 6 de la Convención y sitúa en primer lugar de su argumentación su art. 23 en el que se establece el derecho a: a) contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del "consentimiento libre y pleno" de los futuros cónyuges; b) decidir de manera responsable el número de hijos y acceder a información y educación sobre reproducción y planificación familiar, así como acceder a los medios necesarios para ejercer tales derechos y, c) mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás.

La Convención parte de que todas las personas discapacitadas están en las mismas condiciones para consentir y sólo en algún punto se deslizan expresiones como "consentimiento libre y pleno" o "de manera responsable" en las que cabría apoyar la

consideración diferenciada de distintas capacidades a la hora de consentir. Concretamente, el artículo 12.2 reconoce la igualdad de capacidad jurídica a las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones...en todos los aspectos de la vida”. Para ello, los Estados partes deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12.3). Ello se desarrolla en las Observaciones del Comité.

Tal punto de partida se considera el apoyo de un fundamental cambio de paradigma que supone el paso del modelo tradicional de *sustitución* en la decisión que determina la incapacitación, al modelo de *apoyo* en la toma de decisiones. A su vez, el modelo de apoyo considera la capacidad jurídica de las personas desde el denominado modelo social que se confirma en la Observación primera (2014), según la cual la discapacidad no es un fenómeno “objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos” (punto 14). En efecto, dicho modelo social, como expone SEOANE, vino a sustituir al modelo médico que concebía la discapacidad como patología individual<sup>8</sup>. En síntesis, según la explicación de CUENCA GÓMEZ, la discapacidad se considera provocada más por las limitaciones sociales que por el padecimiento de una deficiencia, de manera que no son las personas discapacitadas las que deben adaptarse a la sociedad sino que ésta debe rediseñarse para garantizar la inclusión social<sup>9</sup>.

Así, la tradicional consideración de distintos grados de discapacidad y la regulación de las situaciones en las que la decisión puede ser sustituida por otra persona que actúa en su representación, se sustituye por la convicción de que todas las personas con discapacidad son capaces de tomar sus propias decisiones si para ello se les proporciona la información y el apoyo adecuado. El planteamiento tradicional de comprobar si la persona es capaz de entender y decidir presupone que se puede evaluar con exactitud y constituye una forma de discriminación (punto 15). Por estas razones, el Comité considera que deben abolirse la “tutela, curaduría y leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso” (punto 7), desarrollándose los argumentos contrarios a la sustitución del consentimiento en el punto 27.

Debe decirse que la larga enumeración de derechos reconocibles a las personas con discapacidad que contiene la Observación primera (privacidad, vivir en comunidad participación política etc.) es plenamente compartible. También lo es el rechazo al automatismo de la privación de derechos que la orientación tradicional vincula a la declaración de incapacidad. Lo que ocurre, a mi juicio, es que el nuevo paradigma, aunque opte por la adecuación de las ayudas a las necesidades concretas de cada persona incapaz, en cierta forma parte también de una generalización discutible sobre la capacidad para consentir.

En el mismo sentido, parte de la doctrina civilista ha formulado advertencias no sólo sobre la necesidad de distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio, sino también sobre la de acudir a la representación en algunos casos. Así, comparto la observación de MUNAR BERNAT acerca de que tan contrario a la Convención es abusar del sistema de representación (modelo de sustitución) como no recurrir a él cuando sea necesario, en tanto el apoyo a veces

---

<sup>8</sup> SEOANE, José Antonio, “Qué es una persona con discapacidad”, *Ágora. Papeles de filosofía*, 30, 2011, p. 147. Una amplia exposición del modelo social en PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Colección CERMI, Madrid, 2008, especialmente, pp. 469 y ss. Esta autora se manifiesta partidaria de la plena asunción del citado modelo.

<sup>9</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, 10, 2012, p. 71.

exige una intervención mínima, pero en otros casos la representación es la única vía para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica<sup>10</sup>.

Por otra parte, el Comité admite que este deseable escenario en el que desaparecen las diferencias entre personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos puede presentar algún caso problemático: “*Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del ‘interés superior’ debe ser sustituida por la ‘mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias’*” (punto 21, cursiva mía). Tal interpretación debe sustituir al anterior concepto de valoración -discutible, pero objetiva-, del “interés” del incapaz. No se dice nada sobre quién debe realizar dicha interpretación, pero se entiende que no debe ser el tutor (figura cuya supresión se ha propuesto líneas atrás) y queda para las legislaciones estatales el establecimiento de figuras menos invasivas. Como veremos, así ha procedido la legislación española en la modificación del Código Civil producida por la Ley 8/2021 de 22 de junio.

Por otra parte, la Observación tercera (2016), en su punto 25 declara la necesidad de derogar las leyes que impidan a las mujeres discapacitadas el número y espaciado de los hijos *en igualdad de condiciones que las demás* (cursiva mía) y en su punto 32 considera trato cruel y degradante la “esterilización forzada bajo coerción o involuntaria”.

Veamos las consideraciones que suscita el planteamiento descrito y, especialmente, su relevancia para el ordenamiento jurídico español.

## V. LOS TEXTOS INTERNACIONALES Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 1. La prohibición de discriminación.

Como proclama el art. 10.2 de la Constitución española, las normas sobre derechos fundamentales y libertades constitucionales “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por tanto, junto al art. 7 de la Declaración Universal, los tribunales españoles deben interpretar las leyes españolas de acuerdo al principio de no discriminación proclamado en la Convención antes citada.

En mi opinión, ninguno de los dos textos impide la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional español en constante jurisprudencia en el sentido de que no infringe el principio de igualdad ante la ley el tratamiento diferente de hechos diferentes, siempre que: a) dicho trato desigual tenga un fundamento razonable (entre otras muchas, SSTC 87/1991, 114/1992), b) la finalidad de la medida diferenciadora sea constitucionalmente admisible; c) la norma diferenciadora tenga una estructura interna congruente (entre trato, hecho y finalidad) y, d) la relación entre los tres elementos esté caracterizada por la proporcionalidad<sup>11</sup>.

Ello ha sido tratado ampliamente por la doctrina constitucionalista<sup>12</sup> con varias implicaciones que no pueden ser desarrolladas aquí, pero que, si acaso, trasladan la cuestión

<sup>10</sup> MUNAR BERNAT, Pedro A. “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, 3, julio septiembre 2018, pp.123-124. El autor parte de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar en la Convención. En contra, PALACIOS, Agustina, *El modelo...*, cit., p. 463.

<sup>11</sup> Así lo sistematiza GONZALEZ JIMENEZ, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación”, en López Garrido y otros (dirs.) *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la UE*, vol. 2, 2018, Valencia, pp. 127 y ss.

que nos ocupa a la valoración de si el tratamiento diferenciado de casos excepcionales de discapacidad que contenía el segundo párrafo del art. 156 CP, derogado por la LO 2/2020, supone un tratamiento diferenciado “razonable” según los parámetros del TC. La cuestión no fue alegada ante el TC y no se aborda en la STC 215/1994, pero, a mi juicio, éste debería ser el parámetro para su impugnación y no una apelación genérica a la prohibición de discriminación en los textos internacionales citados que, en mi opinión -aunque no la contemplan expresamente-, no *prohíben* la diferenciación razonable de supuestos. En esta misma línea puede interpretarse el art. 2, c) de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social (TR por RD Leg 1/2013), que define la discriminación “directa” como el trato de personas discapacitadas de manera desfavorable respecto de otras en “situación análoga”. Cabe entender que, si la situación no es análoga -en razón de la discapacidad-, cabe trato diferente si es razonable en los términos antes resumidos.

## 2. El trato diferenciado de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español.

Antes de la reforma penal que aquí nos ocupa, y también antes de la Ley 8/2021 de reforma del Código Civil que veremos en seguida, la Convención ya había producido efectos en la adaptación de algunas leyes españolas y en la jurisprudencia civil sobre la materia. En efecto, la Ley 26/2011 de 1 de agosto, modificó preceptos de distintas leyes para adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias de la Convención en materia de discapacidad.

Como derivación de la Convención, resulta preocupante lo dispuesto en la LO 1/2017 de 13 de diciembre por la que se modificó la Ley del Tribunal del Jurado (LTJ). Su vigente art. 8.5, tras establecer que para ser jurado hay que contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función (lo que parece sensato), añade que las personas con discapacidad “no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado” debiéndoseles proporcionar los apoyos precisos y efectuar los “ajustes razonables para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”. Es cierto que el art. 12.1 LTJ se indica que la discapacidad puede ser motivo de excusa, pero ello deja la cuestión a la iniciativa de la persona discapacitada, en tanto en cuanto puede o no solicitar ser excusada.

Nada que objetar a las discapacidades de tipo físico, pero la ley -al no distinguir- incluye también las de tipo mental, lo que, en mi opinión, constituye un dislate. Creo que ello desborda cualquier buena intención de evitar la discriminación de personas discapacitadas: ni la exclusión del jurado por razones personales -como excluidos estamos los profesores universitarios de materias jurídicas (art.10.9 LTJ)- supone una discriminación irrazonable, ni -nuevamente- todas las discapacidades son iguales, ni puede ignorarse olímpicamente el derecho del acusado a que el jurado que le enjuicie actúe en las mejores condiciones posibles, sin esos enigmáticos “ajustes” y sin intermediarios que “apoyen” al jurado que padezca una discapacidad mental que puede ir desde la demencia senil hasta un delirio paranoide. Situaciones que, sin ninguna duda, pueden impedir una valoración correcta de la realidad. Y el sometido a juicio tiene derecho a no soportarlo.

La adecuación más importante por lo que aquí interesa es la modificación de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre (conocida como Ley de Autonomía del Paciente), cuyo apartado

---

<sup>12</sup> Entre otros muchos, RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” *Doxa*, 19, 1996, especialmente pp. 46-59. GARCIA-CUEVAS ROQUE, Elena, “La igualdad constitucional y la interdicción de discriminación”, *Revista Derecho UNED*, 16, 2015, pp. 239 ss.

7 de su artículo 9 queda como sigue: “La prestación del *consentimiento por representación* será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará *en la medida de lo posible* en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad se le ofrecerán las medidas pertinentes, incluida la información de formatos adecuados [...] de manera que resulten accesibles y comprensibles para personas con discapacidad, para *favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento*”.

Lo extenso de la cita textual está justificado porque aborda la cuestión objeto de estas líneas con precisiones importantes que se han destacado en cursiva: cabe el consentimiento por representación (adecuado y proporcionado), aunque deben proporcionarse todos los medios para favorecer el consentimiento autónomo de la persona discapacitada, cuando ello sea posible. Lo mismo se desprende del art. 6 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Nuevamente, entiendo que tal disposición no está prohibida por la Convención y, en lo relativo a las repetidas “Observaciones” del Comité de NNUU, recordemos que terminan por aceptar que cuando ello resulte totalmente imposible es legítimo formular la hipótesis de cuál sería la voluntad y preferencia de la persona discapacitada.

Junto a las reformas legales, la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS analizada y sistematizada por GUILARTE MARTIN-CALERO manifiesta, según esta autora, un desplazamiento de la declaración de incapacitación con su correspondiente órgano de tutela o guarda, hacia la constitución de apoyo a la persona “en función de su necesidad de asistencia o representación”<sup>13</sup>. Es importante la expresión manejada por alguna sentencia (STS Sala Primera 13 de mayo de 2015), acerca de la conveniencia de que la decisión judicial sobre los márgenes de autonomía de la persona discapacitada se establezcan como un “traje a medida” en el que se valoren los aspectos en que la persona puede decidir por sí misma o necesita que alguien lo haga en su nombre.

Veamos ahora su plasmación en la reforma del Código Civil.

### **3. La decisión de la persona discapacitada: sustitución o apoyo en el Código Civil reformado.**

La evolución descrita tuvo su plasmación legislativa en la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El largo título incluye la modificación del Código Civil (CC) y otras normas como la Ley del Notariado y la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como algunas referencias a la responsabilidad civil derivada de delito en los arts. 118 y 120 del Código Penal.

El Preámbulo de dicha ley, además de declarar la voluntad de adecuar la legislación española a la Convención Internacional antes resumida, afirma la pretensión de cambiar el sistema de sustitución en la decisión de las personas con discapacidad, “por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, *como regla general*, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. La expresión destacada en cursiva recoge una obviedad: que el sistema de apoyo pretende que la regla sea la decisión por la persona

---

<sup>13</sup> GUILARTE MARTIN CALERO, Cristina, “La reinterpretación constitucional de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en GUILARTE MARTIN-CALERO (dir.) / GARCÍA MEDINA (Coord.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Cizur Menor, 2016, p. 72.

discapacitada, mientras que la representación se mantiene como excepción para aquellos casos en que no sea posible la decisión autónoma.

La principal novedad radica en eliminar la tutela como institución vinculada a la incapacitación de personas discapacitadas, para centrar todo el sistema de apoyo en la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC reformado). El guardador de hecho puede actuar en representación en casos excepcionales, con autorización judicial (art. 264 CC) y en todo caso, en los actos enumerados en el art. 287 CC. Dichos actos exigen autorización judicial también para la representación que excepcionalmente puede ejercer el curador y entre ellos se encuentra el apartado 1º del citado artículo: “Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”.

Es decir, se mantiene la posibilidad de representación excepcional autorizada judicialmente para “actos de trascendencia personal o familiar”, salvándose lo dispuesto en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud. Recordemos aquí el artículo 9.7 de la Ley de Autonomía del Paciente antes citado en el que se establece la necesidad de apoyo para que, en la medida de lo posible, la persona con discapacidad tome la decisión por sí misma. La relación con el art. 287 CC acabado de citar conduce a concluir que en materia de consentimiento informado siendo la regla el apoyo, cabe la representación como excepción, pero al quedar la Ley de Autonomía del Paciente “a salvo” de lo dispuesto en el art. 287 CC, no sería necesaria la autorización judicial en los casos allí indicados.

En resumen, la evolución hacia un sistema de apoyo no supone la eliminación de todos los casos de sustitución, cuyo mantenimiento excepcional, como vimos, se aceptaba en la Observación primera del Comité y en la jurisprudencia reciente. Comparto tal criterio, en tanto que impedir la sustitución del consentimiento en casos extremos de incapacidad puede llevar a la total desprotección de las personas afectadas que necesitan la representación para el adecuado ejercicio de su capacidad <sup>14</sup>.

Cuestión distinta que merecería mayor desarrollo es la “mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias” que, como vimos, establece la Convención para la toma de decisiones en sustitución de la persona discapacitada y que ha sido trasladada al nuevo art. 249 CC: “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de *tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*”.

La frase destacada en cursiva acoge la interpretación de la voluntad de la persona discapacitada lo que no deja de ser una hipótesis basada en una realidad inexistente e imaginaria: debe aventurarse qué habría decidido una persona afectada de grave discapacidad, si no la hubiera padecido, lo que me parece mucho más discutible que la valoración ponderada y objetiva del interés de la persona discapacitada, criterio suprimido en la Convención y el Código Civil. Curiosamente, con tal criterio se produce una sustitución aún más discutible de la voluntad de la persona: se pretende adivinar lo que hubiera decidido de no padecer una discapacidad, interpretando datos potencialmente tan imprecisos como su trayectoria vital o sus creencias lo que, a mi juicio, supone ni más ni menos que situarse

---

<sup>14</sup> Así también, GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina, “La interpretación...”, cit., p. 77.

-hipotéticamente-, en su lugar, esto es, sustituirle. O, en el peor de los casos, manipular las consecuencias de su hipotética voluntad.

La STS 589/2021 de 8 de septiembre (Sala Primera), que ya ha sido saludada como la primera en aplicar la nueva regulación<sup>15</sup>, esquivada -en mi opinión, acertadamente-, la desprotección que puede producir en la persona discapacitada la defensa abstracta de su libertad de decisión. En un caso de síndrome de Diógenes con oposición del afectado a las medidas higiénicas indicadas como imprescindibles por los dictámenes forenses y la asistencia social, el TS justifica medidas asistenciales de limpieza en contra de la voluntad del interesado cuyo “trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”. Especialmente importante me parece el párrafo con el que abrimos las consideraciones del siguiente apartado de estas páginas: *“No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre”*.

Y añade: *“En el fondo, la provisión de apoyo en estos casos encierra un juicio de valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”*. Con esta última expresión se combina -a mi juicio, correctamente-, la consideración del interés objetivo de la persona discapacitada con la interpretación de “lo que habría querido” de no padecer discapacidad, baremos que la Convención y su desarrollo han pretendido presentar como opuestos.

#### **4. Breve consideración sobre la autonomía y la igualdad en el cambio de paradigma.**

Retomemos ahora la argumentación manejada en el Preámbulo de la LO 2/2020 que modificó el CP en materia de esterilización, objeto de estas páginas. Como vimos, se reduce prácticamente a una idea: la Convención prohíbe la discriminación de personas con discapacidad y el viejo art. 156 CP supone un caso de discriminación porque autoriza la esterilización forzada. Ninguna referencia al posible conflicto que contenía la norma derogada y negación de la posibilidad de que existan situaciones diferentes, grados de discapacidad, mayor o menor posibilidad de consentir. Según el Preámbulo, todas las personas discapacitadas son iguales -entre sí y respecto a quienes no padecen discapacidad alguna- y tienen la misma capacidad para consentir. Y punto.

Como se ha visto, aunque de refilón, ni la Convención ni las Observaciones del Comité, ni la posterior reforma del CC pueden negar absolutamente la evidencia de que no todos los casos son idénticos, aunque la anterior regla general (incapacitación y representación con privación del derecho a decidir) pasa a constituirse en excepción. Aquí se comparte tal inversión de la regla y la excepción en aras de evitar situaciones anteriores por las que la incapacitación anulaba totalmente la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada incluso en materias en las que podía ejercerla con el necesario apoyo o incluso sin él, o bien conducía al predominio de las medidas más restrictivas como demuestra algún estudio en el campo de la bioética<sup>16</sup>. Sin embargo, la argumentación del Preámbulo de la LO 2/2020 cae en

<sup>15</sup> Así, SEGARRA CRESPO, M<sup>a</sup> José/ALIA ROBLES, Avelina, “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de curatela a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala primera del TS de 8 de septiembre de 2021”, *Actualidad Civil*, 10, 2021.

la generalización opuesta y con ello impide que las distintas situaciones, necesidades y en suma, características individuales de las personas discapacitadas sean tenidas en cuenta.

El modelo social de definición de la discapacidad mantenido en la Observación del Comité antes mencionada, tiene el acierto de superar los excesos medicalizantes del modelo biológico, pero es incapaz de dar respuestas a las distintas necesidades de determinadas situaciones y no puede ignorarse, sin más, la relevancia de ciertos factores médicos en el tratamiento de la diferencia. El modelo social homogeneiza las situaciones personales y termina por invisibilizarlas. En mi opinión, son atendibles las observaciones críticas según las cuales resulta más respetuoso con la individualidad humana el modelo de la diversidad que asume el cuidado de la diferencia en lugar de negarla<sup>17</sup>.

Por supuesto que superar el automatismo igualador de la declaración de incapacidad que elimina derechos sin distinciones y optar por el apoyo y la asistencia al ejercicio de la autonomía de la voluntad constituye un avance innegable. Pero, en la línea de lo acabado de decir sobre el modelo social, caer en otra forma de automatismo igualador de todas las personas discapacitadas en cuanto a su capacidad para consentir, puede terminar por diluir la individualidad con la que actúan en sociedad. Son plenamente suscribibles las palabras de ATIENZA, acerca del exceso igualador de los bienintencionados principios de la Convención, por los que se invisibilizan las condiciones (por ejemplo, la demencia senil) que impiden una plena participación social en igualdad de condiciones. El mismo autor recoge la observación de Bunge acerca de la cuestionable moda intelectual del “constructivismo” social en tanto puede conducir a la consideración de las enfermedades como invenciones de la profesión médica<sup>18</sup>. Debate apasionante que, lógicamente, no podemos desarrollar aquí, pero que podemos dejar en este punto suscribiendo la observación de ATIENZA acerca de que frecuentemente “...lo políticamente correcto y el pensamiento crítico no hacen buenas migas”<sup>19</sup>.

En suma, la apelación a la igualdad en abstracto y sin contexto puede convertirse en la peor de las desigualdades, igualando irreflexivamente casos diferentes. Por otra parte, ello no es ajeno a las tendencias ultraliberales por las que se acude una vez más a la abstracción del libre albedrío supuestamente igualador que los penalistas conocemos muy bien y cuestionamos tradicionalmente en tanto permite legitimar el castigo en la decisión abstractamente libre y descontextualizada de la situación del sujeto.

Llevándolo al terreno de la esterilización, ni todas las situaciones son iguales, ni cabe negar el conflicto entre la sexualidad y la capacidad genésica de la persona cuando sus consecuencias son inasumibles para ella, lo que lleva a la protección de su bienestar. Es un conflicto difícil y no exento de riesgos, pero los múltiples problemas planteados que aquí sólo he podido apuntar son negados por la LO 2/2020 que decidió cortar por lo sano, negar el

<sup>16</sup> BRETÓN DIEZ, Natalia/GONZALEZ LOPEZ, Ana Isabel/FERNANDEZ RODRIGUEZ, María/GUERRA MORA, Patricia, “Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: protección o iatrogenia?”, *Revista de Bioética y Derecho*, 39, 2017. El trabajo analiza la adecuación de la práctica a las previsiones de la Convención Internacional.

<sup>17</sup> SEOANE, José Antonio, “Qué es una discapacidad...”cit., p.149 lo resume como sigue: “La justicia para las personas con discapacidad no se logra negando la diferencia mediante la asimilación y la homogeneidad, ni tampoco mitigándola a través de medidas de compensación, sino por medio de la aceptación y el cuidado de la diferencia que implica la discapacidad”. En contra y con total apoyo al modelo social, PALACIOS, Agustina, *El modelo...*, cit. especialmente pp. 235 y ss., en lo relativo a la plasmación en la Convención.

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel, “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Ius et Veritas*, 53, 2016, p. 265.

<sup>19</sup> Loc. ult. cit.

conflicto, partir de una equiparación de todas las formas y grados de discapacidad y abocar a las personas discapacitadas, bien a intervenciones que pueden ser mucho más lesivas (vigilancia, aborto), bien, -en el caso de las mujeres- a experimentar un embarazo y un parto seguidos de una maternidad que no han podido consentir plenamente.

Con ello abordamos el tratamiento concreto de la esterilización de personas discapacitadas, comenzando por la consideración de los derechos de la personalidad y concluyendo con la situación de la exigencia de responsabilidad penal tal como se plantea tras la derogación del segundo párrafo del viejo artículo 156 del CP.

## IV. ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS: CUESTIONES NO RESUELTAS.

### 1. Esterilización y derechos de la personalidad

Como se ha visto, el CC adecuado a la Convención admite, lógicamente, la representación en casos excepcionales en los que se llegue a la conclusión de que, pese a la prestación de todo el apoyo posible, la persona discapacitada no puede tomar la decisión por sí misma. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto concreto de estas páginas, es inevitable plantear que, cuando se trata de decisiones relativas a derechos de la personalidad como es el caso de la esterilización y su afectación a la integridad física y la capacidad genésica, la cuestión es mucho más delicada que si hablamos, por ejemplo, de decisiones patrimoniales.

En la doctrina civil existen opiniones que, apelando a los derechos de la personalidad, consideran la esterilización hasta ahora regulada en el CP, como forzosa y prohibida por la Convención, aunque admiten otros supuestos de sustitución, por ejemplo, en las víctimas de manipulación sectaria<sup>20</sup>. En cambio, no faltan opiniones, como la de SANTOS MORON, que recuerdan las previsiones legales dispersas que admiten la sustitución, por ejemplo, en los tratamientos médicos, aunque ello no puede derivarse, sin más de una declaración civil de incapacidad. El criterio, presente en derecho comparado y recogido por esta autora es el de la valoración de la capacidad natural de entendimiento y juicio<sup>21</sup>.

En mi opinión, el segundo párrafo del art. 156 CP, derogado por la LO 2/ 2020, era compatible con el sistema de apoyo, información y asistencia a la persona discapacitada para que tome su propia decisión, puesto que mantenía la posibilidad de sustitución sólo en casos excepcionales en los que la capacidad natural no permitiera tomar la decisión autónomamente. Recordemos que se destacaba la excepcionalidad y gravedad del caso, así como el predominio del interés de la persona afectada y la valoración individualizada por el juez, con los dictámenes pertinentes y la exploración del incapaz. Nada impedía mejorar los instrumentos de apoyo, información y asistencia y, en todo caso, el TC se había encargado ya de eliminar los intereses de terceros o las políticas eugenésicas. Mantuve en otro lugar que la esterilización debía denegarse en aquellos casos de suficiente capacidad natural para entender el alcance y las consecuencias de la sexualidad incluso con pronóstico de discapacidad en los hijos<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> SOLE RESINA, Judith, "La esterilización no consentida de personas con discapacidad", *Actualidad civil*, 5, Mayo 2019, p. 5. De la misma autora, "El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas", *Revista Electrónica de Direito*, 2, 2014, p. 15.

<sup>21</sup> SANTOS MORON, M<sup>a</sup> José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, Intimidad e Imagen*, Madrid, 2000, pp. 39 y ss. y 147.

A mi juicio, deberían ser aplicables aquí los criterios propios del tratamiento médico y quirúrgico, aunque en este caso no exista una finalidad terapéutica sino “sólo” de mejora del bienestar evitando consecuencias que la persona no está en situación de asumir<sup>23</sup>. La alternativa de mantener la capacidad de engendrar hijos para -si ello es inevitable- entregarlos después al cuidado de terceros o de una institución me parece incluso cruel y, desde luego, no impuesto por el art. 23 de la Convención y el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos. Además, como advirtió en su día MUÑOZ CONDE, con ello se perjudica el derecho de los hijos a recibir la asistencia de sus padres (art. 39 CE), cuando ésta resulta del todo imposible<sup>24</sup>.

Por último, al admitirse la sustitución en casos excepcionales, -como hizo en su día la STC 214/1994- creo que desaparecía la calificación como “forzosa” de la esterilización de personas discapacitadas en tales casos: si el consentimiento por sustitución era legítimo y se prestaba con todas las garantías, la intervención era consentida por quien estaba autorizado a consentir. Lo mismo ocurre con las decisiones adoptadas por representación que permite el CC vigente y que, pese a la eventual oposición de la persona discapacitada, no pueden considerarse forzosas en el sentido peyorativo e ilegítimo que pretende el Preámbulo de la ley de la reforma penal. Recordemos, por ejemplo, cómo la STS 589/2021 de la Sala 1ª autorizó la intervención sanitaria no consentida en el domicilio de un afectado por síndrome de Diógenes.

## 2. La situación penal posterior a la reforma de 2020.

### a) El trato diferente de las personas *absolutamente* discapacitadas.

La supresión del segundo párrafo del art. 156 CP deja como único contenido lo que era su primer párrafo según el cual, el consentimiento válida, consciente y expresamente emitido, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, *excepto* si el consentimiento se ha obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o cuando “ 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”.

Obsérvese, en primer lugar, que las personas no afectadas por incapacidad, pero también las afectadas por una discapacidad leve, esto es, no de un modo *absoluto*, pueden solicitar y conseguir una intervención médica por la que se anule su capacidad genésica, sin que nadie intervenga en sus motivos. En cambio, las personas discapacitadas *absolutamente* no pueden prestar su consentimiento, ni directamente ni acudiendo a su sustitución por la autoridad judicial, a petición de su representante, con el procedimiento y las garantías que contenía el derogado párrafo segundo del art. 156 CP, ni tampoco acudiendo al repetido “apoyo” que el nuevo sistema civil supresor de la tutela en beneficio de la curatela proporciona a todas las personas discapacitadas, también con las cautelas que hemos resumido más arriba. En resumen: la persona que padece una discapacidad absoluta no tiene derecho a una actividad sexual sin la consecuencia del embarazo.

<sup>22</sup> GARCÍA ARAN, Mercedes, “Derecho a la integridad física...”, cit., p.116.

<sup>23</sup> En tal sentido, SANTOS MORON, M<sup>a</sup>José, *Incapacitados...* cit., p.144.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización...”, cit., p. 198.

La norma penal vigente es especial respecto a las disposiciones civiles que hemos visto antes y, como tal, reduce las posibilidades -ya de por sí escasas-, de consentimiento por representación que permiten el CC y la Ley de Autonomía del Paciente. Pero, además, a mi juicio, el texto del art. 156 CP restante tras la radical y escasamente meditada reforma impuesta por la LO 2/2020 contradice abiertamente los principios a los que su Preámbulo dice servir en aplicación de la Convención Internacional sobre las personas con discapacidad. Recuértese que tanto la Convención como la LO 8/2021 de reforma del Código Civil admiten -un tanto a desgana-, la existencia de discapacidades en las que el sistema de apoyo pueda no ser suficiente, en cuyo caso, debe acudirse a la representación y adopción de la decisión sustituyendo la voluntad de la persona discapacitada a partir de aquella hipótesis acerca de lo que habría decidido de no padecer discapacidad. Pues bien, nada de eso es admitido por la nueva regulación penal y, como hemos visto, ni siquiera se plantea en el Preámbulo de la ley de reforma por la que, al contrario, se rechaza abiertamente distinguir grados de incapacidad y se pretende consagrar el trato absolutamente igual de todas las situaciones diferentes.

Según el art. 156 CP reformado, quienes padecen una discapacidad absoluta para consentir, son tratados de manera diferente a quienes padecen una discapacidad leve o no absoluta y, por supuesto, a quienes no padecen discapacidad alguna. Las inconcretas y machaconas referencias del Preámbulo de la LO 2/2020 a la no discriminación (ocho veces en dos páginas) se han limitado a defender el derecho de las personas discapacitadas (expresamente, las mujeres) a concebir hijos y formar una familia, pero han olvidado totalmente el derecho a la sexualidad sin consecuencias de las personas que padecen una discapacidad absoluta.

Como vimos, el tema del derecho a la sexualidad había sido abordado y confirmado en la STC 215/1994 y plantea arduas cuestiones, cuya dificultad no puede negarse ni minimizarse, pero que a los autores de esta reforma penal les tienen absolutamente sin cuidado. Hubiera estado bien alguna referencia a que dicho trato diferente resulta razonable -a juicio del Preámbulo- de manera que se respeta el principio de igualdad, pero para ello había que tener en cuenta los antecedentes constitucionales de la legislación derogada y estar dispuesto a proporcionar argumentos sólidos.

Y sobre todo, hubiera sido de agradecer alguna explicación sobre por qué, quienes no pueden ser capaces de consentir sobre su esterilización, pueden ser tratados como capaces para decidir sobre las consecuencias de su actividad sexual, es decir, capaces para decidir sobre la paternidad o la maternidad.

## **b) Las consecuencias de la criminalización.**

Como se ha avanzado en las líneas introductorias de estas páginas, el representante o el curador de la persona con discapacidad absoluta que pretenda defender la sexualidad sin consecuencias de embarazo de quien tiene a su cargo, debería conseguir la participación criminal de un médico o de personal sanitario, arriesgándose unos y otros a una pena situada en la franja de gravedad del homicidio (prisión de seis a doce años). Recordemos que, según el modificado art. 156 CP, se trata de personas con *absoluta discapacidad* para consentir la intervención quirúrgica, lo que probablemente supone también la incapacidad para asumir la paternidad o la maternidad, dicho sea a salvo de lo que, sin duda con mayor fundamento, debe precisar la psiquiatría forense.

Así las cosas, ¿cuál es el panorama jurídico penal que se plantea con la regulación supuestamente protectora de la persona que padece una discapacidad absoluta?

1) la criminalización como delito de lesiones.

La primera posibilidad es la pretendida y defendida por los autores de la reforma penal que nos ocupa, esto es, que el personal sanitario o los curadores de la persona discapacitada que pretendan evitarle las consecuencias de la sexualidad se arriesguen y, en su caso, se sometan a una pena de prisión de seis a doce años. Intentando superar tan maximalista y no compartida opción, pueden considerarse las siguientes opciones:

2) la asunción del embarazo, en nombre de la persona discapacitada.

Cabe plantear la vía también pretendida por la reforma penal a partir del valor absoluto y sacrosanto a la procreación que, como vimos, el Preámbulo sitúa en el derecho a formar una familia, decidir el número de hijos y mantener la fertilidad en igualdad de condiciones (art. 23 Convención). Desde este punto de vista, no hay que hacer nada ni plantearse conflicto alguno en el caso de las personas discapacitadas -insisto, sólo las que lo están de modo absoluto-, que desean mantener una sexualidad activa. Si se produce un embarazo, serán las mujeres las principales afectadas, no sólo durante los nueve meses de su duración, sino también en el parto y sus riesgos. Respecto al hijo o hija, habrá que confiar en los parientes de la persona discapacitada o, como opción propia de un Estado social, en la asistencia social, sea para apoyar la guarda ejercida por la propia persona discapacitada -difícil, pues el CP se refiere a discapacitados absolutos, sea sencillamente para privarle de ella y acudir a la entrega de los hijos para su adopción, puesto que si carecen de capacidad para decidir sobre su esterilización, difícilmente la poseerán para ejercer la maternidad o la paternidad.

3) la privación de la actividad sexual.

En el otro extremo se sitúa la propuesta del Juzgado de Barcelona que cuestionó la constitucionalidad del ahora derogado segundo párrafo del art. 156 CP en un ya lejano 1994 y que hemos visto al introducir estas páginas: cortar de raíz el problema negando la mayor, es decir, negando el derecho a la sexualidad en estos casos y proponiendo su represión mediante la “normal vigilancia” (sic).

No parece ser ésa la pretensión de la reforma penal, teniendo en cuenta que fue promovida por un Gobierno de signo progresista. Sin embargo, conviene advertir sobre un posible prejuicio por el que se considere que una relación sexual con una persona discapacitada es *per se* un delito de agresión o abuso sexual. Desde este punto de vista, cabría negar legitimidad a la protección de la sexualidad de las personas discapacitadas, pero ello no se corresponde con la opción del CP. En efecto, según el art. 181.2 CP no basta con que la persona con la que se mantiene una relación sexual presente un “trastorno mental” para considerarlo como delito de abuso sexual, sino que es necesario, precisamente, que se *abuse* de dicho trastorno. Con independencia de los problemas interpretativos que ello pueda plantear, el sentido de la ley es claro: no toda relación sexual con una persona discapacitada es delictiva ni puede presumirse el abuso, que, por ejemplo, puede estar excluido en casos de relaciones entre personas igualmente discapacitadas. Se dirá que ahí la responsabilidad penal estaría excluida por una causa de inimputabilidad, pero no es necesario acudir a ello, porque -dado el tenor legal-, la relación sexual en tales casos puede considerarse lícita y, por tanto, acreedora de protección.

4) la consideración como tratamiento quirúrgico saludable.

Buscando un argumento jurídico beneficioso de la esterilización excepcional, cabría plantearse su consideración en estos casos como un tratamiento médico quirúrgico destinado a favorecer la salud de la persona discapacitada que ya ha quedado apuntado en el apartado anterior de estas páginas. Para ello, habría que manejar un concepto amplio de salud, como el establecido por la OMS, según el cual la salud no consiste exclusivamente en la ausencia de enfermedad sino que alcanza el logro del bienestar de la persona. Como también se apuntó, la Ley de Autonomía del Paciente es más abierta al autorizar la intervención del representante de la persona discapacitada, -lo que podría ampliarse a su curador-, pero en tal contexto debería argumentarse sobre el beneficio para la salud que puede suponer una intervención de este tipo.

Sin embargo, hay que reconocer el voluntarismo de tal interpretación. Parece claro que en el texto vigente del art. 156 CP, la sexualidad sin consecuencias inasumibles ni siquiera es considerada como parte de un bienestar saludable por la reforma que nos ocupa, de manera que esta vía me parece prácticamente cegada. O, en otras palabras, la consideración de la esterilización en estos casos como delito de lesión grave, impide -o dificulta extraordinariamente-, valorarla como tratamiento quirúrgico beneficioso para la salud. Regresando a los antecedentes y la tortuosa historia de esta regulación penal (*supra*, II), recuérdese que la reforma penal de 1989 equiparó la esterilización sin finalidad terapéutica a otras intervenciones quirúrgicas; antes de tal reforma, ante el silencio legal, cabía la interpretación en clave de protección de la salud como bienestar personal, pero ahora ya no es posible: se dice expresamente que la esterilización no terapéutica de personas discapacitadas absolutas no está exenta de responsabilidad penal.

##### 5) medicación y aborto.

Es cierto que siguen quedando opciones, como la medicación anticonceptiva o el aborto, aunque no son menos problemáticas. La medicación anticonceptiva plantea problemas en personas sin capacidad para consentir la esterilización como las que contempla en nuevo art. 156 CP, esto es, la autorización por terceros de una medicación que puede tener efectos secundarios y que también elimina -aunque temporalmente- esa capacidad genésica que se pretende preservar a toda costa.

En cuanto al aborto en caso de embarazo, tampoco pueden ignorarse los problemas de prestación de consentimiento, para los que me remito al art. 13 de la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y su remisión a la Ley de Autonomía del Paciente, de manera que el consentimiento expreso para el aborto sólo puede obviarse en casos de riesgo grave para la “integridad física o psíquica del enfermo”.

La cuestión está llena de implicaciones conceptuales, de las que no es menor valorar qué se entiende por “riesgo grave para la integridad física o psíquica del enfermo” y su dificultad para aplicarlo a una mujer que, simplemente, está embarazada, pero bastaría con decir que se trata de una intervención más invasiva que la de la esterilización y, por tanto, no puede defenderse seriamente como un mal menor. El argumento de que el aborto no provoca, en principio, la esterilidad y que ésta es definitiva en caso de esterilización, a mi juicio, tampoco se sostiene: el carácter definitivo de la esterilización no es el obstáculo cuando se está hablando de personas de quienes se predica su incapacidad absoluta y permanente para decidir sobre su

capacidad para engendrar. En suma, no se sabe para qué se quiere preservar a toda costa la capacidad genésica de quien, al mismo tiempo, se considera incapaz para consentir sobre la misma.

#### 6) ¿Estado de necesidad?

Por último, llegamos a la posibilidad de aplicar el estado de necesidad como eximente de las lesiones graves del art. 149.1 CP en casos de conflicto grave entre el derecho a la sexualidad y la imposibilidad de asumir sus consecuencias o, si se quiere, el derecho a no asumir la paternidad y, en el caso de las mujeres, a no asumir la maternidad, pero también a no padecer el embarazo y el parto. Cabría plantear la ponderación propia del art. 20, 7ª CP como causa de justificación, en el bien entendido de que como en todas las eximentes, el conflicto subyacente debe ser probado por quien las alegue.

Sin embargo, no cabe ignorar que la regulación penal derogada en 2020 se basaba en dicho conflicto, cuya resolución fue bendecida por la STC 215/1994 ya mencionada. Y, como hemos visto, se hacía mención expresa a su ponderación en la redacción que la reforma penal de 2015 proporcionó al segundo párrafo del art. 156 CP. La reforma de 2020 que ha ocupado estas páginas se basa, precisamente, en la negación de relevancia jurídica al citado conflicto en tanto en cuanto se suprime el párrafo destinado a su consideración<sup>25</sup>, sin insistir ahora en la absoluta incapacidad del Preámbulo de la Ley de reforma para explicarlo o proporcionar argumentos al respecto. Pero, desde el punto de vista de la *voluntas legislatoris*, no hay duda de que se ha pretendido eliminar de raíz la ponderación de derechos en conflicto y, con ello, de la eximente de estado de necesidad. En dicho marco, por tanto, no me parece posible concluir proponiendo la consideración del estado de necesidad.

Pero tampoco la perspectiva de la *voluntas legis*, como voluntad objetiva de la ley -autónoma de la del legislador- aparece como halagüeña, teniendo en cuenta el marco de la Convención Internacional y del Código Civil reformado que parten de negar la sustitución de la decisión de la persona absolutamente discapacitada, ni siquiera atendiendo a su interés objetivo. Y, en todo caso, la declaración del actual contenido del art. 156 CP no permite resquicios porque niega absolutamente la posibilidad de exención penal basada en el consentimiento prestado por los representantes legales, de manera que puede entenderse como norma especial respecto a la circunstancia 7ª del art. 20 CP, suponiendo una excepción a su aplicabilidad.

Las personas discapacitadas con absoluta incapacidad para decidir sobre su esterilización deberán ser privadas de su sexualidad o bien, dejar que, en su ejercicio, asuman o soporten sus consecuencias sin capacidad para ello.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en ALVAREZ GARCÍA (dir.-), MANJON-CABEZA OLMEDA/ VENTURA PUSCHEL (Coords), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, Valencia, 2011.
- ATIENZA, Manuel, "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, 53, 2016.

---

<sup>25</sup> Como un caso de estado de necesidad era interpretada la regulación derogada por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 107.

- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XI, 1986-87.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El consentimiento y la esterilización de los incapaces”, *Cuadernos de Política Criminal*, 44, 1991.
- BRETÓN DIEZ, Natalia/GONZALEZ LOPEZ, Ana Isabel/FERNANDEZ RODRIGUEZ, María/ GUERRA MORA, Patricia, “Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: protección o iatrogenia?”, *Revista de Bioética y Derecho*, 39, 2017.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delito de lesiones. Consentimiento y esterilización de incapacitados: art. 156 CP”, en ALVAREZ GARCÍA (dir.)/ DOPICO (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia, 2012.
- CUENCA GOMEZ, Patricia. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, 10, 2012. <https://doi.org/10.18172/redur.4104>
- GARCÍA ALVAREZ, Pastora, “Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013 por el que se modificaría la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-13 (2014).
- GARCÍA ARAN, Mercedes, “Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos” *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, 1995.
- GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena, “La igualdad constitucional y la interdicción de discriminación”, *Revista de Derecho de la UNED*, 16, 2015.
- GONZALEZ JIMENEZ, Magdalena, “El principio de igualdad y no discriminación”, en LOPEZ GARRIDO y otros (dirs.) *Lecciones de Derecho constitucional de España y de la UE*, vol.2, 201. Valencia, 2018.
- GUILARTE MARTIN CALERO, Cristina, “La reinterpretación constitucional de de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en GUILARTE MARTIN-CALERO(dir.)/GARCÍA MEDINA (Coord.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor, 2016.
- JAEN VALLEJO, Manuel. “Constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos graves”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de GC*, 1, 1999
- MUNAR BERNAT, Pedro A, “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”. *Revista de Derecho Civil*, 3, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos: comentario a la STC de 14 de julio de 1994”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, El mismo: *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2015.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Madrid, 2008.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. Tomo I, vol. 1. Madrid, 1972.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, 19, 1996. <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.03>
- SANTOS MORON, M<sup>a</sup> José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. Madrid, 2000
- SEGARRA CRESPO, M<sup>a</sup> José/ALIA ROBLES, Avelina, “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de curatela a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 8 de septiembre de 2021”, *Actualidad Civil*, 10, 2021.
- SEOANE, José Antonio, “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Ágora. Papeles de filosofía*, 30, 2011.

SOLÉ RESINA, Judith, “La esterilización no consentida de personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, 5, mayo 2019.

- La misma: “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas” *Revista Electrónica de Direito*, 2, 2014.