

Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente  
«BOE» núm. 328, de 17 de diciembre de 2020 [BOE-A-2020-16345]

## 1. CONTEXTO: HABLEMOS DE LA INDEMNIDAD SEXUAL

Ha sido —y sigue siendo— un error recurrente de nuestro legislador, en mi opinión, el tratar la libertad sexual como un bien jurídico cuyo *nomen* merece ser relevado cuando se predica de aquellos que se manifiestan diferentes en atención a las aptitudes que poseen para su ejercicio. Todavía mayor ha sido, a mi parecer, el error doctrinal de pensar que el hábito no hace al monje, o que el *nomen* del bien jurídico no determina su contenido en derechos. Pero esto va al margen.

Con una lógica paternalista y *capacitista*, menores y personas necesitadas de especial protección se han visto frecuentemente privadas por el legislador español de un lugar a la mesa de los adultos en lo relativo al ejercicio de su sexualidad, y fruto de ello ha sido su consagrada exclusión de la titularidad de la común libertad sexual, para asignarles otro bien jurídico que la mayoría de la doctrina especializada ha tenido a bien denominar indemnidad sexual.

Con buen criterio quizás, en el marco del aguerrido debate académico en torno a cuál habría de ser el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales a menores y personas necesitadas de especial protección, Díez Ripollés vio en el artículo 156 CP un implícito reconocimiento de que, a diferencia de la posición doctrinal dominante, dicho bien jurídico no podría ser otro que la libertad sexual (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2000: «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, 6: 82).

Bajo su comprensión, otra posibilidad no sería compatible con la necesaria excepcionalidad que el mismo artículo había demandado históricamente para justificar la exención de punibilidad de una esterilización sin el consentimiento de la persona incapacitada judicialmente: regulada en sede de delitos de lesiones, el mismo artículo declaraba que aquella licencia que el Estado se tomaba para atentar contra los derechos sexuales y reproductivos de las personas incapacitadas judicialmente solo podía justificarse en la necesaria excepcionalidad que planteaba el conflicto de los bienes jurídicos en liza.

A sabiendas de que los datos arrojados por el Consejo General del Poder Judicial —más de un millar en la última década— y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) —solo en el año 2016 cuentan 140 casos— dan

fe de la vergonzante y discriminatoria frecuencia con que esa cláusula de excepcionalidad se ha observado por los poderes públicos, difícilmente uno que pretendiera acercarse de manera imparcial al debate doctrinal acerca de cuál hubiera de ser el bien jurídico de fondo en lo concerniente a la tutela de los derechos sexuales y reproductivos de las personas necesitadas de especial protección podría ya compartir esa dignísima opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, antes citada: resulta difícil seguir argumentando que sea la libertad sexual ese bien jurídico que ha tutelado a las personas necesitadas de especial protección todos estos años en que la excepción de la esterilización se ha convertido en norma, ¿qué libertad sexual habría podido amparar a todas esas personas que de manera sistemática han sido apartadas del derecho a concebir con total desprendimiento de su consentimiento? Y, sobre todo, ¿qué tipo de razonamiento doctrinal podría explicar que, siendo personas funcionales y disfuncionales titulares por igual de libertad sexual, a estos últimos se les esterilizase sin su voluntad, ejecutando con ello lo que en el caso de los primeros habría sido en todo considerado un ataque brutal frente a sus derechos humanos?

Parece seguro que la existencia de una cláusula tal como la contenida en el párrafo segundo del artículo 156 CP hasta la reforma aquí comentada es la que, de facto, ha terminado por quitarle la razón a aquel minoritario sector doctrinal, para dársela a aquel otro mayoritario que abogaba por la indemnidad sexual: solo partiendo de la premisa mayor de que personas disfuncionales y no disfuncionales eran diferentes en cuanto al contenido del bien jurídico que les amparaba frente a los ataques a sus derechos sexuales y reproductivos, podría haber tenido un sentido el ahora difunto párrafo segundo del artículo 156 CP.

Ciertamente, era a través del artículo 156 CP que, a mi parecer, el legislador confesaba que aquello de la indemnidad sexual para las personas disfuncionales no era sino el resultado de una posición política —y moral— por la que acabar otorgando a las personas necesitadas de especial protección la titularidad de un acervo de derechos sexuales y reproductivos cuya rúbrica no se correspondería con la más amplia y digna libertad sexual porque sencillamente iba a ser menor: la de que, en aras de proteger la especial vulnerabilidad de estas personas ante la puesta en práctica de su sexualidad, estaba justificada una respuesta institucional consistente en la exclusión directa, y no en la integración.

## 2. REFORMA: LA LIBERTAD SEXUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

Es reseñable cómo partidos políticos tan en las antípodas como los que actualmente cohabitan el Parlamento español han sido capaces de converger para decir sí a una enmienda urgentemente prescrita por los distintos organismos internacionales a los que nuestro país pertenece: así, el artículo 23 de la Convención sobre los derechos

de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que proclama la obligación de los Estados parte de asegurar efectivamente que las personas necesitadas de especial protección se encuentran en igualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos inherentes a la institución familiar, entre ellos los de fertilidad, o el artículo 39.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que obliga a los Estados parte a tipificar como delito la esterilización forzosa.

Ahora bien, este esfuerzo legislativo verá sus fructíferos resultados minimizados a medio y largo plazo si, como viene siendo frecuente, el fundamento último de tal acuerdo de Estado lo constituye la mera adaptación legislativa nacional a la normativa internacional, y no lo que verdaderamente es perentorio en sede parlamentaria: una concepción integral de los derechos humanos, una que no puede dejar fuera a absolutamente nadie.

La LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, al eliminar el párrafo segundo del artículo 156 CP y derogar la correlativa Disposición adicional primera de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, acaba con la impunidad legislativa de la esterilización acordada judicialmente sin el consentimiento del sujeto afectado en los casos de incapacitación judicial. Hasta hoy, por virtud de la cláusula de exoneración penal contenida en el referido artículo, quedaban fuera del ámbito de las lesiones penalmente relevantes aquellas que, aun efectuadas sin el consentimiento de la víctima por hallarse esta incapacitada de manera permanente para prestarlo, fueran acordadas por órgano judicial en sentencia de incapacitación judicial o procedimiento posterior, atendida la excepcionalidad ocasionada por el conflicto de bienes jurídicos en juego e inspirada en la tutela del superior interés del incapacitado.

La reforma penal, por tanto, al terminar con la posibilidad de práctica impune de esterilizaciones forzosas en supuestos de incapacitación judicial, y derogar el correspondiente procedimiento que la amparaba, da un paso meritorio en la cuestión de la igualdad de los derechos sexuales y reproductivos de las personas necesitadas de especial protección, e insufla una sustancial bocanada de optimismo para lo que ahora se hace imprescindible: tratar de manera definitiva los derechos sexuales y reproductivos de las personas disfuncionales con el estatus de libertad sexual —y no de indemnidad sexual—, que no es otro que el de los ciudadanos y, seguidamente, garantizar efectivamente su ejercicio con políticas de integración reales. En esta línea, constituyen representaciones francamente divulgativas de lo mucho que queda por hacer —y de las que el legislador puede tomar buena cuenta— el valioso testimonio vertido por una parte del colectivo de personas disfuncionales en el documental *Yes, ¡We Fuck!*, elaborado en 2015 por Antonio Centeno y Raúl de la Morena; la novela *Lectura Fácil*, escrita por Cristina Morales y publicada en 2018, o el largometraje *Oasis*, dirigido por Lee Chang-Dong en 2002.

En otras palabras, proveerles de un sitio a la mesa, en lugar de darles de comer aparte, pues la esterilización forzosa solamente se hace necesaria cuando, al umbral de mitos tales como el superior interés del incapacitado, el bien de la familia o la incapacidad de las personas disfuncionales para ser madres y padres, se pretende ocultar de vil manera la ausencia de voluntad de activar los mecanismos políticos, sociales y económicos necesarios para compensar las disfuncionalidades de quienes tienen derecho a que se les trate como lo que son, ciudadanos de plena legitimidad e iguales.

Celebremos el importante paso que el destierro de nuestro ordenamiento jurídico penal de la esterilización forzosa de las personas incapacitadas judicialmente, hasta ahora recogida en el párrafo segundo del artículo 156 CP, supone para el inestimable objetivo que constituye la promoción de los derechos humanos de las personas necesitadas de especial protección.

Jairo BENITO SÁNCHEZ

Estudiante del Máster de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

[jairo.benito@usal.es](mailto:jairo.benito@usal.es)