Modifica la ley N° 20.584 y el Código Penal, para prohibir y tipificar como delito la esterilización permanente de personas discapacitadas menores de dieciocho años de edad

Boletín N°11357-11

ANTECEDENTES

1.- Prácticas Eugenésicas y discapacidad. Desde una perspectiva histórica las personas con discapacidad han sido objeto de diversas *praxis* según la sociedad de que se trate, pero ninguno tan generalizado como las prácticas eugenésicas. De estas existen registros que datan desde la antigüedad hasta nuestros días[1]. Estas prácticas se intensificaron con la formulación de doctrinas y movimientos como el darwinismo social, el cual se centraba en mejorar la calidad genética de la especie humana a través de la selección reproductiva. Esta doctrina, según recuerda Osamu Nagase, consejero de inclusión internacional, fue particularmente popular en Reino Unido, Alemania y Estados Unidos desde comienzos de siglo XX hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. Así, en el año 1907 Indiana fue el primer Estado en legalizar la esterilización obligatoria de "débiles mentales" y personas con "taras o defectos hereditarios", a esta le siguieron 29 Estados más, como también la "*Inmigration Restricction Act*" de 1924.

Países, como Noruega, Suecia, Finlandia, Estonia, Canadá y Japón, entre otros, aprobaron en similares términos leyes de esterilización forzosa. No obstante, el extremo de estas ideas fueron llevadas a cabo en Alemania bajo el régimen Nazi del Tercer Reich. Hitler, estando en el poder, dicta en 1933 una ley para la prevención de descendencia con enfermedades genéticas que establecía que cualquier persona que sufriera una enfermedad hereditaria podía ser esterilizada quirúrgicamente, estableciendo por éstas: la debilidad mental, esquizofrenia, trastorno maniaco depresivo, epilepsia genética, corea

[1] Uno de los últimos casos relevantes fue la denuncia efectuada en contra del Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por las esterilizaciones forzosas, principalmente a mujeres indígenas y personas con discapacidad, ocurridas entre los año 1990-2000. La petición N° 12.191, finalmente termina con una solución amistosa de las partes en el año 2003, obligándose el Estado del Perú, entre otras cosas, a realizar las modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre los temas de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres.

de Huntintong, ceguera genética, sordera genética, deformidad física severa, alcoholismo crónico, entre otras.

Se calcula que entre el año de su dictación y 1939 fueron esterilizadas 375.000 personas. A su vez, el famoso programa "Aktion T-4", basado en la misma lógica, supuso el exterminio de más de 100.000 personas con discapacidad.[2] Los principales responsables de este programa fueron condenados por crímenes contra la humanidad en los procesos de Núremberg, desarrollados entre los años 1945 y 1946. Así, desde estos procedimientos, la esterilización forzosa es considerada por las Naciones Unidas como un crimen de lesa humanidad y un delito grave de violencia sexual, consideración que se mantiene actualmente en el artículo 7, letra g) del Estatuto de Roma.[3]

2.- Desde una perspectiva de derechos, junto con la consolidación y desarrollo de los derechos humanos, se comienza a reconocer a través de diversos tratados internacionales no solo la calidad de sujetos de derecho de grupos especialmente vulnerables como los niños, niñas y adolescentes o las mujeres, sino que también y fruto del proceso de especialización de los derechos humanos, se consagran a nivel internacional derechos específicos en torno a estos grupos, como aquellos referidos a la sexualidad y la reproducción, entendiéndose por tales, según el Capitulo VII de la Conferencia Internacional del Cairo del año 1994, como "*un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña* ***la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia.*** *Esta última condición lleva* ***implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia a su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos****, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y*

[2] NAGASE, Osamu. Difference, Equality and Disabled People: Disability Rights and Disability Culture. 1995.

[3] Artículo 7.Crímenes de lesa humanidad.1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, **esterilización forzada** o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

aceptables, el derecho a servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos."

Desde esta perspectiva, las Naciones Unidas se ha se pronunciado en diversas instancias haciendo un llamado a los Estados para que tomen las medidas apropiadas para asegurar que los servicios médicos sean sensibles a las necesidades de mujeres con discapacidad y sean respetuosos de sus derechos humanos y de su dignidad, lo que incluye no permitir formas de coerción, tales como la esterilización no-consensual, debiendo los Estados expedir una legislación que "prohíba, excepto cuando hay una amenaza seria a la vida o salud, la esterilización de niñas, sin importar si tiene una discapacidad, y mujeres adultas con discapacidades en ausencia de su información completa y libre de consentimiento" (Comité de la CEDAW. Recomendación Gral. N°24: Mujeres y Salud, 1999). En el mismo sentido, y en forma reciente, se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño, determinando que la esterilización forzada es una forma particular de violencia en contra de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, debiendo los Estados Parte implementar medidas legislativas para prevenirlas (Observación Gral. N°13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 2011).

Posteriormente, esta especificación se extendió a las personas en situación de discapacidad, con la incorporación expresa de los derechos sexuales y reproductivos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, tratado que prescribe en su articulo 23 el deber de los Estados Parte de respetar "el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener **acceso a información**, educación sobre reproducción y planificación familiar **apropiados para su edad**, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos" y que ***"las personas con discapacidad, incluidos los niños, niñas y adolescentes, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que las demás".***[4]

[4] Articulo 23. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

Lo anterior tiene suma importancia para nuestro país, ya que dicho instrumento internacional fue ratificado en el año 2008 por el Estado de Chile, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud de lo prescrito en el inciso segundo, artículo 5 de nuestra Constitución Política. Es decir, asumimos como Estado Parte de dicha Convención, el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna y en especial nos comprometimos según el Articulo 4.1, letras a) y b), a **"adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención"** (como el citado en el párrafo anterior) y "**tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y practicas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad".**

3.- Esterilización de personas en situación de discapacidad en Chile. La vulnerabilidad social de las personas en situación de discapacidad de carácter intelectual y psiquiátrica genera una mayor exposición a tratos arbitrarios y de abusos en materia de derechos sexuales y reproductivos, lo que hizo necesario regular desde la autoridad sanitaria los criterios y procedimientos que permitan -solo en determinados casos y cumpliendo una serie de respectos- la ejecución de esterilizaciones quirúrgicas de personas en situación de discapacidad. En este marco surge la normativa administrativa vigente, a través de la Resolución

---

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
c) **Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.**

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Exenta del Ministerio de Salud Nº2326 del año 2000, que fija las directrices para los servicios de salud sobre esterilización femenina y masculina, y que en su parte final se refiere a las esterilizaciones de personas en edad reproductiva que padecen de una enfermedad incapacitante que les produzca carencia de discernimiento, remitiéndose al Decreto Nº570 del año 2000 del Ministerio de Salud. Luego con la Resolución Exenta Nº1.110 del año 2004 del Ministerio de Salud, se aprueba la Norma General Técnica Nº 71, que contiene normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, la que regula el procedimiento de esterilización en personas mayores de edad con discapacidad psíquica que afecte la capacidad para la reproducción, la maternidad y la crianza, y que no tengan la capacidad para dar consentimiento. Tratándose de niños, niñas y adolescentes esta resolución establece que no podrá "*solicitarse un procedimiento de esterilización en menores de edad con discapacidad psíquica, dado que no han completado su desarrollo y de requerir un método de anticoncepción, deberá optarse siempre por métodos anticonceptivos reversibles*."

A nivel general, la realización de estas intervenciones se encuentran reguladas por la reciente ley Nº20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, la que prescribe en su artículo 14 una regla de carácter general, que señala que "*toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud..",* su inciso segundo agrega *"que este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada".* Esta voluntad es manifestada a través de su representante legal, tratándose de niños, niñas y adolescentes. Acto seguido, el artículo 15 establece que no obstante la regla general *"no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:.. c) Cuando la persona se encuentre en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido..".* Más aún, se permite (con prescindencia de este artículo) la aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, como la esterilización con fines contraceptivos, toda vez que el artículo 24 que señala que *"si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización*

con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento".

Es decir, que dándose todas las condiciones que establece la ley, es posible esterilizar en forma permanente e irreversible a niños, niñas y adolescentes, ya sea a solicitud de sus propios representantes legales o bien cuando no es posible obtenerla de estos, por no existir o no ser habidos, con una decisión favorable (o no) del comité de ética del establecimiento, dado que su pronunciamiento reviste solamente el carácter de recomendación (inciso 3 art.17).

Para las mujeres con discapacidad y principalmente con síndrome de Down, la presión de no quedar embarazadas es extremadamente alta. En una práctica irregular en Chile, muchas mujeres con síndrome de Down son sometidas a esterilización sin su consentimiento o sin ser informadas sobre el fin exacto de la operación quirúrgica. La sociedad espera de ellas que no tengan hijos. Sin embargo, algunas anhelan tener hijos tanto como muchas otras jóvenes.

Pese a los avances realizados en la incorporación de las mujeres con discapacidad en muchas esferas de la vida (la formación, el trabajo, la participación activa en la vida asociativa) muchas de ellas siguen siendo disuadidas de ejercer su derecho y capacidad para formar una familia y decidir sobre su maternidad.

Algunas de las razones que podrían explicar este trato discriminatorio, se encuentran incluso, en sus propias familias que siguen oponiendo resistencia para reconocerlas en su rol de esposas y madres, por una supuesta incapacidad para cuidar de ellas mismas y también de otros.

Esta opinión infundada de que una madre con discapacidad no puede o tienen menos posibilidades de educar y criar a sus hijos o hijas está extraordinariamente extendida en la sociedad. Lo que más sorprende, es que profesionales que trabajan en el sector mantengan estas opiniones discriminatorias e injustificadas en muchos casos.

En la esterilización sin consentimiento en personas mayores de 18 años con discapacidad se está violando:

La autonomía del paciente, normas penales y civiles, así como derechos constitucionales, ya que atenta contra la libertad sexual, y el derecho a construir una familia. En el caso de la esterilización de niñas menores de 18 años, se están vulnerando los derechos del niño, y es un crimen de lesa humanidad. -

Por estas razones, consideramos que la esterilización en forma permanente e irreversible con fines contraceptivos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad debe ser prohibido por ley expresa, en términos absolutos y unívocos, que no se permita ni aún con la autorización de sus representantes legales ni con la venia de las autoridades sanitarias correspondientes, dando cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos que regulan la materia y en completa coherencia con los incisos primero y segundo del artículo 9 de la Ley 20.422, que rezan:

"*El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva.*

Asimismo, ***el Estado adoptará las acciones conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos****,* ***en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas"***

OBJETO DEL PROYECTO

Su Objeto es prohibir en forma expresa cualquier tipo de esterilización, sea forzada o voluntaria, con fines contraceptivos que tenga el carácter de permanente o irreversible, tratándose de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, cualquiera sea su origen. Debiendo optar por

métodos contraceptivos que sean temporales y de carácter reversible, sin que afecte su fertilidad o capacidad reproductiva, a fin de proteger sus derechos sexuales y reproductivos en igualdad de condiciones que los demás niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

Este proyecto de ley es un trabajo conjunto de H.D. Ricardo Rincón González, Irma Iglesias Zuazola Vicepresidenta Federación Iberoamericana síndrome de Down, Fiadown, Presidenta Fundación Down 21 Chile, e Iván González Cerp, abogado experto en derecho y discapacidad.-

PROYECTO DE LEY

1.- Artículo 1º: Para agregar un inciso segundo al artículo 24 de la ley Nº 20.584, en el siguiente tenor:

"Tratándose de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, se prohíbe cualquier tipo de esterilización de carácter permanente con fines contraceptivos y que afecte su capacidad reproductiva. En caso de solicitar alguno de sus padres, tutores o curadores un método anticonceptivo, se otorgará alguno temporal y reversible."

2.- Artículo 2º: Para agregar un artículo 395 bis al Código Penal:

"El facultativo que, abusando de su oficio, realizare una esterilización a un menor de 18 años con discapacidad, sin que medie una motivación estrictamente de necesidad médica imperiosa para su sobrevivencia, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Además, si se tratare de funcionario público, será desvinculado ipso facto de cualquier cargo que se encontrare ejerciendo no pudiendo acceder nuevamente a cargo público durante los próximos 5 años, y si no lo fuere, no podrá acceder a cargos públicos por el plazo de 5 años de constatado el hecho."

Ricardo Rincón González

Diputado de la República