



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Informe

Número: IF-2020-76934208-APN-DNPDGSV#MJ

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Martes 10 de Noviembre de 2020

Referencia: INFORME JURÍDICO SOBRE ADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DERECHOS HUMANOS DE LA LEY 26.130

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2006 el Congreso Nacional sancionó a ley n° 26.130, “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”.

Esta ley establece que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud, sin más recaudo que el otorgamiento de su consentimiento informado.

No obstante, su artículo 3 dispone:

“Excepción. Cuando se tratare de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla”.

Esta regulación ha merecido la atención del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que le ha expresado al Estado argentino su “preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado”, y le ha recomendado “que modifique (...) el artículo 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención y tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento”[1].

En consecuencia, en este dictamen se fundamentará por qué el requisito de la autorización judicial para reemplazar el consentimiento informado de las personas “declaradas judicialmente incapaces”, a fin de proceder a la práctica de las ligaduras de trompas, constituye una esterilización forzada que debe ser prohibida por la normativa argentina.

Al mismo tiempo, se darán razones por las cuales el Estado argentino debería promover esta reforma legislativa para de dar cumplimiento a las recomendaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y evitar acciones u omisiones que comprometan la responsabilidad internacional del Estado.

II. LA ESTERILIZACIÓN SIN CONSENTIMIENTO DE LA PROPIA PERSONA CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Sostiene la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el informe “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement”[2] que los métodos de esterilización como la vasectomía y la ligadura de trompas son seguros y eficaces para controlar permanentemente la fertilidad cuando se realizan de acuerdo con los estándares clínicos apropiados y garantizando el consentimiento informado.

Agrega que, como cualquier otro método anticonceptivo, la esterilización solo debe proporcionarse con el consentimiento libre e informado del individuo. Sin embargo, advierte que, en algunos países, las personas que pertenecen a determinados grupos de población, entre ellas las personas con discapacidad, continúan siendo esterilizadas sin su consentimiento pleno, libre e informado.

La esterilización sin el consentimiento pleno, libre e informado de la propia persona ha sido descrita de diversas formas por organismos internacionales y regionales de derechos humanos como un acto involuntario, coercitivo y/o práctica forzada, y como violación de los derechos humanos[3].

Requerir el consentimiento o la autorización de un tercero (incluso de un cónyuge, pareja, médico o funcionario público) para la esterilización anticonceptiva compromete la toma de decisiones, la autoridad y el goce de los derechos humanos. Al tomar una decisión a favor o en contra de la esterilización, un individuo no debe ser inducido por incentivos ni forzado por nadie, independientemente de si esa persona es un cónyuge, padre, otro miembro de la familia, tutor legal, proveedor de atención médica u oficial público[4].

Finalmente, reafirma el informe que ni la esterilización anticonceptiva ni la terapéutica (por ejemplo, manejo menstrual) son procedimientos de emergencia, y que la esterilización para la prevención de futuros embarazos tampoco puede justificarse en motivos de emergencia médica, por lo que ninguna de estas prácticas permite apartarse del principio general de consentimiento informado[5], que siempre es otorgado por la propia persona que se someterá a la práctica.

I. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

II. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley n° 26.378 y elevada a rango constitucional mediante ley n° 27.044, enfatiza constantemente la importancia del ejercicio de la capacidad jurídica por las propias personas con discapacidad para respetar el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.

En el caso de las prácticas de anticoncepción, la capacidad jurídica se encuentra comprometida a través del otorgamiento del consentimiento informado para autorizar la realización de la práctica médica, pero también en el acceso a información sobre otros métodos anticonceptivos o el derecho a planificar si se desea tener hijos, y en caso afirmativo, la cantidad y el momento.

En este sentido, la CDPD refiere en su artículo 12:

“(…)

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (…)

Esto significa que la capacidad jurídica y los sistemas de apoyo no solo deben asegurarse formalmente y de manera abstracta, sino que la persona con discapacidad debe poder tomar sus propias decisiones, con apoyos en caso de ser requeridos, en todos los aspectos de la vida ejerciendo su derecho a la salud y a formar, o no, una familia, por sí misma.

En esta línea, en el art. 25, inc. d) de la CDPD refiere que los Estados “exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

Finalmente, el artículo 23 de la CDPD exige a los Estados asegurar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”, y prestar “la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”, reforzando el deber del Estado de asegurar el ejercicio de la maternidad o paternidad de las personas con discapacidad.

- **Recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos**

El señalamiento del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad al Estado argentino referido párrafos arriba no es aislado, sino que se afirma en la práctica constante del órgano internacional de instar a los Estados a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás, tal como lo establece el artículo 12^[6] de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este sentido, al referirse a todos los aspectos de la vida, puede señalarse que en materia de salud y toma de decisiones el Comité refirió que:

“En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que

sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad. Ese personal debe garantizar también, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas”[7].

El mismo órgano en su Observación General n° 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, ha dicho que:

“En la práctica, suele hacerse caso omiso de las opciones de las mujeres con discapacidad, especialmente las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual, y sus decisiones suelen ser sustituidas por las de terceros, incluidos representantes legales, proveedores de servicios, tutores y miembros de la familia, en violación de sus derechos en virtud del artículo 12 de la Convención. Todas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones^[8]”.

Es importante advertir que “la anticoncepción y la esterilización forzadas también pueden dar lugar a la violencia sexual sin la consecuencia del embarazo, especialmente en el caso de las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual...”^[9], por lo que esas prácticas pueden promover la violencia y el abuso sobre las mujeres que son víctimas de las mismas.

En línea con las recomendaciones citadas del órgano que monitorea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha señalado también que “las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada (...) son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”[10].

Este Comité también recomienda que los Estados deroguen todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género. En particular, se recomienda derogar, entre otras disposiciones, las que permitan realizar procedimientos médicos a mujeres con discapacidad sin su consentimiento informado[11].

Otros mecanismos de monitoreo de derechos humanos dependientes de Naciones Unidas han robustecido estas recomendaciones.

La Relatora Especial para los derechos de las personas con discapacidad ha dado cuenta en sus informes de que las esterilizaciones forzadas suelen “basarse en el argumento de que son una medida de precaución debido a la vulnerabilidad de las niñas y las jóvenes con discapacidad a los abusos sexuales y en la falsedad de que la esterilización mejora la calidad de vida de las niñas y las jóvenes con discapacidad al librarlas de la “carga” del embarazo, ya que “no están en condiciones de afrontar la maternidad”. Sin embargo, la esterilización no las protege de la violencia o los abusos sexuales ni exime al Estado de la obligación de protegerlas de tales abusos. La esterilización forzada es una práctica inadmisibles que tiene consecuencias de por vida en la integridad física y mental de las niñas y las jóvenes con discapacidad y debe erradicarse y tipificarse como delito de manera inmediata”^[12].

El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha recordado que:

“la Declaración de Beijing refuerza la necesidad de protecciones especiales que garanticen el derecho de las mujeres al consentimiento informado. Las mujeres tienen derecho a dar libremente su consentimiento o a rechazar servicios (entre ellos, los servicios de esterilización), los cuales deben ser no coercitivos y respetuosos de su autonomía, privacidad y confidencialidad, y a recibir información de personal debidamente capacitado. Toda exigencia de autorización previa de un tercero infringe la autonomía de la mujer. Los servicios de salud sexual y reproductiva deben estar exentos de coerción, discriminación o falta de información. Los Estados deben garantizar la inexistencia de cualquier forma de coerción en los servicios de salud reproductiva (...) La Plataforma de Beijing recalca el derecho de las mujeres a adoptar decisiones en materia de reproducción sin discriminación, coerción ni violencia, y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo protege el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y los intervalos entre ellos. La esterilización forzosa, cuando se perpetra dentro de un ataque generalizado o sistemático, es un crimen contra la humanidad”^[13].

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por su parte, ha destacado que:

“... La tortura, por ser la violación más grave del derecho humano a la integridad y la dignidad de la persona, presupone una 'situación de impotencia', en que la víctima está bajo el control absoluto de otra persona". Una de esas situaciones, además de la privación de libertad en cárceles u otros lugares, es la privación de la capacidad jurídica, que acaece cuando una persona se ve despojada de su capacidad para tomar decisiones y esta se asigna a terceros”^[14].

“Algunas mujeres pueden sufrir múltiples formas de discriminación a causa de su sexo u otros motivos relacionados con su condición o identidad. Un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son "aptas" para tener hijos. La esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El titular del mandato ha afirmado que "los abortos y las esterilizaciones forzadas practicadas por funcionarios del Estado siguiendo leyes o políticas coercitivas de planificación de la familia pueden constituir tortura”^[15].

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tratado las esterilizaciones sin consentimiento informado en el caso “I.V. vs Bolivia”. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado en este precedente que “el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud (infra párr. 187). Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento”[16].

El tribunal regional también ha señalado que “al poner fin de forma permanente a la capacidad reproductiva de la

mujer, causando infertilidad e imponiendo un cambio físico grave y duradero sin su consentimiento, la esterilización no consentida o involuntaria puede causar un sufrimiento grave, tanto mental como físico”[17].

Finalmente, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI) considera las esterilizaciones forzosas una forma de violencia contra la mujer y da un paso más, recomendando a los Estados incluir disposiciones que criminalicen esta forma de violencia como delito común y como acto conducente al genocidio, crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, a fin de prevenir y asegurar que, de cometerse dichos delitos, sean apropiadamente juzgados y sancionados[18].

I. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO INTERNO

• El Código Civil y Comercial de la Nación

La ley n° 26.130 fue sancionada durante la vigencia del viejo Código Civil, que consagraba el sistema de representación para la toma de decisiones de personas con discapacidad.

En el año 2014 fue sancionado el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), en vigor desde agosto de 2015, que introduce los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad (art. 43):

“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

A su vez, el CCCN, dispone en el artículo 32:

“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Se advierte en esta redacción, que la incapacidad y la curatela —sistema de representación— es hoy en nuestra

legislación un **recurso residual**, una vez garantizada la accesibilidad universal en el acceso a la información y la comunicación y demostrada la ineficacia del sistema de apoyos para la toma de decisiones en un caso concreto.

A mayor abundamiento, al regular con relación a los derechos sobre el cuerpo humano, el CCCN, en su artículo 17, dispone que: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y **sólo pueden ser disponibles por su titular** siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

El artículo 51 del CCCN, a su vez, reivindica la inviolabilidad de la persona humana y el derecho, en cualquier circunstancia, al reconocimiento y respeto de su dignidad. Para asegurar ello, el artículo 56 prohíbe los “actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (...).El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

En línea con esto, el artículo 59, al regular sobre el consentimiento informado para actos médicos, refiere que “Si la persona se encuentra **absolutamente imposibilitada** para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, **siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud**. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

Es decir que en materia de consentimiento informado para actos médicos y derechos personalísimos las decisiones deben ser tomadas por la propia persona, con apoyos en caso de que los requiera (conf. CCCN, arts. 43 y 32) y solo será posible que la decisión la tome otra persona, cuando medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud de la persona.

Como puede advertirse, la condición de discapacidad no configura una excepción al otorgamiento del consentimiento informado, y tampoco las supuestas dificultades o padecimientos que podría tener una persona con discapacidad para transitar un embarazo o la crianza de sus hijos, ya que en esos supuestos el Estado está obligado a prestar la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los niños[19] y también al más alto nivel posible de salud física o mental[20].

Por otro lado, para asegurar la garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento es indispensable que el instituto de los sistemas de apoyo transversalice la legislación, de manera tal de asegurar que las personas con discapacidad sean no solo titulares de los derechos sino también protagonistas en el ejercicio de los mismos[21], reivindicando su condición de sujetos de derecho de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, tanto materia de derecho a la salud como en el de familia.

- La ley n° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Dice la Relatora Especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad en su informe “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, que “la esterilización

forzada de las niñas y las jóvenes con discapacidad es una violación de los derechos humanos generalizada en todo el mundo. Las niñas y las jóvenes con discapacidad se ven sometidas de manera desproporcionada a procedimientos de esterilización forzada por diversas razones, entre ellas eugenésicas, de higiene menstrual o de prevención del embarazo. Las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial, así como las que están internadas en instituciones, son particularmente vulnerables a la esterilización forzada. A pesar de que se dispone de pocos datos sobre las prácticas actuales, los estudios demuestran que la esterilización de mujeres y niñas con discapacidad sigue siendo frecuente y que los porcentajes son hasta tres veces mayores que en el caso de la población en general”^[22].

Es por ello que, aunque la contracepción quirúrgica también puede ser realizada en varones, resulta pertinente recordar que la ley n° 26.485 protege el derecho de niñas y mujeres a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la ley n° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;
- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;
- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;
- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;
- i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;
- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;
- k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

Estos derechos, por supuesto, también alcanzan a las niñas y mujeres con discapacidad. Por eso es importante recordar que la contracepción quirúrgica sin el consentimiento informado de la propia mujer con discapacidad se enmarca en varios de los tipos de violencia previstos en el artículo 5 de la ley (física, psicológica, sexual y simbólica) y también en algunas de las modalidades que prevé el artículo 6 (doméstica, institucional, contra la libertad reproductiva).

- **La Ley de Ejercicio de la Medicina**

La ley n° 17.132 (Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas) fue modificada en ocasión de la sanción de la ley n° 26130, de contracepción quirúrgica, estableciendo en su

artículo 20, en línea con el régimen de representación para la toma de decisiones que sostenía el Código Civil de entonces, que:

“Artículo 20. — Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:

(...)

18º) practicar intervenciones que provoquen la imposibilidad de engendrar o concebir sin que medie el consentimiento informado del/ la paciente capaz y mayor de edad o **una autorización judicial cuando se tratase de personas declaradas judicialmente incapaces**”

Debe señalarse, recordando lo señalado párrafos arriba, que las esterilizaciones sin consentimiento de la persona resultan contrarias al derecho internacional de los derechos humanos y no se encuentran alcanzadas por la excepción al otorgamiento del consentimiento informado que exige el CCCN en el artículo 59, en tanto establece que el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. La contracepción quirúrgica es una práctica médica cuyo objetivo es incapacitar para la reproducción, situación no prevista como excepción, y que no reúne los extremos legales de excepción. Por ello, solo puede ser decidida por la propia persona, y en caso de que ella no diera o no pudiere dar su consentimiento para ello, por mandato legal debiera prohibirse la práctica, siguiendo las recomendaciones internacionales en la materia. Se recuerda aquí tanto el informe de la OMS antes citado: “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement”, como las recomendaciones de los órganos y mecanismos de monitoreo de tratados de derechos humanos.

Por todo esto, la ley de ejercicio de la medicina también debe ser adecuada a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de garantizar igualdad ante la ley a las personas con discapacidad, extendiendo la prohibición del ejercicio de la medicina a la práctica de intervenciones que provoquen la imposibilidad de engendrar o concebir sin que medie el consentimiento informado de todo paciente mayor de edad.

Es indispensable para la vigencia efectiva del derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en igualdad de condiciones que los demás en los términos que exige el derecho internacional de los derechos humanos, que la prohibición establecida no prevea excepción específica para este grupo de autorización por un tercero, aún tratándose de un juez.

I. LA PREOCUPANTE JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA NECESIDAD DE AVANZAR EN UNA REFORMA NORMATIVA

Todo lo expuesto podría entenderse en el sentido de que al ostentar la CDPD jerarquía constitucional y el CCCN disponer una regulación contraria a lo dispuesto por la ley n° 26.130 no es menester promover el cambio legislativo en la materia, sino meramente propiciar interpretaciones adecuadas al enfoque de derechos humanos e instar al control de convencionalidad en el ámbito judicial.

Sin embargo, es importante advertir que en la práctica los casos que se presentan para ser decididos por los jueces, tal como exige la ley n° 26.130 en su artículo 3, dan cuenta de la urgente necesidad de armonizar todo el ordenamiento jurídico interno a fin de ofrecer un sólido marco normativo de resguardo de los derechos

fundamentales de las personas con discapacidad[23], que envíe una clara señal a operadores judiciales, efectores de salud, personas con discapacidad y familiares.

Esto es así dado que las consideraciones vertidas en algunas de las sentencias emitidas y a las que esta Dirección ha podido acceder dan cuenta de un preocupante sesgo capacitista por parte del Poder Judicial y sus auxiliares del ámbito de la salud. Se observa en las consideraciones la referencia al modelo médico de la discapacidad, la tutela a las personas como modo de intervención estatal y la suposición de la persona con discapacidad como carga o desgracia para toda la familia, lo que desconoce las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de la CDPD y la condición de sujetos de derecho de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Este posicionamiento elude un adecuado control de convencionalidad, lo que sumado a las persistentes barreras con las que se confronta este grupo de la población para acceder a la Justicia (CDPD, art. 13), podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino en un caso concreto.

La Constitución Nacional dispone en su artículo 75, inciso 22, la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos enunciados allí. A su vez, la ley 27.044, otorgó ese rango a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la recién citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) obligan al Estado argentino a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos[24].

En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “el art. 75, inc. 22, de la Norma Fundamental, al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos”[25].

También ha sostenido que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido “establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22°, párrafo 2°, de la Constitución Nacional), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”[26].

Con relación a los órganos de monitoreo del sistema internacional de derechos humanos ha considerado que “cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”[27].

Todo ello da cuenta de la obligación del Estado a adecuar la normativa de rango inferior a la de rango constitucional, teniendo para ello en consideración las recomendaciones de los órganos internacionales y regionales de monitoreo de los tratados de derechos humanos.

I. CONCLUSIÓN

La modificación de la ley n° 26.130 es necesaria para garantizar que las personas con discapacidad accedan a la práctica de la anticoncepción quirúrgica en igualdad de condiciones que las demás —es decir solo a través de su consentimiento informado— y a su vez, para adecuar la legislación interna a las obligaciones internacionales que emergen de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado argentino.

Para todo ello se sugiere que el Congreso nacional considere la redacción de un nuevo texto que:

- Derogue el artículo 3 de dicha ley asegurando a las personas con discapacidad el acceso a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud en igualdad de condiciones que las demás, según los recaudos establecidos en el artículo 2 de la ley.
- Prevea la obligación de garantizar la accesibilidad universal de la información relativa a salud sexual y reproductiva, y de la comunicación a los efectos del otorgamiento del consentimiento informado, incluido el derecho a acceder a ajustes razonables[28].
- Introduzca la figura del sistema de apoyos para la toma de decisiones, en los términos previstos por el Código Civil y Comercial y que fueran en este informe considerados, asegurando la capacidad jurídica en el ejercicio del derecho a la salud en igualdad de condiciones con las demás personas, con las salvaguardias pertinentes para evitar manipulación o influencia indebida a través de los apoyos.

Asimismo, se sugiere que el Estado promueva tanto entre los operadores judiciales como entre el personal médico y sanitario -ya sea del sector público o el privado- la toma de conciencia[29] con relación a la opresión que experimentan las personas con discapacidad y la capacitación para que reconozcan su derecho a otorgar el consentimiento informado, con ajustes razonables y apoyo en caso de ser requeridos. También a que se adopten las salvaguardias necesarias para que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas al momento de decidir efectuarse la práctica o no.

Por todo lo expuesto, se sugiere poner el presente informe técnico en conocimiento de las siguientes áreas del Estado, a los efectos que estimen corresponder:

- Cámara de Diputados - Comisión de Acción social y Salud, Comisión de Discapacidad;
- Senado: Observatorio de Derechos Humanos;
- Ministerio de Salud de la Nación, Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva;
- Agencia Nacional de Discapacidad;
- Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad;
- Consejo Federal de Derechos Humanos.

[1] ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), CRPD/C/ARG/CO/1, párrafos 31 y 32.

[2] Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=40E884692B041AC871931EB39FD5FB55?sequence=1

[3] OMS, “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement”, pág.

1; Corte IDH, Caso IV vs Bolivia, Sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 204.

[4] Ídem, pág. 9/10.

[5] Ídem, pág. 9.

[6] CDPD, Art. 12, inc. 2: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

[7] ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n° 1, “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, CRPD/C/GC/1, párrafo 41.

[8] ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n°3 “Sobre las mujeres y niñas con discapacidad”, CRPD/C/GC/3, párrafo 44.

[9] Ídem, párrafo 45.

[10] ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19”, CEDAW/C/GC/35, párrafo 18.

[11] Ídem, párrafo 29.

[12] ONU, La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad, A/72/133, párrafo 30.

[13] ONU, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, A/64/272, párrafo 55.

[14] ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, párrafo 31 y 32.

[15] Ídem, párrafo 48.

[16] Corte IDH, “I. V. vs Bolivia”, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrafo 185.

[17] Ídem, párrafo 266.

[18] OEA, MESECVI, Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará, página 44.

[19] CDPD, art. 23.

[20] PIDESC, art. 12; conf. ley n° 26.657, Ley Nacional de Salud Mental.

[21] ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n°1 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, CRPD/C/GC/1, párrafo 14.

[22] ONU, RELATORA ESPECIAL PARA LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad, párrafo 29.

[23] “R. A. S/ SITUACION”, sentencia del 26 de marzo de 2019, Juzgado Civil, Comercial, de Menores y Familia de Santo Tomé, Corrientes; “A. M. I. N° 1 c. A., J. V. s/ insania s/ casación”, sentencia del 16 de junio de 2016, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

[24] CADH, arts. 1 y 2; PIDCP, art. 2; PIDESC, art. 2 ; CDPD, art. 4.

[25] CSJN, “Simon Julio Hector y Otros S/Privacion ilegítima de la Libertad”, *Fallos*: 328:2056.

[26] CSJN, “Reinoso, Luis Alberto s/ , causa n° 2043/2184, *Fallos*: 331:916.

[27] CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, *Fallos*: 327:3753.

[28] CDPD, art. 2

[29] CDPD, art. 8

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2020.11.10 12:36:12 -03:00

Valeria MONOPOLI
Asesora Legal
Dirección Nacional de Protección de Derechos de Grupos en Situación de Vulnerabilidad
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Digitally signed by Gestion Documental
Electronica
Date: 2020.11.10 12:36:13 -03:00