Documento de acuerdos

Mesa de Trabajo: ***Nuevo Código Civil y Comercial***
Lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos

10, 18 y 23 de noviembre de 2015
Ministerio de la Salud de la Nación

ÍNDICE

PRESENTACIÓN
Página 3

CONSENSOS LOGRADOS
CONCEPTO DE SALUD
Página 4

1. REGLAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA
Página 4

1.1 Prevalencia del principio pro persona (*pro homine*) en materia de derechos humanos
1.2 Interpretación y aplicación de las normas jurídicas relacionadas con la atención de la salud sexual y salud reproductiva: reconocimiento de la mayoría de edad a los 16 años para todas las prácticas relacionadas con el cuidado de la salud

2. REGLAS SOBRE CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS
Página 6

2.1 Artículos 25 y 26 del CCyC: aplicación del principio de autonomía progresiva en adolescentes y configuración de la responsabilidad parental
2.2 Sobre los criterios de interpretación del art. 26 a efectos de indicar criterios etarios para la presunción de autonomía en adolescentes
2.3. Aplicación del artículo 26 del CCyC a las prácticas de salud sexual y salud reproductiva

3. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE SALUD
Página 7

3.1 Reglas en materia de capacidad de las personas con discapacidad
3.2. Presunción de la capacidad
3.3 Ajustes razonables
3.4 Sistema de apoyos

4. LA LEY DE DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
Página 11

4.1 Consideraciones generales para una interpretación no restrictiva
4.2 Efectos de una lectura conjunta de la LDGI y el CCyC en relación a los criterios etarios utilizados por ambas normas

4.3 Sobre los criterios de interpretación del art. 26 en relación a las prácticas de cuidado del propio cuerpo referidas a la modificación corporal relacionada con la identidad de género en NNyA
4.4 Criterios etarios de presunción de capacidad para consentir autónomamente: a partir de los 16 se equipara a la mayoría de edad. Entre los 13 y los 16 se da consentimiento autónomo solo para prácticas que no supongan un riesgo grave para la salud, la vida o la integridad

5. REGLAS PARA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RELATIVO AL ACCESO A PRESTACIONES DE SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA
Página 14

5.1 El consentimiento informado: definición
5.2 Formalidades del consentimiento informado: por regla general es verbal salvo excepciones legales
5.3 El consentimiento lo emite la persona titular del derecho
5.4 Aplicación de las reglas de capacidad al consentimiento informado

PRESENTACIÓN

El presente documento se construyó en base a los consensos logrados en la discusión en la Mesa de trabajo "Nuevo Código Civil y Comercial. Lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos" convocada por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) y el Programa Nacional de Salud Integral en la Adolescencia (PNSIA). El consenso estuvo orientado por el objetivo de construir una lectura conjunta sobre la nueva legislación civil que brinde respuestas a las dudas interpretativas de los Programas con el fin de posibilitar la implementación de las acciones de los mismos y el desarrollo de las políticas públicas en salud sexual y reproductiva. En la mesa participaron un grupo de expertas/os nacionales en la temática e integrantes de equipos de diversas áreas del Ministerio de Salud de la Nación.

Especialistas:

- Nelly Miyersky y Eleonora Lamm (integrantes del equipo de profesoras colaboradoras en la redacción del Código Civil y Comercial).
- Marisa Herrera (integrante del equipo de profesoras colaboradoras en la redacción del Código Civil y Comercial y codirectora del Código Civil y Comercial Comentado de Infojus 2015).
- Silvia E. Fernández (Asesora de Menores, Mar del Plata y especialista en temas de familia, infancia y adolescencia).
- Paola Bergallo (Universidad de Palermo, especialista en derechos sexuales y reproductivos).
- Sonia Ariza Navarrete (Universidad de Palermo, asesora legal Programa Nacional de Salud Integral en la Adolescencia).
- Gustavo Gallo (especialista en derechos de niños, niñas y adolescentes).
- Emiliano Litardo (especialista en derechos sexuales LGBT y derechos humanos).
- Iñaki Regueiro de Giacomi, Mercedes Monjaime, Verónica Gonzalez Bonet (especialistas en derechos de personas con discapacidad).

Convocatoria, organización, coordinación y edición:

- Victoria Cattaneo (asesora legal Programa Nacional Salud Sexual y Procreación Responsable), Constanza Leone (PNSSyPR), Ofelia Musacchio (PNSSyPR) y Victoria Keller (PNSIA).

Participantes:

- Coordinación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, Luciana Kanterewicz y Coordinación del Programa Nacional de Salud Integral en la Adolescencia, Juan Carlos Escobar.
- Coordinaciones y equipos de trabajo de: Programa Nacional de Salud Integral en Adolescencia, Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, Dirección de Sida y ETS y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.
- Dirección de Asuntos Jurídicos del MSAL.
- Secretaría de Políticas Regulación e Institutos.

El debate tuvo como eje transversal el objetivo de lograr una línea interpretativa respetuosa de los estándares constitucionales y convencionales vigentes, tanto por ser éstos la norma preexistente a la nueva codificación civil y comercial, como por ser la ley de superior jerarquía en los términos del art. 31 y 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

CONSENSOS LOGRADOS

CONCEPTO DE SALUD

Este documento se elaboró en base a la definición de salud compleja e integral que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) refiere en su Constitución como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social."[1]

La salud y el cuidado del propio cuerpo es un derecho humano. En Argentina es reconocido como tal con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. El artículo 75 inc. 22, incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos, que contienen específicamente el derecho a la salud.

Asimismo, el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General Nª 14, afirma que el derecho a la salud "es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"[2].

En coherencia con esta concepción integral y positiva de la salud que implica diversas dimensiones (física, mental, social y también cultural, histórica y/o espiritual), se considera deseable que los procesos de atención sean abordados por equipos de salud interdisciplinarios constituidos de modo tal que desarrollen una perspectiva integral y compleja de la salud.

Estructuran, también, este documento los derechos reconocidos en la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

1. REGLAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA

1.1 Prevalencia del principio pro persona (*pro homine*) en materia de derechos humanos

Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación[3], el principio rector de la interpretación de las normas relacionadas con el ejercicio de derechos humanos, es el principio *pro homine*. Este principio funciona como directiva de aplicación de todas las normas jurídicas, implica que se debe tomar siempre como criterio para definir la norma aplicable aquella que favorece *una decisión a favor de la persona* frente a uno o varios textos normativos relacionados o que puedan afectar derechos humanos. Es decir, se debe preferir la aplicación de la norma o interpretación jurídica que conceda un alcance más amplio a los derechos para el mayor número de personas. De acuerdo con la

1 Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

2 Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11

3 Fallos: C. 1787. XL. "Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación" (fallos 329:2265), 20/06/06; A. 2186. XLI, "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737", Causa N° 28/05C. (Fallos 331:858), 23/04/2008; A. 891. XLIV.
"Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.", 25/08/0; Q. 64. XLVI, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/04/2012; F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, 13/03/12; entre otros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este opera como "principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones" (Corte IDH, O.C. 5/85).

En este sentido, la Corte IDH ha establecido, en su opinión consultiva N°5 de 1985[4], como derivación del principio pro homine, al *criterio de reenvío*, aplicable frente a la concurrencia de normas concernientes a la solución de una situación jurídica. En estos supuestos, "la decisión concreta dependerá, en todos los casos, de un ejercicio de aplicación hipotética, que permita, a la vista del caso a decidir, determinar cual sería la solución del caso según se aplicase una u otra norma concurrente y, una vez definido el resultado hipotético de su aplicación, se deberá elegir la norma que sea más favorable a la persona", es decir, la que conceda más derechos o los restrinja en menor medida.

El principio pro homine contiene un criterio hermenéutico que informa todo el ordenamiento jurídico en tanto involucre el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos. En virtud de este principio se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

En este sentido, en el fallo Arriola, la Dra. Highton de Nolasco y el Dr. Maqueda, señalaron que:

> "(...) a nivel internacional también se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85)". (Considerando 23)

Es por lo anterior que, cuando se trata de encontrar la norma aplicable para la atención de la salud sexual y salud reproductiva de cada persona se debe optar por aquella que, de acuerdo con la aplicación del principio general pro homine, reconozca y garantice un mayor alcance a la protección de los derechos humanos. Esto es, aquella norma que permita con mayor alcance el ejercicio directo de los derechos humanos, sin discriminación y con la garantía de acceso a medios eficaces de reclamo en caso de no encontrar satisfecho el derecho.

1.2 Interpretación y aplicación de las normas jurídicas relacionadas con la atención de la salud sexual y salud reproductiva: reconocimiento de la mayoría de edad a los 16 años para todas las prácticas relacionadas con el cuidado de la salud

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) tiene como fuente normativa preexistente y de superior jerarquía a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la Argentina, que contienen los estándares mínimos que deben respetar todas las normas del ordenamiento jurídico interno. Por ello, toda interpretación normativa debe hacerse de acuerdo a los principios pro persona (pro homine), de progresividad y no regresividad, autonomía e igualdad, entre otros.

En este sentido, el CCyC en sus artículos 1 y 2, reconoce la subordinación de todas las normas de ese Código a la Constitución y las normas de derechos humanos, en los siguientes términos:

4 Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Artículo 1: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte…

Artículo 2: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En relación a los derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas, la subordinación legal a la Constitución y a las normas de derechos humanos, se traduce en la aplicación entre otros y fundamentalmente de los siguientes criterios interpretativos: interés superior y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNyA) presunción de la capacidad de todas las personas en todas las circunstancias, pro persona, pro NNyA (pro minoris) e igualdad y no discriminación.

2. REGLAS SOBRE CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

2.1 Artículos 25 y 26 del CCyC: aplicación del principio de autonomía progresiva en adolescentes y configuración de la responsabilidad parental

Para la interpretación de todas las normas relacionadas con NNyA, incluyendo a las NNyA con discapacidad, corresponde ante todo, tener en cuenta que el nuevo CCyC tiene como fundamento el reconocimiento de la categoría de sujetos de derecho a todas las personas. En este sentido, incorpora lineamientos normativos que conducen de manera progresiva, hacia un modelo de familia democrático e igualitario, determinando entre otras cosas, un cambio en la configuración de la responsabilidad parental según los principios contenidos en el artículo 639 inc. a y b.

2.2 Sobre los criterios de interpretación del art. 26 a efectos de indicar criterios etarios para la presunción de autonomía en adolescentes

El criterio de "invasividad" utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de "gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud". Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como "invasivo que comprometa el estado de salud" sino que además se lo asocia a tratamientos que "provocan un riesgo grave en su vida o integridad física". Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado.

Cabe remarcar que en los dos párrafos del art. 26 en que se menciona el término "invasivo" se lo asocia con el compromiso del estado de salud o el riesgo para la vida o integridad física. De esta forma, el cuarto párrafo refiere a "tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física." Y en el quinto, a "tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida".

La evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica que contemple los diversos aspectos de la salud integral. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. El artículo 26 del CCyC, califica la práctica en tanto que "comprometa el

estado de salud" del NNyA, o de que exista *riesgo grave* para la vida o afectación de la integridad física. Es decir, las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas sanitarias, y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad.

Por otro lado, en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término "progenitores" del artículo 26 del CCyC, (según el contenido del artículo 59 del CCyC; ley de derechos del paciente; decreto de la ley de salud sexual) en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud[5]. De esta manera, cualquier "allegado" (artículo 59 del CCyC) o referente afectivo (artículo 7 Decreto 415/2006 reglamentaria de la Ley 26.160) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos.

2.3. Aplicación del artículo 26 del CCyC a las prácticas de salud sexual y salud reproductiva

En consecuencia, se considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos -DIU) no son prácticas "invasivas que comprometan el estado de salud" en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional determinará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente.

3. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU RELACIÓN CON EL SISTEMA DE SALUD

El art. 2 del CCyC establece como pauta de interpretación "las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos", por consiguiente la interpretación de las normas y reglas en relación con las personas con discapacidad debe armonizarse con los estándares y principios constitucionales y convencionales, especialmente los contenidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), incorporada a la Constitución Nacional.

Esta técnica de interpretación constitucionalizada implica que se interpreten todas las normas del ordenamiento en tanto afirmen como regla general la capacidad de todas las personas.

---

5 En este sentido se han pronunciado tanto el Comité de Derechos del Niño en su Observación General Nº 15 de 2013, en relación con la interpretación de los artículos 5 y 9, para los cuales entiende que se debe equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado ya sean "padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tengo una "relación personal estrecha" , la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva Nº 21.

Asimismo, dado que la accesibilidad (principalmente en el entorno físico y comunicacional) se torna un pre-requisito para el ejercicio de derechos, la falta de ejecución de medidas específicas de adaptación en el sistema de salud, se torna una causal de discriminación por motivo de discapacidad. En este sentido los servicios de salud, están en la obligación de realizar esfuerzos para responder de forma adecuada a las necesidades funcionales, comunicacionales y de asistencia para la toma de decisiones, que requieran todas las/os usuaria/os de los servicios, especialmente si se trata de personas con cualquier tipo de discapacidad.

3.1 Reglas en materia de capacidad de las personas con discapacidad

Si bien de acuerdo a los arts. 22[6], 23[7]y 31[8] del CCyC la capacidad para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual, siendo las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional, persiste en la atención sanitaria una fuerte "presunción de incapacidad" de las personas con discapacidad (en adelante, PCD). Esto se basa en el viejo modelo de la sustitución de la voluntad, que implicaba, en muchos casos, que sean las/os "representantes legales" quienes tomen decisiones sanitarias en nombre de la persona titular del derecho.

En el caso de las prestaciones de salud sexual y salud reproductiva, las PCD enfrentan distintos tipos de barreras, tanto físicas como culturales, que se desprenden de esta "presunción de incapacidad". Por esto es necesario reforzar la obligación de atención y prestación de los servicios sanitarios sin barreras o requerimientos especiales innecesarios e ilegales.

En esta comprensión, se considera como medida necesaria que los materiales y documentos producidos desde los programas sobre derechos sexuales y derechos reproductivos mencionen a las personas con discapacidad como destinatarias de esos derechos en igualdad de condiciones que todas las personas. Adoptándose esta medida de carácter transitorio, dado que, aunque resulte redundante (ya que toda la población tiene los mismos derechos sexuales y reproductivos), es necesario visibilizar especialmente los derechos de este grupo de personas en este estado de la reflexión y de la implementación de los derechos de las personas con discapacidad.

3.2 Presunción de la capacidad

La restricción a la capacidad es excepcional y cobra vigencia estrictamente en los términos de la sentencia judicial que así lo declare. Esto implica que todas las personas que no han recibido una sentencia de restricción a la capacidad específicamente relacionada con la toma de decisiones en materia de salud, deben ser tenidas por capaces en el sistema de salud. De tal suerte podrán consentir de forma autónoma, utilizando o no, un sistema de apoyo voluntario y de confianza en los términos que lo deseen.

La discapacidad funcional, intelectual, psicosocial, sensorial o cognitiva no implican en sí mismas una "incapacidad jurídica", y mucho menos en situaciones relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos como lo es el derecho a la salud. Es por ello que en el sistema de salud se deben adoptar medidas tendientes a facilitar que las PCD puedan ejercer sus derechos de manera autónoma y recibir la atención sanitaria en los términos que les resulten más accesibles, aceptables y con la mejor

6 Art. 22: "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (...)".

7 Art. 23: "Toda persona puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

8 Art. 31: "(...) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume (...)".

calidad disponible. Las/os profesionales de la salud están en la obligación de tomar medidas necesarias para garantizar la accesibilidad, como se dijo, no solo física (por ejemplo, camillas, pasillos, escaleras, ascensores, diferentes tamaños de materiales para revisación, etc.) y comunicacional (por ejemplo, en cuanto al idioma, lenguaje sencillo, lengua de señas, sistema braille, forma de transmitir información, etc.), sino también en relación con el ejercicio de otros derechos como la privacidad, confidencialidad, dignidad, igualdad, etc. Es el caso de muchas personas con movilidad reducida, que muchas veces son obligadas a estar durante la consulta con parientes o familiares que faciliten el ingreso a la consulta o incluso la revisación médica, lo cual, especialmente en materia de salud sexual y reproductiva, puede resultar violatorio de los derechos a la privacidad y confidencialidad. Aún más común resulta esta situación cuando se trata de personas con discapacidad auditiva. En estos casos es muy importante que las personas que asisten a la consulta solamente estén presentes con el consentimiento de la PCD y se ofrezca en todo momento que le acompañe cualquier persona de su confianza o incluso se puede solicitar a los organismos de protección de derechos asistencia en caso de que la persona prefiera tener un/a acompañante que no pertenezca a su entorno.

Ahora bien, en el caso de las PCD que tienen una declaración judicial previa que involucre específicamente cuestiones de salud, se debe contemplar que estas sentencias no son permanentes y deben ser revisadas periódicamente. De la misma forma es muy importante que se pregunte sobre los términos de la declaración, ya que puede contener la designación de sistemas de apoyo (ver punto 3.4) para decisiones sanitarias en cuyo caso, debe implementarse el sistema en los términos de la sentencia respetando la capacidad de ejercicio de la persona. O bien, como sucede en la mayoría de los casos, la asistencia esté designada para asuntos civiles o comerciales y por tanto, en el marco de la atención de la salud, pueda diseñarse una estrategia diferente de apoyo o salvaguardia, en caso de ser necesario.

Para erradicar la discriminación y la vulneración de derechos que viven las PCD, la CDPD ha establecido obligaciones para que los Estados tomen medidas tendientes a garantizar el ejercicio autónomo de los derechos por parte de las PCD. Entre otras medidas, se encuentran la adaptación de los bienes y servicios públicos para que sean realmente accesibles a toda la población, incluyendo a las PCD de cualquier tipo, por medio de los "ajustes razonables" (ver punto 3.3); de la misma forma, estableció la obligación de desarrollar mecanismos flexibles e individuales para asistir a las personas en la toma de decisiones y el ejercicio de derechos que se han denominado "sistemas de apoyo" (ver punto 3.4).

3.3 Ajustes razonables

De acuerdo con la CDPD, por "Ajustes Razonables: se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales." Convención de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006; ley 26.378 y ley 27.044).

Se reconoce, entonces, que los equipos de atención de la salud deben acomodar sus prácticas para asegurar la accesibilidad a través de *ajustes razonables* como: modificación de los espacios de consulta, adaptación del lenguaje y los materiales de información para que sean comprensibles, utilización de formas de comunicación accesibles, etc. Todo ello teniendo en cuenta la garantía y respeto del ejercicio de sus derechos como pacientes o usuarios/as de servicios de salud: privacidad,

confidencialidad, información, consentimiento informado, no discriminación, y los demás derechos contemplados en el capitulo 4 de la ley 26.657 de Salud Mental, entre otros.

3.4 Sistema de apoyos

La implementación de un sistema de apoyos para la toma de decisiones y/o el ejercicio de otros derechos es, en si mismo, un derecho de todas las personas. No se trata de un requisito para el ejercicio de los derechos y en ningún caso su implementación formal o informal puede suponer una barrera de acceso a las prestaciones requeridas. Las medidas de apoyo tienen como función promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El apoyo consiste en una asistencia para que la persona pueda recibir la información y decidir por si misma.

Este derecho, de todas las personas, implica la posibilidad de elegir a una o más personas de confianza (ya sea dentro de la familia, la comunidad, el equipo de salud o las instituciones de protección de derechos) para que acompañen el proceso de toma de decisiones, en este caso sobre el cuidado del propio cuerpo.

La designación del sistema de apoyo puede ser judicial o administrativa (en el sistema de salud, por ejemplo). Se trata de un mecanismo que permite a la persona ejercer sus derechos personalmente. No es una forma de representación ni sustitución y por tanto es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardias adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por el/la titular del derecho.

En todos los casos donde una persona tiene apoyo designado judicialmente para actos relativos a su salud, quien toma las decisiones sobre el cuidado de su cuerpo es la persona. El apoyo nunca sustituye su decisión.

En caso de que la persona no tenga designación de apoyo con el objeto de asistencia en salud y la persona solicite acompañamiento, podrá nombrar a alguien de confianza para que le asista.

En los casos de personas sin restricciones a su capacidad de ejercicio, también tienen derecho a solicitar un sistema de apoyo.

Las terceras personas deben acompañar la decisión de la persona. En ningún caso existe la sustitución de voluntad con consentimiento.

El criterio para ser persona de apoyo no es otro más que la confianza y empatía. No se requiere título profesional de ningún tipo. Puede ser una persona allegada. La persona de apoyo puede ser una persona con discapacidad. Lo esencial es la elección y la aceptación por parte de la persona.

Estando en proceso de transición, actualmente no están regulados los modos de acceder a apoyos administrativos. En este sentido, el equipo de salud puede desarrollar un rol activo para que se ejerza este derecho ofreciendo alternativas posibles. El rol de los equipos de salud en estos momentos implica proponer/ ofrecer sistemas de apoyo y escuchar las propuestas para las personas que se acerquen a los servicios. Es importante no presuponer que la persona necesite ser acompañada, y consultar si está eligiendo la persona que la acompaña y no asumir que es el apoyo.

Los equipos interdisciplinarios de salud son fundamentales en la atención y pueden ser parte integrante del sistema de apoyo. Esto no implica confundir el apoyo con instancias de evaluación o la patologización/medicalización del abordaje.

También es fundamental contemplar que el personal de las instituciones donde las personas asisten no siempre vela por los derechos de estas personas. En estos sentidos, se considera prioritario reforzar la capacitación a los equipos de salud. Así como contemplar los mecanismos para resguardar el cumplimiento de los derechos de las personas.

De este modo, se deben contemplar *salvaguardias*, ya que se reconocen que puede haber abuso en la intervención de esas personas, por lo que se prevé un control que realizado por un organismo externo a los fines de velar para que se respete la voluntad de esa persona.

Por ejemplo, para que una mujer con discapacidad intelectual o psicosocial pueda tomar una decisión autónoma de practicar un aborto no punible, se requiere que preste consentimiento informado. El Estado debe garantizar que la mujer será oída y que su voluntad no será sustituida. Suponiendo que la mujer cuenta con un sistema de apoyos para la toma de decisiones, la salvaguardia sería un sistema de controles periódicos llevado a cabo por un órgano externo e independiente cuya función es controlar que el sistema de apoyos respete la voluntad de la mujer, por ejemplo si hubiera conflicto de intereses. Las salvaguardias se definen caso por caso. Ese órgano externo, en el caso de aborto no punible, podría ser el Órgano Federal de Revisión de Salud Mental. En el contexto del fallo "F. A. L. s/medida autosatisfactiva" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se puede concluir que las salvaguardias no deberían provocar la judicialización del caso, ni transformarse en una nueva barrera.

4. LA LEY DE DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

4.1 Consideraciones generales para una interpretación no restrictiva

El art. 2 del CCyC, ya citado, establece la interpretación constitucionalizada de las normas asociadas a la disposición del cuerpo en el marco de los tratamientos para afirmar el género, por consiguiente, deben ser interconectadas con los estándares internacionales para la accesibilidad al ejercicio de derechos, reconocimiento de la personalidad jurídica, la obligación estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violencias de género, para proteger a todas las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero (en adelante, LGBT) e intersexuales.

La identidad de género no se corresponde ni con un determinismo biológico (anclado en la linealidad sexo, género y sexualidad) ni cultural (según el cual hay una distribución de características o atributos sociales entre mujeres y varones dada la asignación de roles en la sociedad). La identidad de género es expresión de una serie de prácticas de normas o pautas contingentes, situadas históricamente y variables. La persona se construye en su identidad de género en el mismo instante en que asume su género. No hay identidad de género previa al sujeto ni tampoco inmutable sino que hay posibilidad de dispersión en las diferencias de género.

La Ley de identidad de género (en adelante, LDIG) considera que la identidad de género es la vivencia —interna e individual— del género (art.2). No hay una definición de género en si misma sino asociada con la construcción de la identidad que la persona hace mediante su vivencia, o que es lo mismo, la ley asume que el género se construye en los actos que tienen lugar a partir de las relaciones sociales, la vivencia autónoma, y propia. Esa vivencia se vuelve materia *en y para* el cuerpo. No es posible desligar

la "identidad" del "género" (porque cada persona se vuelve inteligible cuando se le es reconocido un género relacional) y tampoco el género de la vivencia corporal. La identidad, en este aspecto, puede estar correspondida por el sexo asignado al nacer o por la vivencia personal del cuerpo o puede prescindir del sexo atribuido.

Por otro lado, la LDIG fija un modelo no patologizante de género; potencia la autodeterminación de género de las personas; ilustra posibles maneras de afectar el cuerpo mediante la expresión de la identidad de género escogida libremente; acierta en definir que la despatologización no es desmedicalización del cuerpo y su expresión identitaria.

Por todas estas razones, debe entenderse en general y en relación a las tensiones que pudieran presentarse en la lectura conjunta de ambas normas, que los procedimientos que prevé la LDIG y sus decretos reglamentarios son constitutivas del *cuidado del propio cuerpo* (CCyC, art. 26 último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio.

4.2 Efectos de una lectura conjunta de la LDGI y el CCyC en relación a los criterios etarios utilizados por ambas normas

Dado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad auto-percibida son prácticas de *cuidado del propio cuerpo*, reguladas en el art. 26 del CCyC, se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro persona y pro *minoris*, implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA.

En este sentido, el mismo art. 13 de la LDIG afirma que:

> *"Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo."*

De acuerdo al art. 26 del CCyC, corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, puede peticionar los procedimientos que habilita la LDIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (Terapia de Hormonación e Intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género. De acuerdo con las reglas establecidas en dicho artículo, las prácticas solicitadas deberán ser catalogadas, de forma tal que solo aquellas que sean consideradas "invasivas que ponen en riesgo la salud", deban requerir que las/os adolescentes entre 13 y 16 años, sean asistidos por quienes ejerzan roles de cuidado.

4.3 Sobre los criterios de interpretación del art. 26 en relación a las prácticas de cuidado del propio cuerpo referidas a la modificación corporal relacionada con la identidad de género en NNyA

El criterio de "invasividad" utilizado por el artículo 26 CCyC debe interpretarse como tratamientos de "gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud". En este sentido se interpretará que los tratamientos, terapias, prácticas o intervenciones de modificación corporal relacionada con la identidad autopercibida, solo serán considerados "invasivos que afecten la salud" en los términos del art.26 del CCyC, en el caso de que la evidencia científica muestre que existe riesgo de afectación grave del estado de salud general de la persona, es decir de resultar consecuencias lesivas o no deseadas que resulten graves para la salud o la integridad de la persona. En caso contrario, no se entenderá tales tratamientos, terapias, prácticas o intervenciones como "invasivos que ponen en riesgo la salud".

4.4 Criterios etarios de presunción de capacidad para consentir autónomamente: a partir de los 16 se equipara a la mayoría de edad. Entre los 13 y los 16 se da consentimiento autónomo solo para prácticas que no supongan un riesgo grave para la salud, la vida o la integridad

En este sentido, se propuso considerar que de acuerdo con el tipo de intervención solicitado por NNyA en relación con la modificación corporal en relación a la identidad autopercibida y el criterio de la *lex artis* para dichos procedimientos, la edad de consentimiento autónomo puede variar entre los 13 y los 16 años. Dado que como se dijo se prefiere la aplicación del criterio contenido en el artículo 26 del CCyC, se descarta cualquier tipo de intervención judicial o representación técnica (*Abogado del niño*) en el proceso de consentimiento de estas prácticas.

A partir de diversas investigaciones llevadas a cabo por organizaciones LGBT, se conoce que el proceso vivencial de la identidad de género comienza ya en la infancia, por lo que resulta central para garantizar los derechos de NNyA el reconocimiento de la autonomía progresiva en relación al cuidado de su propio cuerpo. En este sentido se considera que a partir de los 16 años, existe equiparamiento a la mayoría de edad para este tipo de prácticas. Entre los 13 y los 16, de acuerdo con el tipo de intervención, la regla deberá ajustarse: las prácticas como las intervenciones quirúrgicas, puede solicitarse hasta los 16 años, únicamente con la asistencia de personas que ejerzan roles de cuidado y acompañen el proceso. En este sentido, se señaló que no debe entenderse de forma restringida el concepto de progenitores, sino con un criterio amplio que incluya a personas que ejerzan roles de cuidado formal o informalmente.

En función de los criterios mencionados, se señaló como necesario generar investigación que permita contar con evidencia científica en torno a las terapias hormonales y sus efectos a largo plazo, incluyendo aquellos esquemas que tienen como objetivo la detención del desarrollo puberal. Asimismo es fundamental que sean respetados los derechos reproductivos de las personas que solicitan terapias hormonales y/o cirugías de modificación corporal. Por ello, es imprescindible que reciban información completa sobre los efectos que dichas intervenciones pueden producir en relación con la fertilidad, a fines de garantizar la libertad de toma de decisiones en relación a los derechos tanto sexuales como reproductivos. En ese sentido, como recomienda la Guía para equipos de salud "Atención de la Salud Integral de Personas Trans del Ministerio de Salud de Nación, no debe asumirse que quien solicita un tratamiento de hormonación o una cirugía de modificación corporal renuncia de manera automática a sus derechos reproductivos.

5. REGLAS PARA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO RELATIVO AL ACCESO A PRESTACIONES DE SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA

5.1 El consentimiento informado: definición

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del CCyC, "el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada".

Se aclara que el consentimiento informado es un proceso que inicia desde el comienzo de la atención y se prolonga durante toda la relación sanitaria. Este proceso tiene por finalidad garantizar que el/a usuario/a del servicio tome decisiones sanitarias basadas en la información necesaria. Para ello, es imprescindible que reciba y comprenda toda la información sanitaria relacionada con su estado de salud y las alternativas disponibles y adecuadas a su situación particular, los riesgos y beneficios asociados a cada una, así como el marco legal que le protege y los derechos que le asisten en el cuidado de su propio cuerpo y su salud.
No se trata por tanto, de un momento, sino de un proceso de expresión de la voluntad que se va dando a través de la consulta y durante toda la relación sanitaria.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 26.529 de derechos del paciente, "el consentimiento informado es obligatorio para toda actuación sanitaria", no solo para las prácticas o prestaciones.

5.2 Formalidades del consentimiento informado: por regla general es verbal salvo excepciones legales

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 26.529, de Derechos del paciente, "el consentimiento será verbal" por regla general, salvo las siguientes excepciones, en los que será por escrito y con firma del/ paciente: "a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos; e) Revocación" del consentimiento informado."

Se recuerda que, tal y como se afirmó anteriormente, por "procedimientos invasivos" debe entenderse aquellos de "gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud".

En el mismo sentido, es importante reconocer que esta regla general aplica también al consentimiento informado de NNyA y de personas con discapacidad. Por tanto el consentimiento verbal será otorgado por la NNyA de acuerdo a su autonomía progresiva. En los casos en que sea necesaria asistencia, se acompañará con el asentimiento de un progenitor/a, entendido en sentido amplio para incluir allegados y referentes afectivos. En el caso de las personas con discapacidad, podrán otorgar consentimiento verbal de forma autónoma, o con la asistencia del sistema de apoyo adecuado a sus condiciones particulares.

En los casos en los que se requiera consentimiento por escrito, se debe asegurar que existan los ajustes razonables para permitir que tanto NNyA como personas con discapacidad, puedan comprender el contenido del documento y dejar asentado el sentido de su voluntad. La firma podrá emitirse en cualquier formato (braille, manuscrito, digital, audio, etc.) o idioma. Otros ajustes, podrán ser por ejemplo, sustituir la firma por la impresión dactilar, o utilizar cualquier otro mecanismo que indique que la persona comprende la información y expreso su voluntad en tal sentido, como la firma de una persona que haga parte del sistema de apoyo, el/la profesional de la salud, entre otros.

5.3 El consentimiento lo emite la persona titular del derecho

El artículo 59 del CCyC dispone que "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario", ello incluye a NNyA y a las personas con discapacidad.

En este sentido el código desarrolla el paradigma de la capacidad progresiva para NNyA que supone que será el/la propio/a titular del derecho quien emita su voluntad, con la asistencia adecuada de acuerdo con su capacidad de discernimiento (capacidad de comprender información y tomar decisiones). De la misma forma, en la caso de las personas con discapacidad, se sigue la regla de la presunción de la capacidad, así como el derecho al uso de apoyos para la toma de decisiones, en los casos en los que la persona lo considere necesario.

5.4 Aplicación de las reglas de capacidad al consentimiento informado

Se reafirma que las reglas para la capacidad de las personas en actos relacionados con el cuidado de su propio cuerpo se contienen en el artículo 26 del CCyC, cuya aplicación es obligatoria en los casos en que no exista una norma especial que reconozca más derechos (principio pro persona/ pro homine) .

Este artículo, establece como regla general la autonomía progresiva y la presunción de la capacidad para todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad. Esto implica que todas las personas que estén en condiciones de recibir información (con los ajustes razonables adecuados a sus condiciones), comprenderla y tomar decisiones, podrán otorgar su consentimiento de forma autónoma.

En este sentido, debe entenderse que *para el otorgamiento de consentimiento informado para prácticas sanitarias, sean estas terapéuticas o no, se reconoce capacidad plena desde los 16 años* (artículo 26 CCyC). Por tanto, desde los 16 años todas/os las/os adolescentes pueden consentir autónomamente todas las prácticas sanitarias relacionadas con la salud sexual y reproductiva, incluyendo la adecuación corporal en materia de identidad de género, etc.

Tal y como la misma norma lo establece, a partir de los 13 años las/os adolescentes pueden consentir de forma autónoma las prácticas sanitarias, salvo en los casos en que se trate de "tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o esté en riesgo la integridad o la vida" en los cuales la /"el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores". Nuevamente se recuerda que el término progenitores, en materia de cuidado del propio cuerpo debe leerse en sentido amplio, como se indicó.

Se reafirma que todas las prácticas de anticoncepción transitoria pueden ser consentidas autónomamente desde los 13 años, al igual que todas las prácticas de salud reproductiva que no supongan riesgo grave para la salud, la vida o la integridad de las/os adolescentes.