

**Nº 404/12**

**“M., S. O. Y A., E. S. P/ SU HIJA MENOR  
M.P.A. P/ MED. AUTOSATISFACTIVA”**

Mendoza, 11 de Junio de 2013.

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO**

I. Que llegan estos autos a la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Asesora de Menores a fs.52, contra la resolución de fs.48/51vta., por la que se hace lugar al pedido de los padres de M. P. A. , menor de edad, con padecimiento mental, para que se le practique ligadura de las trompas de Falopio.

II. La Asesora de Menores expresa agravios a fs.58/61vta. Luego de invocar los derechos reconocidos a los niños y enfermos mentales y personas con discapacidad, expresa que la enfermedad mental que padece M., debilidad mental, no cumple con los requisitos exigidos por el art. 3 de la ley 26.130, siendo la capacidad la regla general establecida por el Código Civil y la ley de salud mental, con fundamento en el respeto a la libertad y dignidad humana, por lo que no es posible declarar otras incapacidades que las establecidas por la ley, no pudiendo llegarse a ella por vía interpretativa.

Sostiene que la exigencia de la ley 26.130 “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, de que la persona sea declarada incapaz no es caprichosa, sobre todo luego de la modificación de la ley de salud mental al art. 152 del Cód. Civil, al que le agrega un tercer párrafo, el que además de establecer el principio de que las declaraciones de inhabilitación e incapacidad deben procurar que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Manifiesta que M. es una joven de 15 años que, aún con su salud mental afectada, posee una capacidad de maternar altamente positiva y si bien la pericia señala limitaciones y la necesidad de apoyo psicológico para ejercer el rol materno, no pude dejar de advertirse de que está pasando por la etapa adolescencial con una discapacidad funcional que no son estados inmodificables.

Se agravia de que M. no haya sido informada por los profesionales de la salud de la posibilidad de optar por otros medios anticonceptivos alternativos, sino que se ha estado a la voluntad e interés de sus padres.

Considera conculcado el derecho a la salud reproductiva de su representada, de conformidad a las previsiones que en relación al matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales contienen el art. 23 de la CDPD, en especial, el derecho de las

personas con discapacidad, incluidos los niños y niñas, de mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con los demás. Invoca la aplicación del principio pro homine.

Por último se agravia del dispositivo 2 de la resolución apelada en cuanto dispone que en forma previa a la ligadura tubaria y por los riesgos quirúrgicos que conlleva toda intervención quirúrgica, se informe a M. y a sus padres de la alternativa de colocarle un DIU como método de contracepción, con sus ventajas y desventajas. Entiende que ello debió hacerse en forma previa a lo decidido, con el debido control judicial.

Señala que M. no padece una enfermedad mental grave; que no se ha probado que debe estar medicada en forma permanente, la urgencia en realizar la ligadura tubaria, ni el riesgo a la salud que futuros embarazos podrían representar para M. y el niño por nacer; no existiendo sentencia de incapacidad a pesar de haber sido invocado por sus padres.

Pide el rechazo de la demanda.

**III.** Corrido el traslado de los agravios, los padres no contestan a pesar de haber sido notificados de conformidad a la cédula de fs.65.

**IV.** De la lectura del fallo recurrido surge que la juez de grado fundó la autorización y la opción alternativa, en:

**a.** Que a pesar que tanto el art. 3 de la ley nacional n°26.130 como el art.4 de la ley provincial n° 7.456 exigen que, cuando se trate de personas declaradas incapaces judicialmente, se requiera autorización judicial para las prácticas de contracepción quirúrgica, a través de sus representantes legales, y que M. no ha sido declarada incapaz, el hecho de padecer debilidad mental y ser menor de edad, hace aconsejable el control judicial.

**b.** Que el derecho personalísimo en juego en el presente es el “derecho a la integridad”

**c.** Que de conformidad a la pericia realizada a M., ésta no posee capacidad para comprende los alcances de la medida solicitada por sus padres, por lo que el consentimiento informado lo deben prestar sus representantes legales.

**d.** En que M. fue escuchada en el proceso y sobre las decisiones a tomar sobre su cuerpo.

e. En los informes del Centro de Salud n°168 y del Comité de Bioética del Hospital Notti, los que aconsejan la ligadura de trompas.

f. En el derecho a la salud reproductiva en sus tres aspectos: información, prevención y planificación. Que a efectos de prevenir futuros embarazos, otros métodos anticonceptivos menos agresivos han fracasado en M., conforme a lo informado por el Centro de Salud que ha realizado el seguimiento del caso. En que la colocación del DIU no funciona necesariamente como recaudo previo a la ligadura de las trompas, si esta aparece como la alternativa más segura.

g. Que la pericia determina que la causante tienen serias limitaciones para ejercer el rol materno sin apoyo profesional psicológico.

h. En la historia vital de M.

**VOTO DEL DR. GERMÁN FERRER:**

Abordaré en forma conjunta los agravios referidos a que M. no es una incapaz declarada judicialmente, con el referido al consentimiento informado, por estar íntimamente relacionados. Tal como correctamente lo interpreta la juez de grado, la razón de la norma del art. 3 de la ley 26.130 es aplicable a todos los casos de personas afectadas en su salud mental que se vean imposibilitadas de prestar su consentimiento informado, interpretación que concuerda con el principio general establecido por el art.2 de dicha ley, al autorizar las prácticas médicas de contracepción denominadas ligadura de trompas de falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, a toda persona “*capaz y mayor de edad*” que en forma previa, preste su *consentimiento informado*. No es que los incapaces no puedan acceder a las mismas, sería una discriminación inaceptable a los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts.1, 3 b), 4.1., 5.1., 6, 7, y especialmente el 25 ...”a) *Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud [...] incluido en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.*” En igual sentido el art.24 de la Convención sobre los derechos del Niño, en relación al derecho a la salud.

Este derecho, comprensivo del derecho a la planificación familiar, debe ser reconocido y protegido respecto de toda persona, mayor o menor de edad, capaz o incapaz, declarado judicialmente o no, que esté en condiciones de procrear.

La finalidad perseguida por el art.3 de la ley 26.130 es que, en caso de personas incapaces, además del pedido de sus representantes legales, por la trascendencia del acto

para la salud y para la integridad física del paciente y las consecuencias que produce en sus derechos sexuales y reproductivos, exista control judicial.

La única diferencia es que, en los declarados judicialmente incapaces, la incapacidad para requerir el control judicial no debe probarse pues, se presume, mientras que en los no declarados, lo que se presume es su capacidad y debe probarse que padecen una incapacidad intelectual que le impide prestar el consentimiento informado.

Lo que a su vez se condice con el espíritu de la ley o intención del legislador al permitir la esterilización como práctica anticonceptiva electiva, sin necesidad de indicación terapéutica, como resultante de reconocer los derechos humanos relacionados a la sexualidad, la procreación y la planificación familiar, haciendo primar el principio de autonomía personal.

En el mismo sentido, reconociendo que los disminuidos mentales tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, pero con una serie de limitaciones para su ejercicio derivadas de su propia insuficiencia, que sin afectar su derecho en sí, alteran o modifican su ejercicio, que el ejercicio de los derechos personalísimos están subordinados a condiciones de madurez, por lo que el pedido de autorización judicial, no implica un acto contra la voluntad del incapaz, sino de voluntad suplida y si bien la esterilización supone una intervención corporal practicada sin consentimiento sobre el cuerpo del incapaz, lo contrario, implicaría excluir a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, lo que llevado a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para su salud. (Tribunal Constitucional Español, citado por Aida, Kemelmajer de Carlucci en “Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica, el derecho sobre el propio cuerpo”, cit. en fallo V.,S.R. p/isania, 16/3/2005, Juzgado de Familia n°3 de Tupungato, en un caso análogo, publicado en RDF. N°31, p. 211 y ss.).

M. no solo padece una enfermedad o deficiencia mental incapacitante, sino que además, es menor de edad.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, al referirse al tema del derecho del niño a su propio cuerpo, aborda la dicotomía entre “capacidad” y “competencia”, señalando que: *“...tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación. [...] En suma, la autoridad parental decrece en un proceso dinámico, al mismo tiempo que el niño crece y logra*

*autonomía personal. Hoy se afirma, incluso, que el derecho del niño a su propia determinación (self determination) es parte de los derechos de su personalidad “ (‘El Derecho del Niño a su propio cuerpo’, en ‘Bioética y Derecho’, Rubinzal-Culzoni, 2.003, p.110).*

Sigue diciendo esta distinguida autora que, *Capacidad* es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos, y, por seguridad jurídica, las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad; y *Competencia* es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos, que se va adquiriendo gradualmente, debiendo analizarse si el sujeto, en cada situación concreta, entiende o no, acabadamente lo que se le dice, cuál es el alcance de tal comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.

Cierra la idea razonando que la noción de *consentimiento informado* está unida a la noción de discernimiento y, consecuentemente, al de *competencia*; se trata de un “*estado psicológico empírico en que puede afirmarse que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal*” (*ídem*, p.114/115). Cuando el paciente no es competente, el consentimiento informado lo debe prestar su representante legal (p.135).

La ley 26.529 que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, al referirse al consentimiento informado en su art. 5, lo conceptualiza como *la expresión de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales en su caso.*

En consecuencia, tal como surge de los informes del Centro de Salud n°168 y de las pericias psicológica y psiquiátrica realizadas a la menor, la misma padece un retraso mental leve, no estando en condiciones de comprender en profundidad los alcances de la medida solicitada, por su limitación intelectual y por consiguiente, el consentimiento informado lo deben prestar sus representantes legales con el control judicial.

Ahora bien, la apelante, sostienen que no se ha brindado la debida información sobre las consecuencias de la ligadura de las trompas de falopio como condición previa para que pueda hablarse de consentimiento informado, ni sobre la posibilidad de usar como método alternativo el DIU.

De los informes del Centro de Salud n° 168 donde se ha atendido a M. y su madre, se desprende que es esta última la que solicita a los profesionales de dicho efector de

salud, la ligadura tubaria para su hija ante el fracaso de otros métodos anticonceptivos, a fin de evitar nuevos embarazos. Asimismo, de la audiencia celebrada a fs.33 con M. y la Asesora de Menores ante la juez, surge que, dentro de sus limitaciones intelectuales y socio-culturales, la menor sabe que tal técnica anticonceptiva a realizarse sobre su cuerpo implica el no poder tener más hijos, a lo que asiente. En igual sentido, se pronuncian sus padres en la audiencia realizada a fs.34 y vta., por motivo de la enfermedad mental de su hija y el hecho que deba tomar medicación.

En la misma audiencia los padres reconocen que no han sido informados por los profesionales de la salud que atienden a M. de la alternativa del DIU, como método anticonceptivo menos drástico, manifestando que su hija tiene miedo porque cree que le produciría cáncer, por haberle sucedido a una vecina que se lo colocó y que el temor en realidad es de la madre, por experiencias cercanas sobre el tema.

Si bien es cierto que tal omisión restaría eficacia al consentimiento informado por así exigirlo los arts. 5 incs. e) y f) de la ley 26.529 y 4 inc. b) de la ley 26.130 en relación a la información previa que debe recibir el paciente y/o sus representantes legales, del profesional y/o equipo profesional interviniente, con los caracteres de clara, precisa y adecuada, la misma es salvada suficientemente en la resolución apelada, toda vez que la magistrada actuante no impone sino que por el contrario, deja la decisión final sobre la acción terapéutica que resulte adecuada para la finalidad perseguida –evitar nuevos embarazos en M.- al equipo profesional médico que la atenderá, disponiendo que en forma previa a la ligadura, se informe a M. y sus padres, en forma clara, precisa y adecuada a su nivel socio-educativo, respecto de las ventajas y desventajas de la colocación del DIU como método alternativo. Va de suyo que, conforme a los términos del primer dispositivo, si luego de tal asesoramiento, los profesionales actuantes entendieran que la ligadura no es necesaria, deben abstenerse de realizarse informando al juzgado tal como reza la última parte del segundo dispositivo. Quizás convenga redactar esta última parte con mayor claridad para evitar interpretaciones equívocas.

Si bien tal como lo expone la Asesora de Menores, hubiera sido preferible que esta información se brindara en forma previa a resolver, no podemos dejar de advertir que sin perjuicio de la finalidad del control judicial como garante de los derechos de la incapaz, la decisión corresponde al ámbito de la relación médico-paciente. Este es el espíritu que anima a la ley 26.130 que, salvo para estos casos, no exige la intervención judicial. La resolución, en protección de los derechos sexuales y procreacionales de M., marca con claridad al equipo profesional, la metodología y parámetros a seguir para

decidir cuál es el método de contracepción más adecuado para ella. Como dijimos, entendemos que basta con dejarlo expresado con mayor claridad en la resolución apelada.

De todos modos, a fs. 80 el Centro de Salud informa que se le sugirió el DIU y lo rechazó. No se dice si le informaron adecuadamente los beneficios y los riesgos de dicho método anticonceptivo, ni por qué motivo lo rechazó. Tampoco del informe se puede inferir si la paciente cumple o no con la toma diaria del anticonceptivo oral. Lo que sí queda plasmado es que no cumple regularmente con los turnos dados por el Centro de Salud para dichos controles ginecológicos.

Por ende, sin perjuicio de la negativa apuntada y de que no se puede establecer si concurrió sola o con alguno de sus progenitores, se mantendrá el dispositivo II, con algunas modificaciones.

No podemos olvidar que estamos frente a una pretensión urgente que requiere de una respuesta jurisdiccional oportuna y eficaz, frente a un proceso que se inició en julio de 2011.

Piénsese que en un supuesto más grave como el del aborto de la mujer incapaz violada, el art. 86 del C.P., que exige como condición previa, el consentimiento de la propia víctima o el de sus representantes legales cuando es incapaz, no requiere de autorización judicial previa y deja el tema reservado a la decisión médico-paciente y en su caso- representantes legales del incapaz (Cf. SCJN, "F., A.L. s/medida autosatisfactiva", 13/3/2012, LAL LEY 2012-B, 198).

Por último, la apelante se agravia por entender que, dado que M. sufre sólo un retraso mental leve, la ligadura de las trompas de falopio resulta injustificada y violatoria de sus derechos sexuales, reproductivos y a la intimidad. Invoca en su defensa los derechos reconocidos a las personas con discapacidad por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Suscribo plenamente a los principios, derechos y finalidades perseguidas por la CDPD. No dudo en que todas las personas son iguales ante la ley y tienen la misma capacidad jurídica o de derecho, ni en la necesidad de evitar toda discriminación, entendiendo por tal a toda distinción o trato diferente injustificado y para ello, en la modificación de las pautas culturales y sociales que provocan tales discriminaciones. Pero resulta un despropósito en relación a estos postulados, considerar que las personas con discapacidades tienen la misma capacidad de obrar, es decir, de ejercer por sí, los derechos de que son titulares, porque es justamente en miras de salvar esta dificultad,

según el tipo de enfermedad o minusvalía que padece la persona, que la Convención establece una serie de medidas de protección y salvaguarda. Si no asumimos esta realidad existencial, lejos de protegerlos, lo que haremos es dejar a las personas con discapacidad física y/o mental, absolutamente desprotegidas jurídicamente frente a los abusos de terceros y de la sociedad toda y en el peor de los casos, equivale tanto como a desconocerle los derechos de que son titulares y que tanto se proclaman.

El derecho a procrear no puede ser enunciado sólo en términos abstractos y dogmáticos pues, implica la posibilidad de elegir libre y conscientemente cuándo, cómo y con quien mantener relaciones sexuales y concebir un hijo, y de poder ejercer una maternidad-paternidad responsables socialmente, para evitar que los niños nacidos y la comunidad toda, sufran las tristes, traumáticas y costosas consecuencias de la ineptitud y/o irresponsabilidad parental. (Cf. Pedro, Hooft, "La protección de personas con discapacidad. La ligadura tubaria con finalidad terapéutica de carácter preventivo: una respuesta constitucional y biotecnología", RDF n°31, ps- 233 y ss., quien cita a este respecto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en especial su art.16, inc. 1).

Dice Graciela Medina: *"La esterilización de incapaces se presenta como un problema arduo, ya que el derecho a procrear o no hacerlo es un derecho personalísimo y en principio ellos no admiten su ejercicio por representante. Por otra parte, resulta indiscutible que no se puede esterilizar indiscriminadamente incapaces por razones eugenésicas. La cuestión resulta judicialmente cuando median razones terapéuticas para la esterilización del incapaz, o cuando su propia incapacidad le impida atender adecuadamente a su descendencia. En ambos casos creemos que corresponde la esterilización del incapaz, por las siguientes consideraciones: - Si se admite la posibilidad de aborto de la mujer incapaz profunda (idiotas o dementes, art.86 del CPen.) que ha sido violada, no vemos porque no admitir una intervención tendiente a evitar embarazos no deseados, sobre todo porque por su propia incapacidad tales mujeres suelen ser víctimas fáciles de abuso sexual. - Pretender el control o supervisión continuo por parte de los guardadores, curadores o progenitores, a fin de evitar toda actividad sexual resulta, a veces, imposible, y en otros supuestos, más invasivo y lesivo de los derechos de la incapaz. - La justificación de las esterilizaciones de incapaces graves está en su imposibilidad de dar réplica a las exigencias éticas y jurídicas que derivan de la condición de madre. ("Bioética, Libertad Sexual y Derecho", en RDF n°21, ps. 107/108; CCiv. Com y Cont. Adm., Río Cuarto, Córdoba, 17705/94, L.L., G. I", LLC, 1995-824, Juz. Crim. Y Coord. N°3, Mar del Plata, 6/12/96 "C., J.L. Y Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal Gral. de Agudos de Mar del*

*Plata”, L.L. 1998-F-884, en este fallo el juez, Dr. Pedro Hoof dijo: “...no están dadas ahora ni siquiera mínimamente las condiciones humanas de la procreación, conforme con las cuales, en determinadas circunstancias el derecho de tener un hijo se transforma en un deber de no tenerlo [...]mal podría decirse entonces que la procreación sea la expresión de una decisión libre y responsable, como no lo es tampoco en este caso respecto del hipotético progenitor. En estas circunstancias si bien existe en abstracto un derecho a la procreación, ésta ha de ser realizada, dentro de las llamadas condiciones humanas de la procreación, donde los intereses superiores del niño por nacer deben recibir también –y prioritariamente- adecuada protección”).*

En consecuencia dicha valoración, de si la ligadura de las trompas de Falopio es o no necesaria, debe hacerse teniendo en cuenta las condiciones personales, familiares, económicas y sociales de la persona en cuestión.

Los informes del Centro de Salud que atiende a la familia A.-M., describe una situación de pobreza estructural con hacinamiento crítico y colecho. M. se inserta dentro de un grupo familiar numeroso (15 hijos), con antecedentes de abuso sexual, con la muerte de un hijo de M. nacido con defectos congénitos que murió al nacer. En la actualidad la causante tiene otro hijo recién nacido. Detectan escasa supervisión de M. por su grupo familiar y escasa conciencia de la deficiencia mental de la misma. Falta de continuidad en los controles médicos y ginecológicos, en especial en relación a los métodos anticonceptivos. Dudas respecto a quién es el padre del bebé. Del mismo modo, de las pericias psíquicas que se le realizan es dable destacar, a los fines de lo que es objeto de análisis, que la joven no logra entender y comprender acciones y comportamientos de terceros, exhibiendo una actitud ingenua y aniñada. Si bien observan un vínculo afectuoso y cálido entre madre e hija, presenta una importante limitación para ejercer el rol materno, necesitando de la ayuda constante de profesional psicólogo y el acompañamiento continuo por parte del monitoreo del Programa Guías de Familiares. Refiere tres episodios de suicidio; con inteligencia subnormal, según evaluación clínica de aparente nivel leve bajo, con suficiente funcionamiento operativo, presenta pensamiento concreto y limitado a sus circunstancias y juicio crítico de tipo concreto conservado.

Desde esta perspectiva, si bien la deficiencia mental que padece M. es leve, su contexto familiar y su historia vital marcada por condiciones de vida paupérrimas sin la debida contención y protección familiar frente a su situación de vulnerabilidad, potencian las limitaciones que a la joven le provoca su enfermedad mental en relación a la posibilidad de ejercer una maternidad responsable y satisfactoria para ella y para los hijos por venir.

La propia afectada, dentro de sus limitaciones intelectuales, parece darse cuenta de ello en la audiencia con la Asesora de Menores y la Juez cuando expresa que prefiere quedarse sola –sin pareja- y con un solo hijo. Desde la argumentación de la Asesora, si M. es apta para ejercer su derecho a procrear, también lo es para decidir no hacerlo. Por su contexto familiar y social, no es previsible que esta situación mejore, por el contrario, lo más lógico es pensar que en cualquier momento empeore. Es que las carencias de todo tipo que presenta el grupo familiar y en especial sus padres como adultos referentes, enmarcan la vida familiar de sus integrantes dentro de condiciones inestables, con pronóstico reservado.

El Comité de Ética del Hospital Humberto Notti, luego de informar que ha analizado detalladamente las variables médicas, psicológicas y socioculturales expresadas como hechos objetivos en el expediente, considera que puede accederse a la ligadura de trompas tubarias, sin perjuicio de señalar que advierten algunas contradicciones en el informe pericial psiquiátrico que se contradicen con los antecedentes del caso y sus posibilidades futuras de realizar una vida saludable y responsable.

Lo que sucede es que la pericia psiquiátrica efectuada a fs.24/25, tenía por objetivo concreto, establecer si M. reunía los criterios médico-legales para incluirla dentro del concepto jurídico de incapaz a los términos del art. 141 del C.C. Por ello, frente a las posibles dudas de cómo o en qué sentido o con qué alcances interpretar determinados términos de la misma, debe darse mayor relevancia a la pericia psicológica de fs.19/20 ya que la misma estaba dirigida puntualmente a los aspectos relacionados con su capacidad de ejercicio del rol materno.

Como acertadamente lo señala la juez a quo, la ley no exige que para acceder a la contracepción quirúrgica, los pacientes en forma previa hayan utilizado otros métodos anticonceptivos sin éxito o que hayan expresado su rechazo. Lo que la ley exige es que el paciente y en caso de falta de competencia, sus representantes legales, hayan sido informados de la existencia de los mismos, con sus ventajas y desventajas, conforme sea la situación del requirente. (cf. María V. Famá, “El derecho a no ser padre. Un nuevo avance en torno de la admisibilidad de la esterilización anticonceptiva”, RDF. 2005-I, p.137).

Desde la mirada de los derechos económicos, sociales y culturales, en relación al sector poblacional que se encuentra bajo la línea de pobreza –como el presente- y un Estado deficitario en cuanto a los recursos y políticas destinadas a hacer efectivos estos derechos, *la misma autora expresa: “La esterilización se presenta muchas veces como la alternativa menos costosa de planificación familiar, en tanto implica una única*

*intervención quirúrgica permanente frente a otros métodos anticonceptivos que resultan inaccesibles por su costo para un importante sector de la población (como el preservativo, la píldora, los espermicidas, etc.), o que requieren controles periódicos, como el dispositivo intrauterino (DIU)” ( ob.. cit.p.139).*

De los informes del Centro de Salud n° 168 antes referidos, en particular el de fs.12, surge que uno de los problemas y causa del último embarazo de la causante, se debe a la falta de continuidad en los controles ginecológicos y del uso de los anticonceptivos entregados. Además siendo en estos casos la madre, quien por la identidad de género y mayor conocimiento, se ocupa del tema en relación a las hijas mujeres, del mismo informe se desprende que la madre de M. debe ocuparse de sus otras hermanas lo que provocó que fueran disminuyendo los cuidados de M. por parte de ésta y sus hermanas y la falta de conciencia de ambos padres respecto al control que deben tener sobre su hija debido a su debilidad mental.

En consecuencia, sin perjuicio de dejar al equipo médico la valoración sobre si el DIU puede resultar en el caso un método anticonceptivo alternativo eficaz, los elementos de prueba objetivos recolectados en la causa, dejan traslucir que, aunque sus padres prestaran el consentimiento informado para ello, siendo quienes deben garantizar los controles periódicos necesarios, no aparecen como aptos para tal cometido. Teniendo presente que el centro de protección es la incapaz, la intervención jurisdiccional tiene por objetivo primordial, garantizar sus derechos por lo que, sin perjuicio de oír y respetar en la medida de lo atendible la opinión de sus padres, en última instancia corresponde resolver lo que mejor garantice su derecho a una sexualidad satisfactoria y responsable, y a un estándar de vida saludable.

Ha quedado probado que, más allá de la discusión que pueda generarse sobre el alcance de la enfermedad mental, en lo relativo a sus derechos sexuales y reproductivos, M. no resulta competente para tomar decisiones libres, en el sentido jurídico y moral del término, ni está en condiciones de procrear responsablemente, por lo que la resolución apelada resulta ajustada a derecho y a la plataforma fáctica descrita en autos.

El informe de fs.80 refuerza esta conclusión pues, el anticonceptivo inyectable que se le venía suministrando y que otorgaba mayores garantías por su duración (un mes), es desaconsejado por las consecuencias que a largo plazo puede tener sobre su salud, y se indica anticonceptivo oral (ACO). Como es sabido, su eficacia depende de la toma diaria con estricto cumplimiento, caso contrario los riesgos de embarazo son de una alta probabilidad.

Por consiguiente considero que únicamente corresponde modificar el fallo en su dispositivo segundo a fin de coordinarlo adecuadamente con el primero, evitando confusiones, sobre todo, en el equipo médico a intervenir.

**VOTO EN DISIDENCIA DE LA DRA. CARLA ZANICHELLI:**

Adelanto que, con el debido respeto que me merece la opinión que antecede, no comparto el criterio sustentado por mi colega de Cámara y que por el contrario considero que el recurso debe prosperar, denegándose en consecuencia, la autorización solicitada.

Un primer aspecto a destacar en el caso es que la autorización judicial a los fines de la práctica quirúrgica de ligadura tubaria, es solicitada, por la progenitora de una joven menor de edad -17 años a la fecha de la presente resolución- que no ha sido declarada judicialmente incapaz.

Ahora bien, la ley nacional N° 26.130/06, que regula el régimen de las intervenciones de contracepción quirúrgica puso fin a la polémica existente en punto a estas prácticas con posiciones opuestas que oscilaban entre el reconocimiento pleno de la autonomía y la defensa de la salud sexual y reproductiva, y la consideración de las mismas como técnicas de dudosa licitud cuya realización se entendía susceptible de hacer incurrir al médico actuante en la figura penal de delito de lesiones.

Con anterioridad, regía la ley 17.132/67 la que en su art. 20 inc. 18 prohibía a los médicos realizar intervenciones “esterilizantes” si no mediaba “indicación terapéutica precisa”.

Previo a la sanción de la ley nacional mencionada, la postura restrictiva era la imperante en los tribunales de nuestro país, quienes consideraban este método quirúrgico, como una medida de excepción, que era autorizada cuando eran acreditadas circunstancias de riesgo a la vida de la mujer; se la consideraba una intervención prohibida, en caso que el pedido fuera fundado exclusivamente en la voluntad informada de la solicitante.

La nueva normativa incluye la anticoncepción quirúrgica como método contraceptivo dentro del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (arts. 1 y 8) modifica el art. 7 de la ley de ejercicio de la medicina 17.132, estableciendo que deberá ser provisto por el sistema público de salud (art. 1) y cubierto por las obras sociales y prepagas (art. 5); requiere el consentimiento libre e informado sólo del paciente –y no de su cónyuge-, salvo en incapaces donde se exige autorización judicial (arts. 2,3 y 4) y contempla la objeción de conciencia del profesional interviniente (art. 6).

El art. 1 de la ley 26.130 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”. El art. 2 prevé que tales intervenciones sólo están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado, agregando luego que no se requiere autorización judicial, excepto en los casos contemplados en el art. 3 el que prevé el supuesto de la persona declarada judicialmente incapaz, en cuyo caso es presupuesto ineludible la autorización judicial solicitada por el representante de aquélla.

La ley provincial N° 7.456, la que a la fecha no ha sido reglamentada, en su art. 1° autoriza a “los profesionales médicos a realizar en los establecimientos hospitalarios estatales o privados de la Provincia, debidamente habilitados para el ejercicio de la medicina por el Ministerio de Salud u organismo que lo reemplace, tanto en hombres como en mujeres, las prácticas médicas destinadas a obtener la contracepción quirúrgica, con métodos reversibles. El art. 2° prevé que “las prácticas establecidas en el artículo anterior serán efectuadas por indicación terapéutica correspondiente y/o a requerimiento de hombres o mujeres. En lo que aquí interesa, el art. 4°, establece que “de tratarse de personas declaradas incapaces por sentencia judicial, la autorización deberá ser tramitada ante sede judicial por su representante legal”.

La contracepción quirúrgica consiste en método que tiene como objeto propio e inmediato bloquear, definitiva o temporalmente la facultad reproductiva de una persona. Entre los métodos de esterilización femenina la Salpingestomía parcial es el tipo más común: mediante la técnica de Pomeroy se hace la ligadura o resección de trompas. Es posible revertir sus efectos mediante microcirugía, repermeabilización y/o recurriendo a técnicas de reproducción asistida, por lo cual ya no se la considera irreversible. Pero estos métodos deben ser valorados como permanentes y, según la bibliografía que se consulte, los índices de reversibilidad por microcirugía seguidos de embarazo oscilan entre el 35 y el 65%. Debe considerarse además su alto costo económico no cubierto por obras sociales ni prepagas siguiendo igual parámetro la posibilidad de acudir a métodos de inseminación artificial (cfr. Siverino Bavio, Paula, “Derechos humanos y ligadura de trompas. Comentario a la ley 26.130”, Publicado en: LA LEY 15/11/2006 , LA LEY 2006-F , 1254).

Considero que la nueva ley representó un gran avance en el reconocimiento legislativo expreso de los denominados derechos sexuales y reproductivos, derivados de los derechos constitucionales a la salud, a la igualdad y a la autodeterminación personal

(arts. 16, 18, 19, 41, 42, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, art. 16.1 e) de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer).

Coincido con Mielnicki en el sentido que no hay dudas que la salud reproductiva es un derecho humano de toda persona en edad fértil, integrante del derecho a la salud integral y que comprende la consolidación, el respeto y al efectiva concreción de principios, derechos y garantías esenciales que aseguren a las personas el ejercicio de su sexualidad plena con libertad y autonomía. “El derecho a decidir qué, cuándo y cómo”. Así el personalísimo a la procreación (o derecho reproductivo) se reconoce en la decisión personal de ejercer la maternidad y la paternidad en sentido físico o biológico. Es comprensivo, y lleva implícito el derecho a no ejercer tales funciones, no reproducir (el derecho a la no procreación). En cambio los derechos sexuales se refieren a la posibilidad de acceder a una sexualidad plena, que también implica el derecho a no concebir fruto de esa práctica sexual, a la anticoncepción (o contracepción) a través del método y por el tiempo que la persona libremente decida (cfr. Mielnicki, Diego, “La ley 26.130 “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgicas y los derechos fundamentales”, publicado en Sup. Act. 12/10/2006, La ley online).

En el caso, la Juez de grado otorga la autorización peticionada a fin de practicar la ligación tubaria a la joven M., partiendo de la base que la misma “no posee capacidad para comprender los alcances de la medida solicitada por sus padres”. Agrega que “cuando se considera que un paciente es incapaz para tomar decisiones respecto a su diagnóstico o tratamiento se le retira la potestad de hacerlo y son otros los que tienen que tomar las decisiones en su lugar, es decir la decisión por substitución o representación” (cfr. cuarto párrafo del considerando II-). Luego cita un fallo jurisprudencial que autorizó a una paciente que no había sido declarada insana o inhabilitada judicialmente, pero débil mental, para una intervención quirúrgica, poniendo de resalto que se trataba de una persona incompetente para intervenir en la toma de decisiones respecto de su salud (cfr. octavo párrafo del considerando II-).

Podría decirse que la sentenciante encuadró la venia supletoria solicitada en el art. 3 de la ley 26.130 en cuanto prevé que cuando se trata de una persona declarada judicialmente incapaz es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla. Ello a pesar de que la menor causante no ha sido declarada incapaz.

Es que con respecto a los menores, en el art. 1° de la ley mencionada se hace referencia a los sujetos beneficiarios como “toda persona mayor de edad”, es decir, personas con 18 años cumplidos.

Coincido con la posición sustentada por Mielnicki en el sentido que si bien la ley en estudio descarta la posibilidad de que los menores puedan acceder al derecho a la anticoncepción quirúrgica, basado ello en el derecho a la autodeterminación, cuestión que trasunta razonabilidad en función del carácter de la contracepción y de tratarse de una decisión que implica consecuencias de suma importancia, lo cierto es que en el entendimiento que los menores no son los incapaces del art. 3, para el caso de afectación a su salud en el sentido integral, además de ser debidamente escuchada su opinión, debería estarse al criterio terapéutico con especial atención a lo que resulta compatible con su interés superior para el resguardo de su salud y su prioritario beneficio (cfr. Mielnicki, Diego, op. cit.).

Es decir que, estimo, que aún cuando se trate de una persona menor de edad que no ha sido declarada judicialmente incapaz, en caso que su interés superior así lo aconseje, es procedente la autorización. En otras palabras, ni la minoridad ni la falta de declaración judicial de incapacidad a tenor de lo previsto por el art. 3 de la ley 26.130 constituyen un valladar insuperable para autorizar una práctica como la aquí peticionada. Pero lo que sí advierto es que en estos casos es necesaria la intervención judicial. Formulo esta aclaración, por cuanto para cierto sector la ley sólo exige la venia supletoria para los casos de personas declaradas judicialmente incapaces (cfr. Rosales, Pablo, “Derecho a la ligadura de trompas y vasectomía. Ley 26.130”, La Ley 2006-E-1480).

No obstante considero, al igual que lo expresado por el Ministerio Pupilar en su medulosa presentación de fs. 58/61, que en el caso no han sido acreditadas las condiciones de procedencia de la venia supletoria solicitada.

Así no han sido probadas razones terapéuticas válidas que aconsejen la práctica de la mentada intervención. Si bien en el escrito de demanda sus progenitores invocan que para que M. pudiera llevar a adelante el embarazo, los médicos ordenaron la suspensión de todos los medicamentos que tomaba regularmente por cuanto perjudicaban la salud del bebé, dicho extremo no ha sido probado por medio alguno. En oportunidad de practicársele el informe pericial que glosa a fs. 24/25, la perito informa que M. niega recibir medicación alguna y que los datos que aporta impresionan confiables. Si bien refiere tres episodios de intento de suicidio, con fecha posterior a la

pérdida de su primer hijo, a raíz de los cuales recibió medicación en el pasado, al momento del examen ya no recibía medicación.

Por otra parte tampoco ha sido acreditado que la misma se encuentre imposibilitada de ejercer el rol materno. Por el contrario la pericia psíquica que glosa a fs. 19/20 da cuenta que si bien por su grado de debilidad mental M. requiere de la constante ayuda por parte de profesional psicólogo a los fines de sostener el ejercicio de rol materno, durante la interacción entre M. y su pequeña hija se detecta una vinculación altamente positiva, de calidez y atención; que se advierte en el vínculo materno/filial una vinculación estrecha entre ambas, desde la demostración de afecto y cariño depositado en la pequeña. En el informe de fs. 24 se expresa que discrimina con asertividad lo bueno de lo malo en cuanto a las pautas de alarma para con su hija. No existen constancias posteriores en la causa de las que surja una situación de desamparo de su pequeña hija.

Los casos jurisprudenciales en donde se ha concedido la autorización en casos de incapaces revelan una situación excepcional, en donde indubitablemente la técnica quirúrgica como método anticonceptivo aparece como la única alternativa posible a fin de hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos de la persona. Así por ejemplo en un fallo dictado por el Superior Tribunal de la provincia de Río Negro se otorgó la venia supletoria a tales fines a un joven mujer, declarada insana, quien padecía de un retraso mental de moderado a grave, de origen congénito, con serias dificultades cognitivas y en su capacidad de autoprotección, no pudiendo ejercer el control de actividad conductual frente a situaciones simples; todo ello potenciado con la precaria situación familiar, el alto grado de vulnerabilidad, la imposibilidad de criar un hijo y de utilizar en forma responsable un método anticonceptivo ( fallo del 15/06/2011, comentado por Yuba, Gabriela "Sobre la efectividad y garantía de los derechos humanos y los métodos anticonceptivos quirúrgicos irreversibles en las personas incapaces", publicado en LLPatagonia 2011 (octubre), 481, La Ley online).

Es que como bien lo pone de manifiesto Graciela Medina, resulta indiscutible que no se puede esterilizar indiscriminadamente incapaces por razones eugenésicas. La cuestión resulta judiciable cuando medien razones terapéuticas para la esterilización del incapaz, o cuando su propia incapacidad le impida atender adecuadamente a su descendencia. La autora citada luego agrega que la justificación de las esterilizaciones de incapaces graves está, entre otras consideraciones, en su imposibilidad de dar réplica a las exigencias éticas y jurídicas que derivan de la condición de madre (cfr. Medina,

Graciela, "Bioética, libertad sexual y derecho", Revista de Derecho de Familia N° 21, pág. 81, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2002).

En el sub lite no se ha probado que M. no pueda ejercer de modo alguno su rol materno y menos aún que se trate de una incapacitada grave.

Incluso, tengo en cuenta que de las constancias de la causa no surge en forma indubitable que la menor causante no pueda dar su consentimiento a los fines de la práctica peticionada. Es que si bien en el informe psíquico de fs 19/20 la perito psicóloga actuante expresa que la joven desde un discurso estructurado responde desde el conocimiento que sus progenitores han volcado sobre ella en relación a la medida solicitada y que no logra comprender en profundidad los alcances de la misma por su limitación intelectual, en el examen de fs 24 elaborado por una perito psiquiatra se informa que tiene comprensión de los valores materiales reales y posee limitación leve del conocimiento ético y moral, lo cual durante la entrevista surge como de gran afectación reactiva a su déficit instructivo educativo y por culturización; que el cuadro psíquico que presenta la joven desde el punto de vista psiquiátrico se corresponde "a una debilidad mental, no inhabilitante a nivel operativo funcional, que se corresponde con el concepto de insuficiencia leve de las facultades mentales, sin alcanzar el cumplimiento del artl 141 del C.C."

De estos elementos se infiere que, si bien M. posee ciertas limitaciones intelectuales, no se ha probado con el grado necesario de certeza que estimo, la seriedad y trascendencia de la cuestión en análisis requiere, que la misma no pueda dar su consentimiento informado.

En un primer momento adujo estar de acuerdo con la intervención, si bien haciéndose eco de la opinión de sus padres, según la pericia, pero luego, según los dichos de su progenitora, la misma se opone. La codefensora que asistiera a los padres de M. en el presente proceso a fs. 66 acompaña acta en la que se deja constancia que telefónicamente la progenitora de M. le comunicó que no concurriría a la citación formulada por la letrada en atención a que si bien a ella le "interesaría que le ligaran las trompas a su hija, ahora M. no quiere, porque está tomando métodos anticonceptivos ....".

Siendo ello así, de concederse la autorización, ¿como se haría efectiva si M., que padece un retraso mental leve, se opone? La cuestión no es menor, y reitero, no creo que se haya probado en forma indubitable que la misma no pueda prestar su consentimiento a

tenor de lo requerido por la ley 26.130, ello ante la existencia de informes un tanto contradictorios respecto de su capacidad de comprensión.

Es que aún cuando no pueda soslayarse que M. padece de un retraso mental leve, en la causa no se ha probado acabadamente qué actos la misma puede realizar por sí y qué actos necesita la asistencia de su representante. Aún cuando la misma sea menor de edad, entiendo que un acto tan trascendente para su vida requeriría de su consentimiento, siempre y cuando claro está, estuviera en condiciones de prestarlo.

No puede formularse una distinción tajante que diferencia a las personas capaces de las que no lo son para todos los actos de la vida. En consonancia con este principio la ley de salud mental n° 26657 le agregó un tercer párrafo al art. 152 del Código Civil, exigiendo entre otros recaudos que la sentencia de declara la incapacidad, aclare qué actos el incapaz puede realizar por sí.

Dice textualmente la norma en su parte reformada: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

Lo mismo sucede con la reforma proyectada al Código Civil, con tratamiento en el Congreso de la Nación, la que en sus arts. 31, 32, 38 y 39 estructura un sistema que partiendo de la presunción de la capacidad general de obrar de las persona humana y estableciendo que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y en beneficio de la misma, prevé que el juez pueda declarar la incapacidad de una persona si por causa de discapacidad mental se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, o puede restringir la capacidad de una persona , debiendo la sentencia determinar la extensión y alcances de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Sin perjuicio que, si el estado de la persona lo hace posible y conveniente, exige que se señale en la sentencia los actos que el incapaz puede realizar por sí o con asistencia de uno o más curadores o apoyos y, si por el contrario, considera que la persona puede conservar su capacidad de obrar genérica, con algunas limitaciones y restricciones, lo declare así, señalando en la sentencia cuáles son estas limitaciones, especificando los actos y/o funciones que no puede realizar por sí mismo, designándole los apoyos necesario.

Es decir que aún cuando M. tenga su capacidad restringida, no puede establecerse qué actos la misma puede realizar por sí y cuáles no.

Parecería que el Comité de Etica del Hospital Humberto Notti, abriga estas mismas dudas, ya que al dársele intervención a fin de dictaminar en el presente caso, en su escueta presentación de fs. 41, textualmente expresa: “El Comité de Etica del Hospital Notti reunidos en la fecha analizan detalladamente las variables médicas, sicológicas y socioculturales expresados como hechos objetivos en el expediente y consideramos que puede accederse a lo solicitado: ligadura de trompas. Cabe destacar que, no obstante, se advierten algunas contradicciones en el informe pericial psiquiátrico que se contradicen con los antecedentes del caso y sus posibilidades futuras de realización de una vida saludable y responsable”.

En este sentido se ha resuelto que “corresponde confirmar la resolución apelada, que desestima el pedido de autorización efectuado por la curadora definitiva de una persona declarada inhábil, para la realización de la intervención quirúrgica a su curada consistente en la ligadura de trompas de Falopio, atento a que a la luz de la sentencia que la declara inhábil en los términos del art. 152 bis del CCiv. y con el alcance fijado en ella, la curada es capaz de hecho y conserva su aptitud general para la realización de todos los actos, salvo los de disposición -que requieren como medida de control y protección la asistencia de su curadora-, y la curadora carece de legitimación para solicitar la autorización judicial peticionada; sumado a que la limitación de la procreación es un derecho personalísimo, cuya restricción debe interpretarse de forma restringida. La decisión de limitar la procreación es un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, que tiende a la protección de la propia salud y del bienestar del grupo familiar, en el que se debe respetar la decisión personal, el proyecto de vida de cada persona y su situación; está comprendido dentro de la órbita del art. 19 de la CN. en cuanto establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados . De acuerdo a los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada por la ley 26378 , así como en la Ley Nacional 26657 de Salud Mental, se impone a los operadores la necesidad de optar por la medida menos restrictiva de la libertad y de la capacidad de la persona y el mayor respeto a su dignidad y autonomía, correspondiendo aplicar el principio pro homine , que impone dar preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano” (cfr. Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: “G. N. T. y C. A. E. s/ autorización”, 12/5/2011, La Ley online).

En punto al tema considero muy ilustrativo citar un fallo de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 9/02/2012 (Sentencia T-063/12, expediente T-2536645, Demandante: Aureliano, quien actúa como agente oficioso de su hija Úrsula Demandado: Hospital Materno Infantil El Carmen de Bogotá, con vinculación oficiosa de CAPRECOM EPS-S), por el que se desestimó una acción de tutela presentada por el padre de una mayor de edad que se encontraba en una situación de discapacidad mental (retardo mental moderado), con el objeto de que le fuera practicado un procedimiento de esterilización, consistente en la ligadura de las trompas de Falopio. La Sala de revisión consideró en este caso que no debía acceder a lo pedido, pero constató una situación de desprotección de la salud de Úrsula, por lo que ordenó a la obra social restablecerle el servicio, así como realizar una valoración integral de su estado e incluso darle orientación acerca de sus derechos sexuales y reproductivos. El Tribunal dijo que en estos casos se plantea una tensión entre la autonomía individual respecto de decisiones sobre la propia salud y el interés social o estatal en preservar la vida y la salud de las personas. Refirió que la jurisprudencia constitucional se ha mostrado protectora in abstracto de la autonomía individual, a menos que se presenten circunstancias excepcionales como el inminente peligro de muerte, el estado de inconsciencia de la persona o alguna condición física que le impida dar su autorización y aceptación con total lucidez y pleno conocimiento de su realidad. Si bien algunas decisiones de la vida civil de las personas pueden ser adoptadas por sus representantes legales mediante un proceso de interdicción por demencia, esta figura propia del derecho civil no resulta trasladable por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo que tiene que ver con las decisiones sobre las intervenciones médicas a las cuales debe someterse a una persona. De esta manera, precisó que no resulta constitucionalmente admisible que, por la sola representación legal que ejerza una madre sobre su hija interdicta, pueda someterla a una esterilización forzada. Hace referencia a un precedente del mismo Tribunal en el que se decidió no ordenar la práctica de un procedimiento de anticoncepción definitivo e irreversible, por considerar que no existía claridad respecto de la capacidad mental de la mujer para ejercer la maternidad, y, porque según el informe de medicina legal, el aumento de esas capacidades podía ser posible, siempre y cuando tuviera acceso a una educación adecuada y recibiera el apoyo necesario. Así las cosas, consideró razonable otorgar una protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro. En otro precedente precisó que la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que “debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento

para este tipo de intervenciones"; si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres.

Es claro que la decisión de someterse a una intervención de contracepción quirúrgica, importa una conducta autorreferente -como tal exclusiva del sujeto que la adopta librada a su criterio y referida sólo a él- de disposición del propio cuerpo y en vistas a la no-procreación, decisión tomada conforme a la libertad de conciencia y al derecho a la privacidad, inofensiva para el orden y la moral pública y que no afecta derechos de terceros, por lo cual resulta jurídicamente inobjetable, máxime si se atiende al debido respeto a la autonomía personal y al plan racional de vida que cada cual elige para sí. Respecto al requisito de la necesidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Handyside vs. United Kingdom" entendió que debía tratarse de una "necesidad social imperiosa" ("a pressing social need") a los fines de la protección de un interés legítimo. Ello significa que las restricciones son excepcionales y existiendo un derecho fundamental es necesario dar un argumento razonable y racional para limitarlo; en caso de duda debe optarse por la solución más permisiva en el sentido que favorezca la autonomía personal y la libertad. Los límites que se establezcan no podrán afectar su contenido esencial: este contenido es rebasado cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable. La Corte Interamericana no sólo ha endosado los puntos de vista de su par europea sino que se ha preocupado por subrayar que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (cfr. Siverino Bavio, Paula, op. cit).

Y aún cuando se considerara que M. no comprende el alcance de la medida peticionada, si nos atuviéramos exclusivamente al informe de fs. 19, lo cierto es que estimo que tampoco sus padres han sido informados correctamente acerca de las consecuencias de la misma.

El art. 4 de la ley 16.130 establece que el personal médico interviniente debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. En consonancia con esta norma el art, 7 de la ley

provincial N° 7.456 dispone que el médico tratante y los equipos transdisciplinarios deberán informar exhaustivamente las características de los procedimientos quirúrgicos destinados a obtener la contracepción, como así también de los anticonceptivos alternativos que pueden ser utilizados y toda otra información que enriquezca el conocimiento de los interesados en la toma de decisión. Toda persona que solicite dicho procedimiento quirúrgico deberá ser informada previamente a fin de evaluar los riesgos que dicha elección tiene para su salud o su vida, y que cualquiera sea la decisión que tome, ésta será respetada”.

El derecho a la autodeterminación requiere que el paciente decida con autonomía y capacidad, que conste el consentimiento informado libre y voluntario y que se haya brindado toda la información que el caso requiere. El art. 4 de la ley 26.130 prevé dicho consentimiento como requisito previo e inexcusable. El derecho de la libertad, el ejercicio del derecho a elegir, a decidir, supone, el conocimiento y la información de todas las opciones disponibles, y esa es una obligación de los profesionales de la salud (cfr Mielnicki, Diego, op. cit).

En el caso este presupuesto previo e ineludible no ha sido cumplimentado ni respecto de M., ni de sus padres. Y estimo que la omisión no puede ser salvada con posterioridad a otorgarse la autorización, y como condición de ella, por cuanto que, como bien lo sostiene la Sra. Asesora de Menores, el cumplimiento de este recaudo no contará con el debido contralor judicial.

En otro precedente de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-1019 de 2006) se precisó que el consentimiento sustituto de los padres de los menores de edad, así como de los representantes legales de los incapaces, debe estar precedido de una amplia y detallada información por parte de los médicos, “a efectos de que dicha autorización esté sustentada en un detallado y claro conocimiento del tipo de tratamiento o procedimiento médico que se va a realizar, las posibles complicaciones que ésta puede presentar, por la complejidad misma en razón a las condiciones especiales de salud del paciente. Igualmente, se deberá informar no sólo los efectos directos que dicho procedimiento generará a corto y largo plazo en la salud y calidad de vida del paciente, sino que además deberá indicar igualmente cuáles consecuencias pueden afectar de manera definitiva la integridad del paciente.” Agregó que con esta información, “quienes sustituyan en su consentimiento al incapaz, deberá tener la certeza de que la decisión por ellos tomada deberá siempre responder a un fin último, cuál es el de garantizar la vida, y

mejora sustancial de las condiciones de salud de quien está impedido para dar su consentimiento”.

En el caso no obra constancia alguna de la que surja que los médicos tratantes informaron en forma adecuada a M. y a sus padres las consecuencias, implicancias y riesgos que tendrá la intervención quirúrgica en cuestión; ni la existencia de otros métodos anticonceptivos alternativos, presupuesto éste que, reitero es previo e ineludible a la concesión de la autorización.

En conclusión, no ha sido probado que M. se encuentra incapacitada para dar su consentimiento informado a la práctica quirúrgica para cuya realización se solicita la autorización judicial; tampoco ha sido acreditado que sus padres en su sustitución, hayan prestado dicho consentimiento con los presupuestos y condiciones que prevén los arts. 6 de la ley 7456 y 4 de la ley 26130, siendo este requisito de cumplimiento previo e inexorable a la intervención.

Por las razones expuestas estimo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto revocando la decisión de primera instancia en cuanto concede la autorización solicitada. Todo ello claro está sin perjuicio de poder reeditarse la cuestión en caso en que se reitere si se modifica la situación fáctica tenida en cuenta en la presente resolución, ello en atención a que lo aquí decidido no produce cosa juzgada material.

En lugar de la autorización peticionada, considero que corresponde ordenar una serie de medidas a fin de garantizar los derechos a la salud y a la educación sexual de M. de tal manera que se provean una serie de condiciones que le permitan tener una vida digna, y que contribuya a lograr y mantener la máxima autonomía e independencia. Estas medidas no sólo competen a sus padres, quienes en ejercicio de su patria potestad deberán velar por la salud de su hija, llevándola a los controles ginecológicos sino también al Estado quien a través de los organismos correspondientes deberán monitorear en forma periódica la situación de la menor causante.

Las costas de Alzada deben ser impuestas a la parte apelada por resultar vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.), no correspondiendo regular honorarios en tanto la apelación ha sido incoada por el Ministerio Pupilar y la parte apelada ha sido patrocinada por una codefensora del Cuerpo Oficial de la Justicia de Familia.

**VOTO EN DISIDENCIA DE LA DRA. ESTELA INES POLITINO:**

Respetuosamente disiento con mi distinguido colega de Cámara Dr. Germán Ferrer, en orden a la solución propuesta para el caso en examen, adelantando mi opinión en el sentido del acogimiento del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Menores.

La decisión sujeta a la revisión de este cuerpo, en la que la juez a quo autoriza la ligadura de trompas de Falopio en una menor de edad, impone un abordaje especial por cuanto involucra aspectos sensibles vinculados con derechos humanos fundamentales.

En doctrina antes de la sanción de la ley 26.130 se discutía la procedencia –o no– del pedido de autorización judicial y no existe en jurisprudencia un criterio unívoco ya que distinta ha sido la respuesta dada por los tribunales, pues mientras que algunos rechazan la pretensión por no ser una cuestión judicial, dado que la ley no exige tal autorización, resultando la operación privativa del criterio médico y bastando con la conformidad por escrito del paciente; otros sostienen que, a los fines de evitar un estado de indefensión en el justiciable los tribunales deben expresarse ya sea concediendo o negando la petición. (Prat, Hernán V., “El pedido de autorización judicial en los casos de ligadura tubaria. Doctrina jurisprudencial bonaerense”, LLBA 2004-364).

En caso de tratarse de una ligadura tubaria de una mujer capaz y mayor de edad, la ley 26.130 en su artículo 2° resulta terminante en cuanto a que las prácticas médicas de “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”, están autorizadas “para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado”.

Tratándose de personas declaradas incapaces por sentencia judicial, la autorización deberá ser tramitada ante sede judicial por su representante legal (artículo 4° ley 7456), revistiendo dicha autorización el carácter de requisito ineludible (artículo 3° ley 26.130).

En el caso en examen los progenitores solicitan la autorización judicial para la realización en su hija menor de edad de una intervención quirúrgica de ligadura tubaria.

En la obra Responsabilidad Profesional de los Médicos-Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal (Coordinador Oscar Ernesto Garay) en el capítulo denominado “Esterilización”, entre los procedimientos de esterilización se incluyen a la ligadura tubaria y a la vasectomía. Respecto a la primera -y en cuanto nos interesa- se aclara que puede realizarse conforme a diversas técnicas, ya sea por coagulación unipolar o bipolar; en cuanto a su efectividad, se estima que la tasa de embarazos post procedimiento –tasa de

falla- es de uno cada 200 casos, suelen producirse transcurridos varios años de practicada la ligadura tubaria y son más frecuentes cuanto más joven es la mujer intervenida, el riesgo de embarazo es mayor con el uso de clips y coagulación bipolar y en caso de producirse el embarazo éste suele ser ectópico. En cuanto a su reversibilidad es variable, “siendo que en los centros especializados de primer nivel –en la medicina privada- la misma alcanza porcentajes elevados aunque debe destacarse que tales servicios médicos, por razones económicas, no resultan accesibles a la generalidad de los pacientes. En cambio, cuando la impermeabilización o ligadura tubaria se realiza en establecimientos hospitalarios públicos (frecuentemente con previa autorización judicial) resulta esencial informar claramente, que en principio se trata de un procedimiento irreversible en el futuro, al menos en el ámbito de las instituciones públicas de salud” (Pedro Federico Hooft, Irene M.C. Hooft, Mariano Aníbal Giorgi, “Esterilización”, Responsabilidad Profesional de los Médicos-Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, Oscar Ernesto Garay, coordinador, Ed. La ley, Bs.As., 2003, 1° reimpr. 2007, p. 565).

En este orden se ha resaltado que, aún cuando se califica a esta intervención como esterilizante y mutilante, si se entiende por esterilizar hacer infecundo lo que antes no lo era y por mutilar cortar una parte del cuerpo (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 19° ed., Madrid, 1970), tales calificativos se encuentran hoy al menos en crisis, a la luz de los avances logrados, ya que la ligadura tubaria, no impediría un futuro embarazo mediante técnicas de fecundación asistida, a la vez que existen también técnicas de permeabilización que resultan exitosas (como la recanalización quirúrgica) y si sólo se dañaron unos pocos milímetros con la práctica de la ligadura, el índice de éxito de la operación puede ser hasta del 80%, y si el daño afectó a más de la mitad de la trompa, el índice de éxito de la inversión oscila entre el 10% y 40% (Blanco Luis, “Autonomía Personal, Esterilización electiva y planificación familiar”, Revista de Derecho de Familia N° 15, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999 y N° 1, p. 211; ídem Blanco Luis, “Esterilización terapéutica de adultos capaces”, ED 161-204; “E.N.B. c/Hospital s/Acción de Amparo, Superior Tribunal de Justicia de Entre Rios, 1996, inédito, citado por Prat, Hernán V., “El pedido de autorización judicial en los casos de ligadura tubaria. Doctrina jurisprudencial bonaerense”, LLBA 2004-364).

En el mismo sentido y en cuanto a la posibilidad de reversión de la práctica, se ha dicho que: *“es innegable que con el avance de la técnica tanto la ligadura tubaria como la vasectomía se han convertido en prácticas quirúrgicas permanentes con un grado de reversibilidad. Ahora bien, la reversibilidad de las intervenciones en cuestión está estrechamente ligada con la técnica empleada para la realización de la ligadura de*

*Trompas o vasectomía (los conductos pueden ser cortados o seccionados, atados, cauterizados u obstruidos). Sólo cuando se utilizan técnicas quirúrgicas modernas –tales como la microcirugía o laparoscopia- la posibilidad de una reversión de la práctica será posible con cierto grado de éxito, que nunca será de un ciento por ciento pues además de la técnica de esterilización utilizada, influyen otros factores tales como la técnica quirúrgica de reversión, el tiempo que ha transcurrido desde la intervención contraceptiva, el estado de la salud de los órganos reproductivos y la edad del paciente. Si tomamos el caso de la ligadura tubaria en los hospitales públicos argentinos, la técnica empleada es la tradicional de oclusión de las trompas de Falopio o conductos deferentes mediante la cual se seccionan los conductos y se corta un tramo de los mismos para que los extremos queden alejados y no puedan reconectarse. En este supuesto la realización de una nueva intervención quirúrgica de recanalización sólo alcanza aproximadamente el cuarenta por ciento de éxito. De esta forma teniendo en cuenta que la técnica empleada en nuestros hospitales no es la más apta para permitir la reversibilidad de la intervención, que la cirugía de recanalización sólo ofrece buenos resultados en menos de la mitad de los casos y que dicha intervención para la reversión no es solventada por el Estado ni las Obras Sociales, se puede decir que para los argentinos el método de la ligadura tubaria o vasectomía es definitivo, salvo que estén dispuestos a desembolsar importantes sumas de dinero. Cabe acotar que la ley plantea la gratuidad de la ligadura o vasectomía, pero no de la recanalización, por lo que la reversibilidad también dependerá de los distintos poderes adquisitivos de los peticionantes, lo cual –a nuestro criterio- es una alerta que deberá tenerse en cuenta al momento de la efectivización del consentimiento informado.” (Pelle, Walter D., Bostiancic, María Carla, “Análisis crítico de la ley 26.130”, La Ley Online, Norma comentada: L.26.130-Adla 2006-D,3634).*

Se revela así como un procedimiento quirúrgico cuyas consecuencias resultan más gravosas aún en pacientes de bajos recursos, en los que aparece como irreversible, no sólo por las propias características de la intervención, sino porque cualquier posibilidad de reversión –en caso de existir y si la técnica utilizada lo permite- no estarían a su alcance.

Lo cual se erige en una situación altamente discriminatoria, en perjuicio de los sectores más carenciados de nuestra población, los que frente a una situación de tamaña consecuencia como lo es una esterilización, no podrían en el futuro y frente a un eventual “arrepentimiento”, revertir de ninguna forma la decisión adoptada por ellos o por otros en su representación.

Si bien la ley 26.130 en su artículo 7° modificó el artículo 20 inciso 18 de la ley 17.132 que prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina *“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 autorización judicial cuando se tratase de personas judicialmente incapaces”* que en su texto anterior prohibía estas intervenciones *“sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”*, la doctrina critica este giro en orden a las exigencias previas a la intervención. Así Sambrizzi, Eduardo se manifiesta contrario con la práctica de la contracepción quirúrgica o esterilización, sin que exista una indicación terapéutica perfectamente determinada y sin que se hayan agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores, como disponía hasta su reforma el artículo 20 inciso 18 de la ley 17.132, lo que afirma, *“en razón de que la esterilización constituye una mutilación corporal que atenta no sólo contra la persona en sí misma, sino también contra su dignidad, que es de carácter inalienable. Y que, además, presenta probadas dificultades para su reversión, con lo que el agregado efectuado por el artículo 8° de la ley 26.130 al art. 6 inciso b) de la ley 25.673 de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, se contradice con lo establecido en la primera parte de dicho inciso, en que se dispone que los métodos y elementos anticonceptivos...deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios”* (Sambrizzi, Eduardo A. ,*“La esterilización de personas y la ley 26.130 de contracepción quirúrgica”*, DFyP 2010 (abril), 01/04/2010,157).

En este aspecto la ley 25.673/02 establece en su artículo 6° que la transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable y que a dichos fines se deberá: *“b) a demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT”* y a su vez el agregado a ese inciso por la ley 26.130/06 expresa: *“Aceptándose además las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, requeridas formalmente como método de planificación familiar y/o anticoncepción”*.

Siendo que esta última norma y en cuanto al consentimiento informado contempla en su artículo 4° que el profesional médico interviniente, en forma individual o

juntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria o una vasectomía sobre: a) la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente". Por su parte la Resolución 755/2006 (Programa Médico Obligatorio) prevé que las entidades del Sistema Nacional del Seguro de Salud, deberán implementar y garantizar el acceso a las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía", proceder a su cobertura total (artículo 1º) e instruir sobre los principios de autodeterminación personal referidos a la información, evaluación y comprensión de esa información con referencia a la experiencia vital del paciente y sus sistema de valores (artículo 2º, inciso b) y brindar la información en términos claros y adecuados al nivel de comprensión, estado psíquico y características personales del paciente, de manera tal que permita al beneficiario poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar un tratamiento, o entre distintas alternativas terapéuticas (artículo 2º, inciso c).

Por su parte la ley 26.529/09 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, destina el Capítulo III al Consentimiento Informado, definiéndolo en el artículo 5º como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud, b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; exigiéndolo con carácter previo y obligatorio (art.6) e instrumentándose en forma verbal salvo los supuestos en los que deberá ser escrito: internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos y revocación (art.7); y contemplando las excepciones al consentimiento informado –de interpretación restrictiva- entre otras cuando mediare grave peligro para la salud pública o para la salud o vida del paciente (art. 9) y su revocabilidad (art. 10).

En Mendoza, la ley 7456 –no reglamentada- establece que el médico tratante y los equipos interdisciplinarios deberán informar exhaustivamente las características de los procedimientos quirúrgicos destinados a obtener la contracepción, como así también de los métodos anticonceptivos alternativos que pueden ser utilizados y toda otra información que enriquezca el conocimiento de los interesados para la toma de decisión. Toda persona que solicite dicho procedimiento quirúrgico, deberá ser informada previamente a fin de evaluar los riesgos que dicha elección tiene para su salud o su vida y que cualquiera sea la decisión que tome, ésta será respetada (artículo 6°) y que cuando se realicen las prácticas quirúrgicas deberá determinarse el método que resulte indicado para la contracepción reversible, según los protocolos médicos terapéuticos establecidos por los centros académicos y de acuerdo con los avances técnicos sobre la materia (artículo 7°).

El Programa Nacional de Educación Sexual Integral en los Establecimientos Educativos Públicos, de gestión estatal y privada (ley 26.150 y su decreto reglamentario N° 1282/2003), citando el interés superior del niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna, manteniendo confidencialidad y respetando su privacidad, propiciándose en las consultas un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de 14 años.

Para Pedro Hooft -en referencia a la ley 17.132 y en orden a la realización de esta intervención quirúrgica- queda como cuestión abierta a la reflexión interdisciplinaria y a la profundización desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales, *“la compatibilidad de estas normas infraconstitucionales, con el principio de reserva, que consagra el art. 19 de la C.N. y que protege las conductas autorreferentes, en aquellos casos en que la decisión de requerir una prestación médica de esterilización, cuando la finalidad es solamente anticonceptiva, decidida libremente por los propios interesados. Cuando concurre una indicación terapéutica (en el sentido de protección de la salud integral y calidad de vida) o cuando la decisión procura evitar la transmisión de taras o daños graves en la salud de los descendientes –esterilización eugenésica- entendemos que denegar una petición libre y responsable de los progenitores en tal sentido, viola claramente derechos y valores constitucionales”* (Pedro Federico Hooft, Irene M.C. Hooft, Mariano Aníbal Giorgi, “Esterilización”, Responsabilidad Profesional de los Médicos-Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, Oscar Ernesto Garay, coordinador, Ed. La ley, Bs.As., 2003, 1° reimpr. 2007, p. 581).

En otra línea de pensamiento Eduardo Sambrizzi señala que, en principio y salvo supuestos de excepción, la esterilización no constituye una acción terapéutica, por cuanto no previene una futura enfermedad, sino un futuro embarazo, lo que no constituye una enfermedad, sino lo contrario, pudiendo afirmarse que, al dañar la salud de quien se somete a ella, se consiente un procedimiento violatorio del derecho a la integridad física de la persona y al desarrollo de su personalidad, como también a su autonomía y dignidad.(Sambrizzi Eduardo A., “La cultura de la muerte”, La Ley 04/07/2008 1-La Ley 2008-D, 906).

Distinguiéndose la esterilización directa de la indirecta. Conceptualizándose a la primera como aquella que tiene por objeto inmediato impedir la procreación no sólo como fin en sí mismo, sino también como medio para conseguir dicho fin; la intervención se practica no obstante que el órgano reproductor no está enfermo ni constituye una grave amenaza para la salud del organismo humano, sino que su propósito es el de impedir un embarazo, o sea deviene un método viable para la planificación familiar. En estos términos la esterilización sería un procedimiento quirúrgico que se llevaría a cabo sólo para destruir el buen funcionamiento de un órgano sano: la mutilación del propio cuerpo mediante la destrucción permanente de una de las facultades humanas, la fertilidad. En cuanto a la esterilización indirecta no implicaría un fin en sí misma sino en caso en que el órgano reproductor estuviera enfermo y por dicha circunstancia constituyera una grave amenaza para la salud de la persona o, sin estar enfermo, su funcionamiento normal comprometiera la vida de la persona; la esterilización sería la consecuencia no deseada e inevitable de una intervención médica cuyo objeto sería prolongar la vida de un individuo independientemente que uno de los bienes afectados fuera su capacidad reproductiva. (cfr. Blasi, Gastón Federico, “La ley N° 26.130. La legalización de las intervenciones de contracepción quirúrgicas”, Publicado en: Sup.Act 22/02/2007,1, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)).

Además de estas consideraciones generales cabe tener presente que la menor respecto a la cual se solicita la autorización para practicar en su cuerpo una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio, no ha sido declarada insana y que ninguna persona puede ser tenida por tal, sin previa verificación y declaración por juez competente, cuando no tuviera aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

No obstante lo cual, aún en el caso de personas declaradas incapaces, aparecen serias limitaciones para el uso de técnicas esterilizantes, habiéndose admitido en la jurisprudencia sólo en casos extremos: *“Es procedente la autorización judicial para*

*efectuar la operación de ligadura de trompas como procedimiento de esterilización femenina, practicada por médico diplomado, cuando tiene por objeto evitar embarazos incontrolados de joven mujer que padece demencia irreversible declarada judicialmente, con una patología que la impulsa a la actividad sexual por carecer de frenos inhibitorios de ninguna especie”* (CCiv.Com.Cont.Adm., Río Cuarto, 17/05/1994, “LI,G.I.”, LLC, 1995-825).

En el control de constitucionalidad que en España hizo el Superior Tribunal Constitucional con relación al art. 156, pf. 2º del Código Penal Español que dispone que no sería punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, “haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”, estableciendo en consecuencia los presupuestos y el procedimiento a seguir para obtener la autorización judicial para esterilizar a una persona discapacitada, resulta revelador el voto concurrente del juez Gimeno Sendra en tanto dice: “(...) debe el juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física, porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines mediante medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquellas que producen la ablación total de la función reproductora” (STC 215/1994, 14 julio, FJ 4º, in fine, citado por Cucarella Galiana, Luis Andrés, “Esterilización, derecho a la integridad física del disminuído psíquico e intervención judicial”, RDF, Septiembre 2011, N° 51, Ed. Abeledo Perrot, p.125).

Aún tratándose de persona mayor y capaz, en diversos fallos se ha negado la autorización solicitada: “*Debe denegarse la autorización judicial solicitada por la actora para que se le practique la intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio, con fundamento en su situación familiar y económica –en el caso, la solicitante estaba esperando su cuarto hijo y carecía de trabajo-, pues, los elementos fundantes de la pretensión resultan manifiestamente insuficientes para cumplir el requerimiento “de la indicación terapéutica perfectamente determinada”, exigido por el art. 20, inc. 18 de la ley 17.132 y por el art. 65 del dec. 8984/65”* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala Cuarta, 30/03/2006, fallo en el que se revoca la sentencia del Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 1 de Salta y se deniega la autorización solicitada. Publicado en LL NOA 2006 (octubre) 1083, Cita online: AR/JUR/3941/2006). “*La*

*negativa del hospital a la solicitud de la actora de que se le practique una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio, como método contraceptivo, no luce arbitraria ni ilegal, toda vez que dicha pretensión no se sustenta en una concreta y específica indicación terapéutica”* (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “E.I.R. c/Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Salta”, 13/04/2005, LLNO, 2005-1276, con nota de Walter D. Pelle- LLNO, 2005-1182).

En el *sub iúdice* destaco que las constancias de la causa y las distintas pruebas incorporadas, me llevan a la convicción que debe denegarse la autorización requerida por los progenitores.

Es que “en el campo de la diversidad, cada persona es un mundo y, por lo tanto, cada caso requiere una solución personalizada, nunca generalizada; consecuentemente, los parámetros por los cuales las decisiones se toman son mucho más complejos que aquellos que conforman los razonamientos jurídicos” (Astudillo Polo, Francisco, El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces: comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional, en Derechos y Libertades, año II, N° 4, 1995, p. 514, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en “La persona humana”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p.263/264).

La menor no ha sido declarada insana. El informe de fs. 4 (28/06/2011), suscripto por una Lic. en Psicología, una Médica de Niños y una asistente social del Centro de Salud N° 158 de La Estanzuela, Godoy Cruz, refiere a un retraso mental. En el informe médico de fs. 3 (01/07/2011) se consigna que tiene un nivel de instrucción primaria, en la pericia de fs. 19 estudios secundarios incompletos (refiere haber asistido a la Escuela Peruana) y a fs. 24 la finalización de escolaridad especial en 9° año. En el certificado expedido por la Dirección Provincial de Atención Integral a las Personas con Discapacidad (fs. 6) se consigna que M. presenta discapacidad mental.

En el informe de fs. 4 se indica que se realizó el abordaje interdisciplinario hasta fines del 2009, no se detectaron indicadores de abuso sexual intrafamiliar y que M. continuó con controles ginecológicos en el Centro de Salud N° 168 e ingresó en el programa de planificación familiar (cfr. fs. 4).

El informe de fs. 12, del 12/07/2011, amplía el informe del 28/06/2011 consignando que los controles médicos ginecológicos y método anticonceptivo prescripto a M. no tuvieron continuidad y la misma fue atendida por tres profesionales distintos durante ese período, entregándosele anticonceptivos los meses de abril, junio y julio/10, habiéndose confirmado un embarazo en el mes de febrero/11 y siendo que la madre

solicita la tripsia tubaria –para que se realizara 45 después del parto- motivada en el *“fracaso de otros métodos anticonceptivos, como anticonceptivos orales, inyectables, como consecuencia de olvidos del turno dado, paros de profesionales de la salud, etc.”* (cfr. fs. 13 in fine).

En la pericia de fs. 19/20, la profesional interviniente en el punto relativo a si M. puede comprender los alcances de la medida de ligadura tubaria solicitada por sus padres afirma: “La joven, desde un discurso estructurado responde desde el conocimiento que sus progenitores han volcado sobre ella en relación a la medida solicitada. Esboza que la ligadura tubaria serviría a los fines de “no tener más hijos”, advirtiéndose que dicha medida es propia del interés de sus padres por preservar la integridad de la joven y no una decisión que le resulte propia a M., ya que la joven no logra comprender en profundidad los alcances de la misma por su limitación intelectual”.

En la pericia psíquica del CAI Salud Mental de fs. 24/25, la Médica psiquiatra que entre los antecedentes personales refiere que “impresiona aporte de datos confiables”, concluye que M. “discrimina con asertividad lo bueno de lo malo, en cuanto a las pautas de alarma para con su hija”, “tiene comprensión de los valores materiales reales y posee limitación leve del conocimiento ético y moral, lo cual durante la entrevista surge como de gran afectación reactiva a su déficit instructivo educativo y por culturización” y que “el cuadro psíquico que presenta la joven...corresponde, desde el punto de vista psiquiátrico, a una debilidad mental, no inhabilitante a nivel operativo y funcional, que se corresponde con el concepto de insuficiencia leve de las facultades mentales, sin alcanzar el cumplimiento del art. 141 del CC.”.

Además, en su interacción con su pequeña hija se detecta una vinculación altamente positiva, de calidez y atención: “se advierte en el vínculo materno/filial una vinculación estrecha entre ambas, desde la demostración de afecto y cariño depositado en la pequeña”, aún cuando requiere de constante ayuda por parte de profesional psicólogo a los fines de sostener el ejercicio del rol materno, “el cual podría estar sustentado desde el acompañamiento continuo por parte de monitores del Programa Guías Familiares” ya que “con la ayuda y contención externa podría sustentar la crianza y educación de su hija de manera funcional y operativa” (pericia psíquica del CAI Sector Salud Mental, fs. 19/20).

En el informe médico-ginecológico de anticoncepción quirúrgica de fs. 3, el ítem relativo al “Fracaso Método Anticonceptivo” que contiene cinco casilleros: “no usado, barrera, DIU, hormonal, emergencia y natural”, no ha sido completado, por lo que no

puede inferirse que hubieren fracaso otros métodos anticonceptivos. Por el contrario la conclusión inversa, se inferiría de las constancias de fs. 80.

En la audiencia con la Asesora de Menores, la joven refiere que utiliza inyecciones como método anticonceptivo y preguntada sobre si los médicos le sugirieron otra cosa responde *“sí las pastillas, pero mi mamá dijo que no”*; desconociendo la existencia del DIU, del cual los médicos no le han hablado (fs. 33).

El informe del Comité de Ética del Hospital Dr. Humberto Notti, suscripto por la Dra. Marta Fracapam indica que, *“analizadas las variables médicas, psicológicas y socioculturales expresadas como hechos objetivos en el expediente, puede accederse a lo solicitado (ligadura de trompas tubarias)”*. Sin embargo a continuación acota: *“Cabe destacar que, no obstante, se advierten algunas contradicciones en el informe pericial psiquiátrico que se contradicen con los antecedentes del caso y sus posibilidades futuras de realización de una vida saludable y responsable”* (cfr. fs. 41).

En el acta labrada a fs. 66, el 13 de diciembre de 2012, las Codefensoras Oficiales de Familia Dras. Zaragoza y Noguera, dejan constancia que, habiendo llamado telefónicamente a los progenitores, la madre manifiesta que no va a concurrir a la codefensoría, porque si bien a ella le interesaría que le ligan las trompas a su hija, ahora M. no quiere, porque está tomando métodos anticonceptivos (le colocan una inyección mensual) que son proporcionados por el Centro de Salud del B° La Estanzuela, siendo atendida por la ginecóloga de dicho centro y por la trabajadora social que lleva su caso.

A fs. 80 el Dr. Esteban Di Bari, director del CAPS 168 informa -15 de abril de 2013- que M. se encuentra incluida en el Programa de Salud Reproductiva, con atención ginecológica en ese efector de salud a partir de su segundo mes de pauperio (30/08/2011), donde se indicó mesegyna inyectable (una por mes) y con fecha 2-5-12 se indica anticonceptivo inyectable por tres meses más; que estuvo ausente a los turnos 02-07-12, 23-08-12, 17-09-12 y 22-10-12, concurrió nuevamente con fecha 14-11-12 con turno diferido a través de entrevista social domiciliaria y se le indica tres meses más de igual método anticonceptivo. Agregando que se sugiere DIU, la paciente no acepta dicho método, con fecha 18-03-13 concurre y se le explica riesgo de anticonceptivo hormonal inyectable a largo plazo y se le indica anticonceptivo oral (ACO).

Según surge de las constancias de autos, el sometimiento a la intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio no obedece a un deseo o interés propio de M., quien por el contrario y según habría manifestado su progenitora a la codefensora

oficial “ahora M. no quiere”, porque está utilizando otros métodos anticonceptivos, de cuya realización y cumplimiento da cuenta el informe de fs. 80.

M. tiene derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (ley 26.061, artículos 3 inc. b), 24, 27 y cc), aún cuando el hecho de que haya que escuchar a la menor, no significa que se vaya a hacer lo que ésta pretenda. La ley 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) en su artículo 2° establece como derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud y cualquier efector de que se trate, el derecho de asistencia (inciso a), estableciendo que el paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición y el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, quien tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud (inciso e). Derecho a la salud que el artículo 14 de la ley 26.061 sintetiza en su último apartado como el derecho a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de su salud.

Señala María Victoria Famá que la promoción y el apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable en materia del cuidado del propio cuerpo –al igual que frente a otros derechos- involucra tres aspectos; a) la *evolución*, focalizada en la idea de competencia; b) la *participación* en esta toma de decisiones, la cual sólo se transferirá a los adultos frente a la ausencia de competencia; y c) la *protección*, pues por su situación de persona en desarrollo, el niño tiene derecho al amparo frente a situaciones o decisiones que puedan serle perjudiciales. La conjunción de estos tres aspectos permite afirmar que a mayor competencia del niño, menor será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores en el ejercicio de sus derechos fundamentales: “...*el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto máximo posible en función de la evolución de sus facultades, de modo que, como regla, verificada su competencia para decidir en el caso concreto, podrá otorgar por sí mismo el consentimiento informado para el acto médico. De no alcanzar esa competencia, deberá al menos respetarse su derecho a*

*participar en la toma de decisiones con la asistencia o apoyo de sus progenitores y de los profesionales de la salud, y a ser informado sobre los alcances de los tratamientos indicados” (Famá, María Victoria, “Autonomía Progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, RDF, Noviembre 2012, N° 57, Abeledo Perrot, p. 28).*

En el ámbito de la salud y las decisiones referidas al propio cuerpo, el concepto jurídico de capacidad no se identifica con el bioético de competencia. Esta última es una noción perteneciente al área del ejercicio de los derechos fundamentales o personalísimos que se identifica con el principio jurídico de autonomía progresiva, habiéndose incorporado en el derecho comparado (Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, Corte de los Loes, Gran Bretaña, 1986, comentado por Grosman Cecilia P., “Los derechos del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva”, Anuario Departamento de Derecho Privado I, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 192) y en nuestro país (Trib.Sup. Jut. Ciudad de Bs.As., “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros v. Ciudad de Buenos Aires”, RDF 2004-1, Lexis Nexis, Buenos Aires p. 47, con nota de Bidart Campos, Germán J., “Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad”) expresa o implícitamente la idea de mayoría anticipada para el acto médico, que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes (Famá, Victoria, ob. cit. p. 16).

La joven se encuentra en plena adolescencia y conforme a su madurez psíquica y física ha manifestado su interés contrario a la intervención quirúrgica. En este sentido estimo que, no obstante que existe cierta contradicción entre las pericias de fs. 19/20 y fs. 24/25, en la audiencia celebrada a fs.33, ha dado muestras de que puede entender la situación y que por tanto comprende la importancia de la decisión de que se trata. Además a fs. 66 consta que la madre trasmite la voluntad y el interés actual de M. que no quiere la ligadura de trompas porque está recurriendo a otros métodos anticonceptivos.

Por lo que no estimo procedente otorgar la autorización para la realización de una intervención quirúrgica con consecuencias dañosas irreversibles para ella cuando, además de faltar el previo y obligatorio consentimiento informado, existen métodos y elementos alternativos de anticoncepción no agresivos, no mutilantes, que no afectan la salud reproductiva ni la fertilidad, que con altísima efectividad conducen al mismo fin y cuya

implementación sólo requiere de compromiso y dedicación por parte de los adultos responsables y adecuada información y educación de los efectores públicos involucrados.

Meritúo también que, al no existir una indicación terapéutica que aconseje la ligadura de trompas no hay urgencia en su realización; no se ha reportado que pudiera haber riesgos para la salud de M. en futuros embarazos; ha dado a luz una niña sana; presenta una capacidad de maternar altamente positiva y está actualmente cumpliendo con el método anticonceptivo indicado en el Centro de Salud al que concurre. Y en cuanto a los aspectos que destacó la juez a quo, como formantes de su convicción en el decisorio impugnado en el apartado final de los considerandos, relativos a la historia vital de la menor, debo destacar que en el informe de fs. 4 se indica que no se detectaron indicadores de abuso sexual intrafamiliar, y si bien tuvo tres episodios compatibles con intentos de suicidios, fueron posteriores a la pérdida de su primer hijo, muerto por anencefalia; su segundo bebé fue fruto de un noviazgo con un joven y el que éste no quisiera hacerse cargo de la paternidad o que se trasladara a otro lugar, resulta ser un hecho totalmente ajeno a la menor.

Y en este aspecto es obligación del Estado acompañar a la menor en el desarrollo pleno de su salud sexual y reproductiva. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 24 apartado 2° consagra la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia (inciso f), habiendo efectuado nuestro país una declaración con relación a este inciso (art. 2, párr. 4°, ley 23.849), considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpretando que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Coincido en que la educación resulta fundamental a la hora de generar conductas responsables y libres, más aun en personas como M. que por su condición de adolescente, por su limitación intelectual, por haber dado a luz un bebé recientemente, y por estar inserta en una familia que padece de pobreza estructural, presenta un alto grado de vulnerabilidad.

*“Si lo que se busca es lograr una conducta responsable y libre de cada persona en relación a sus facultades sexuales, el único camino seguro es el de la educación de la persona. Educación basada en el conocimiento de su propio cuerpo, y anclada en un*

*dominio responsable sobre la propia vida sexual*" (Marina Camps, "La paradoja de la decisión", nota en el Diario La Nación del 9 de abril de 2004).

Incluso un estado deficitario en el acompañamiento de la problemática de esta familia, impotente para brindar soluciones satisfactorias en lo económico, cultural, social y educacional -según informe practicado a fs. 4/5 en junio de 2011, se trata de un grupo familiar numeroso, con pobreza estructural, cuyos integrantes carecen de servicios sanitarios indispensables como agua corriente y tienen ingresos por debajo de la línea de indigencia- debe proveer a esta joven de una orientación y educación adecuadas y atención de su salud, que le permitan el ejercicio pleno de sus derechos sexuales y reproductivos, sin mengua de su propio cuerpo y sin recurrir a prácticas quirúrgicas mutilantes y esterilizadoras.

Y siendo que los progenitores en ejercicio de una paternidad y maternidad responsable, deberán velar por la salud de su hija, lo cual incluye su salud sexual y reproductiva y los periódicos controles ginecológicos.

Asimismo el efector público involucrado en la atención sanitaria de la menor, en el caso el CAPS 168 Área Sanitaria Godoy Cruz, y/o el efector público sanitario al que se la derive, deberán arbitrar las medidas necesarias a fin de que se le efectúen los periódicos controles ginecológicos que resguarden su salud sexual y reproductiva.

Por tanto mi voto lo es en el sentido que debe prosperar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Menores y en consecuencia se debe revocar el decisorio de primera instancia, rechazando el pedido de ligadura de trompas de la menor formulado por sus progenitores.-

Por último estimo que las costas de Alzada deben ser impuestas a la parte apelada por resultar vencida (arts. 35 y 36 ap. I del CPC), no correspondiendo regular honorarios en tanto la apelación ha sido incoada por la Sra. Asesora de Menores y la parte apelada ha intervenido patrocinada por una codefensora del Cuerpo Oficial de la Justicia de Familia.

Así voto.

Por ello el Tribunal, por mayoría,

**RESUELVE:**

I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 52 en contra de la resolución recaída a fs. 48/51 la que se revoca, quedando redactada como sigue: "I.- No hacer lugar a lo solicitado. II.- Hacer saber a los Sres. S. O. M. y E. S. A. que en ejercicio de

la patria potestad de su hija M. A., deberán ejercer un adecuado control, llevándola periódicamente a los controles ginecológicos y velar por que reciba una adecuada educación sexual conforme a criterio médico por parte de los profesionales que la asistan.

III- Disponer que a través de los efectores públicos sanitarios que correspondan se arbitren las medidas necesarias a fin de que se efectúen en la joven los controles ginecológicos periódicos y se le suministre la debida información y orientación sobre sus derechos sexuales y reproductivos”.

II) Imponer las costas a la parte apelada vencida.

**CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFIQUESE Y BAJEN.**

**OMÍTASE SU APARICIÓN EN LISTA**

<b>Dr. Germán Ferrer</b>	<b>Dra. Carla Zanichelli</b>	<b>Dra. Estela</b>	<b>Inés</b>
<b>Politino</b>			
Juez de Cámara	Juez de Cámara	Juez	de
Cámara			