



CAMBIO DE PARADIGMA EN LA TOMA DE DECISIONES TERAPÉUTICAS: LA LIGADURA DE TROMPAS Y LA VASECTOMÍA

Zabalza, Guillermina¹

Schiro, María Victoria²

Calá, María Florencia³

Universidad Nacional del Centro

En el presente trabajo, abordaremos la problemática de las denominadas “intervenciones de contracepción quirúrgica”, reflexionando especialmente acerca de la influencia que la competencia de la persona tiene en la toma de decisiones terapéuticas.

Para este fin, analizaremos la temática del consentimiento informado y la autodeterminación de personas competentes, así como también, la realización de este tipo de prácticas en pacientes que no están capacitados para prestar consentimiento informado.

Luego de realizar un estudio de la realidad social, reflexionaremos sobre las distintas captaciones normativas del fenómeno en estudio, destacando el

¹ Adjunta de Introducción al Derecho y Derecho de Familia y Sucesiones de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Maestranda de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

² Auxiliar Diplomado de las Asignaturas Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho Internacional Privado de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Maestranda de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

³ Alumna de 5º Año de la Carrera de Abogacía de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y Becaria de Investigación de la Escuela Superior de Derecho.

cambio de paradigma que recogió la ley 26.130 del régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica. Finalmente, los hechos y las normas serán valorados a la luz del valor justicia, preguntándonos si se asegura o no la esfera de libertad necesaria para que cada hombre se personalice, arribando a distintas conclusiones según se adopte un régimen intervencionista o abstencionista.

1. Antecedentes. Un cambio de paradigma a partir de la ley 26.130.

Introduciéndonos en el tema referido, esto es, a los actos de disposición del propio cuerpo y, específicamente, a las intervenciones de contracepción quirúrgica denominadas “ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía”, podemos observar que con anterioridad a la sanción de la ley 26.130⁴ se recurría a la justicia para solicitar autorización judicial a los efectos de poder efectivizar una ligadura tubaria o una vasectomía, ya que por imperio del artículo 20 inciso 18 de la ley 17.132⁵, la cual regula el ejercicio de la medicina, se disponía que “*queda prohibido a los profesionales de la medicina practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductivos*”⁶. Si bien de la lectura del presente artículo no se desprende la exigencia de una autorización judicial, la misma se ha solicitado por los profesionales de la medicina con el objeto de eximirse de posibles responsabilidades.

Cabe destacar que si realizamos una interpretación histórica de la norma anteriormente citada, se arriba a la conclusión de que el autor de la misma sólo autorizó la esterilización en los supuestos excepcionales en que se encuentre en riesgo la vida de quien sea susceptible de la misma. Es decir, que la

⁴ Sancionada el día 9/8/2006, promulgada el 28/8/2006 y publicada en el Boletín Oficial con fecha 29/8/2006.

⁵ Ley ésta que repitió en su artículo 20 inciso 18 el artículo 19 inciso k del decreto-ley 6216/44. La única diferencia entre los dos regímenes, es que el contemplado por el decreto limitaba la prohibición a la mujer.

⁶ Además, el Código de Ética Médica, el artículo 19, establece que “el médico no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada”.

expresión *'indicación terapéutica perfectamente determinable'* alude a la posibilidad de vida o muerte del paciente, desprendiéndose que sólo en aquellos supuestos en que efectivamente se encuentre en riesgo la vida se autorizará la esterilización.

En los últimos años se han observado debates en torno de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, reflexionándose acerca de la licitud o ilicitud moral de las prácticas de esterilización y de la actitud profesional ante las mismas. Asimismo, se puede vislumbrar una reciente legislación provincial⁷ y nacional⁸ que capta esta problemática con un modelo diferente al previsto por la ley 17.132.

En tal sentido, la ley 26.130 en sus artículos 1 y 2, establece que toda persona capaz y mayor de edad tiene derecho de 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, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado.

En el tránsito de la ley 17.132 a la ley 26.130, se observa un cambio de paradigma desde el modelo de beneficencia hacia el modelo de autonomía, destacándose la trascendencia que posee la adopción de uno u otro modelo, en razón de que *“el médico tiene obligación de realizar su práctica ‘de acuerdo a las reglas del arte’, parámetro esencial para determinar su responsabilidad frente a un acto médico cuestionado. Y estas van a estar dadas no sólo por el procedimiento técnico – científico recomendado, sino, y muy especialmente, por los principios del modelo que se tome como parámetro. De este modo, una conducta que es ilícita bajo un modelo puede ser lícita en el otro y viceversa”*⁹.

Al respecto, debemos mencionar que este cambio de paradigma no es menor, justamente porque no es menor la distancia entre los dos modelos. De

⁷ Provincias de Río Negro – ley 3450 de 2000; Tierra del Fuego – ley 533 de 2001; Chubut – ley 4950 de 2002; Neuquén – ley 2431 de 2003; La Pampa – ley 2079 de 2003; Santa Fe – ley 12323 de 2004; Chaco – ley 5409 de 2004 y Mendoza – ley 7456 de 2005.

⁸ Ley 26130 aprobada por el Congreso de la Nación Argentina el 29 de agosto de 2006.

⁹ SIVERINO BAVIO, Paula. “Ligadura de trompas: ¿delito o derecho?”, Bioética y Derecho, Rubilzal – Culzoni, Santa Fe, 2003. pág. 233

este modo, advierte Siverino Babio que el modelo de beneficencia considera que el bien en la asistencia del paciente es lo que la medicina entiende que es mejor para él¹⁰, lo que indicaría que estaríamos en presencia de un régimen paternalista, en donde la responsabilidad recae exclusivamente sobre el médico que realiza la intervención.

A diferencia del modelo anteriormente mencionado, “el modelo de autonomía estima los valores y las creencias del paciente como la principal consideración moral en la determinación de las responsabilidades médicas, sus obligaciones y virtudes brotan, por lo tanto, del principio de autonomía. Según Pellegrino “la autonomía es la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar en forma razonada a partir de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas según sus propios valores”¹¹. En este modelo se observa una estructura de tipo contractual, donde el médico reconoce en el paciente la libertad de control y disposición de su propia vida.

Al contemplar estos modelos, podemos advertir que en el primer supuesto se da un humanismo de tipo intervencionista paternalista, en virtud de que la actitud del sujeto es pasiva al existir un tercero que es quien le indica el camino que debe seguir para su personalización; en tanto que en el segundo modelo se da un humanismo abstencionista considerando a cada hombre como lo suficientemente maduro para poder optar y elegir el camino que a su criterio estime que lo desarrollará como persona. Ahora bien, debemos advertir que el régimen paternalista se justifica sólo cuando las personas carecen de madurez suficiente para poder autodeterminarse y como corolario de esto elegir lo que consideran mejor para su propia vida, pero no en otro supuesto.

Partiendo de estos conceptos, se puede vislumbrar que en el anterior régimen legal prescripto por la ley 17.132 se evidenciaba un humanismo de tipo paternalista, inspirándose en una concepción que suele denominarse “perfeccionismo”: *“esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de*

¹⁰ SIVERINO BAVIO, Paula. “Ligadura de trompas...”, op. cit., pág. 234.

¹¹ SIVERINO BAVIO, Paula. “Ligadura de trompas...”, op. cit., pág. 234.

*distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores*¹².

Contrariamente a ello, el régimen instaurado por la ley 26.130 se inspira en el principio liberal de “autonomía de la persona”, “*que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual en esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*”¹³. De este modo, se asegura a cada cual la esfera de libertad suficiente para que sea el propio hombre quien pueda escoger su personalización según sus propios planes de vida.

2. Capacidad y competencia

La ley 26.130, en sus arts. 2¹⁴ y 3¹⁵, regula la toma de decisiones terapéuticas en torno a las intervenciones de contracepción quirúrgica, distinguiendo entre las personas capaces e incapaces. Cabría interpretarse que el texto de la norma alude a las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad de hecho, conceptualizadas como la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

El art. 1, al definir el objeto de la ley, cual es el de permitir el acceso a la realización de las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y

¹² NINO, Carlos Santiago. “Ética y Derechos...”, op. cit. Pág. 205.

¹³ NINO, Carlos Santiago. “Ética y Derechos Humanos”. 2ª edición ampliada y revisada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. pág. 204 – 205.

¹⁴ Art. 2.- Requisitos. Las prácticas médicas referidas en el artículo anterior están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado.

No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados en el artículo siguiente.

¹⁵ Art. 3.- Excepción. Cuando se tratase de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.

vasectomía en los servicios del sistema de salud, a las personas mayores de edad, está con ello, delimitando el ámbito personal de aplicación de la presente ley. Complementado dicho precepto con los arts. 2 y 3 del mencionado cuerpo legal, al agregar el primero de ellos al requisito de mayoría de edad, el de capacidad, y conforme entendemos, también el requisito de competencia. Las líneas que siguen procurarán dar fundamento a la interpretación que proponemos.

Si bien los términos de mayoría de edad y capacidad están utilizados en estricto sentido jurídico, la ley, al introducir como requisito previo inexcusable que la persona otorgue su consentimiento informado, está incorporando un término de hondo tratamiento en el campo de la Bioética. Urge compatibilizar dicho término con los institutos que derivan principalmente del campo del derecho, máxime si, como en el presente caso, se trata de requisitos acumulables.

Pueden citarse a modo de ejemplo, definiciones que tanto autores provenientes de diversas disciplinas, como instrumentos normativos, han elaborado acerca de lo que debe entenderse por “Consentimiento informado”. Suele concebirse, como un *“...proceso de decisión compartida que involucra de manera fundamental tanto al médico como al paciente. Los médicos brindan la información necesaria y ponen sus conocimientos sobre la salud y los distintos tratamientos a disposición del paciente, quien de esta manera puede tomar una decisión sobre la base de sus propios valores, creencias y metas de vida”*¹⁶. La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos dispone que *«El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.»* En nuestro país, la ley 17.132, que regula la actividad médica, en su art. 19 inc. 3 prevé la obligación

¹⁶ Luna, Florencia – Salles, Arleen L.F.: BIOÉTICA. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada. Ed Sudamericana. Bs. As., 1998, pág. 108.

del médico de “...respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo en los casos de inconsciencia, alineación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio, o de delitos...”.

En consonancia con las definiciones construidas alrededor del consentimiento informado, la misma ley traída a comentario aquí, regula en su art. 4 las condiciones en las que debe ser prestado, y el contenido de la información a brindar al paciente. El profesional médico interviniente, individual o conjuntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona acerca de “...a) la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos utilizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias...”. La forma prevista para el otorgamiento del consentimiento informado es la constancia escrita en la historia clínica, que suscribirá el paciente.

La doctrina del consentimiento informado se adscribe al paradigma de la autonomía de la persona, entendida en el campo de la Bioética como el triunfo de una relación más de tipo contractual entre médico y paciente, donde la autoridad y la responsabilidad ética son compartidas por ambos. Si lo llevamos al campo específico del consentimiento informado, la autonomía es entendida como capacidad de autogobierno. Sostienen las autoras citadas que, según el enfoque consecuencialista, “Si el paciente tiene la información adecuada, normalmente es quien mejor puede determinar qué es lo que le conviene y respetar sus decisiones, de manera de fomentar su bienestar”¹⁷. Aun si ese curso de acción no lo beneficia.

De modo que en Bioética se concibe que, quienes se encuentran en situación de otorgar consentimiento informado, son las personas competentes. Por competencia de una persona se entiende la “...capacidad de comprender la información sobre su condición y sobre las opciones de tratamiento pudiendo tomar decisiones sobre la base de tal información”¹⁸. Mas

¹⁷ Luna, Florencia – Salles, Arleen L.F: Op. cit. pág. 109.

¹⁸ Ferraris, José María: Fundamentos y Principios de Bioética. Principio de autonomía en la discapacidad. <http://www.colmed5.org.ar/revista/discapacidad.htm>

ampliamente, e introduciendo nociones de tipo axiológico a esta definición, se concibe a la competencia como la “...*Capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores*”¹⁹. La competencia, así entendida, no configura una aptitud de tipo general, sino susceptible de apreciación en cada caso particular. Se es competente o no se es competente, en referencia a una situación concreta, y en el caso que tratamos, en relación a una toma de decisión terapéutica determinada. Pero lo que interesa, a efectos de evaluar la competencia, no es la razonabilidad de la decisión final del paciente sino el procedimiento de toma de decisiones y de argumentación que utiliza el paciente.

A la inversa, quienes carecen de competencia, pueden escindirse en dos grupos: las personas incompetentes, que fueron competentes en el pasado, y los incompetentes que nunca lo fueron.

Se presta entonces, consentimiento informado, si la persona competente lo otorga sin sometimiento a persuasión (no hay consentimiento, al no darle oportunidad de efectuar ningún tipo de elección), coacción (se consigue el consentimiento del paciente mediante la fuerza) o manipulación (influencia psicológica del médico, en razón de sus conocimientos, presentándole la información de tal manera que lo empuja a tomar una decisión determinada).

Podemos colegir de lo anteriormente expuesto, que al requisito genérico de capacidad de hecho exigido por la ley 26.130, se suma el requisito de competencia, siendo nuestra tarea en lo que siga procurar dilucidar la coincidencia que en la realidad puede o no suscitarse entre estos conceptos, el uno estrictamente jurídico, y el otro, nacido del encuentro entre la Psiquiatría y el Derecho.

Por un lado, tenemos que las personas mayores de edad, que no sean incapaces de hecho absolutos según las prescripciones del código civil, y que sean competentes, esto es, que puedan ante una práctica de contracepción

¹⁹PAZOS, Claudia A.: Consentimiento informado.
<http://www.hmoore.com.ar/presentaciones/investigacionclinica/CONSENTIMIENTOINFORMADO.ppt>

quirúrgica, dar su consentimiento informado, se hallan comprendidos, sin lugar a dudas, en la ley en estudio.

Pero en la realidad, pueden presentarse casos que se encuentran en una zona de penumbra, respecto de los cuales resulta dudoso decidir si son o no destinatarios de las prescripciones de la norma, y respecto de los cuales se hará necesario recurrir al caso concreto, a efectos de dilucidarlo.

Un ejemplo de lo antedicho, podemos ubicarlo en las personas incurso en algunas de las causales de inhabilitación, conforme lo regula el Art. 152 bis del Cód. Civil, mas precisamente, en los casos de los dos primeros incisos.²⁰. Este artículo, incorporado por la ley 17.711, tuvo en miras “... avanzar sobre el esquema excesivamente rígido, que dividía a las personas en dos categorías tajantes y opuestas”²¹. Se hacía menester, al existir una gama infinita de patologías psíquicas, “... arbitrar un sistema que protegiera a estas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad de los dementes, lo que sería excesivo e injusto. A ello responde la institución de la inhabilitación”²². Tal como la norma lo plantea, la exposición a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o su patrimonio, justifica el nombramiento de un curador o asistente, cuya función no es representarlo, sino asistirlo, completando su voluntad para el otorgamiento de determinados actos jurídicos, de contenido patrimonial. Para los actos de contenido extrapatrimonial no existe limitación alguna. El inhabilitado no es un incapaz, no está sujeto a representación, por lo tanto, no encuadra en la prescripción contenida en el art. 3 de la ley 26.130. Lo que aquí cabe plantearnos es si siendo mayor de edad y capaz de hecho, ¿puede otorgar siempre consentimiento informado? ¿es competente?. Si bien la competencia debemos de analizarla en el caso concreto, el problema se suscita cuando ante una decisión terapéutica, para la práctica de una intervención de contracepción

²⁰ Art. 152 bis. “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (...)”.

²¹ BORDA, Guillermo: La reforma de 1968 al Código Civil. Ed. Perrot. Bs. As. 1971, pág. 111.

²² BORDA, Guillermo: Op. cit., pág. 111.

quirúrgica, el inhabilitado no está en condiciones de competencia, no pudiendo otorgar consentimiento informado. En este último caso, al erigirse la competencia como un requisito que la norma coloca en su artículo segundo, no podríamos ubicar al inhabilitado entre las personas a que dicho precepto normativo se refiere. Pero como ya lo expusimos, el mismo no es un incapaz, y por ende no está sujeto a representación legal. Por otra parte, excedería tomar tal decisión a las atribuciones del asistente, quien limita sus funciones a actos de contenido patrimonial. Queda pues, sin resolver legalmente, qué ocurre si una persona inhabilitada mayor de edad y capaz, pero no competente, debe o desea someterse a estas prácticas.

3. Esterilización de incapaces

Cuando la realidad conduce al avasallamiento de los derechos personalísimos.

3.1. Planteamiento del problema

La ley 26.130 prevé expresamente en su artículo 3º, la posibilidad de aquellas personas declaradas judicialmente incapaces de acceder a la realización de la práctica de “ligadura de trompas de Falopio” y de “vasectomía”, para lo que impone como requisito ineludible la previa autorización judicial solicitada por su representante legal.

La disposición legal, viene a captar de esta manera la lucha emprendida hace ya varios años por la relatividad de las restricciones legales, éticas y sociales al derecho de disposición del propio cuerpo²³, tendencia ésta que era evidente tratándose de personas capaces de expresar un consentimiento libre y autónomo. Esta lucha estuvo enraizada desde un primer momento, en la necesidad de jerarquizar la autonomía de la voluntad de la persona capaz frente a un régimen paternalista, imponiendo así el respeto por la decisión personal basada en el derecho constitucional a la privacidad, al momento de

²³ Ver: CIFUENTES, Santos: “*Derechos Personalísimos*”, 2da. edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 293/295.

decidir sobre el ejercicio del derecho de procrear y el de planificación familiar. Así, el justificar las intervenciones con fines contraceptivos es coherente con el principio bioético de autonomía y su traducción jurídica de libre determinación, afirmación ésta que posibilita aceptar que el sujeto capaz goza de la facultad de autorizar tales prácticas en su propio cuerpo²⁴.

Ahora bien, la problemática bajo análisis se torna aún más compleja cuando el sujeto afectado, debido a su incapacidad, carece de facultades de autodeterminación, viéndose imposibilitado para tomar aquellas decisiones que marquen el desarrollo de su vida con libertad y autonomía. Ello así, porque el derecho a procrear o no hacerlo es un derecho personalísimo²⁵, y en principio ellos no admiten el ejercicio por representante²⁶, por ser actos que no están anudados al carro de la incapacidad. De este modo, nos encontramos en presencia de actos que están vedados al incapaz de obrar, pero que tampoco es posible que los cumpla el representante en su nombre; lo que significa que aparece una imposibilidad jurídica de adquirir esos derechos y de gozarlos, desde que nadie puede darles vida. En definitiva, se trata de un cercenamiento completo, como si fuera una incapacidad de goce, no enunciada en virtud de los hechos y de las circunstancias²⁷.

Consideramos que es en miras a esta circunstancia que deberá realizarse el desarrollo de la presente temática, sin perder de vista que en el caso no se trata de justificar el ejercicio del derecho a disposición del propio cuerpo, sino de *disponer sobre el cuerpo de otro*.

²⁴ CALO, Emanuele: “*Bioética: nuevos derechos y la autonomía de la voluntad*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000.

²⁵ Entendiéndose por tales aquellas prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

²⁶ Ver al respecto MEDINA, Graciela: “*Bioética, Libertad Sexual y Derecho (Libertad de elección sexual, libertad de contracepción, libertad de cambio de sexo. Límites y responsabilidades*”, publicado en www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf-000170.pdf, pág.16; CIFUENTES, Santos, ob. cit., pág. 298; RIVERA, Julio César: “*Instituciones de Derecho Civil. Parte General*”, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 386/387.

²⁷ CIFUENTES, Santos: “*Régimen general de la capacidad y el denominado “living will”*”, La Ley 2006-A, pág. 1183.

3.2. Situación legal previa al dictado de la ley

La cuestión en el derecho interno se hallaba prevista por la ley 17.132, tal como ha sido expuesto en el primer punto del presente trabajo.

A esta circunstancia debe agregarse que el proyecto de reforma del Código Civil de 1998 establece la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona. Al respecto, afirma que en caso de tratarse de un paciente incapaz de ejercicio o que no se encuentre en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge, pariente más próximo o allegado; y que en caso de negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, su consentimiento debe suplirse por autorización judicial.

Asimismo, la problemática que nos aqueja ha sido también objeto de regulación legal en el derecho comparado. Así, en Suiza la ley de 1928 autorizó la esterilización con consentimiento del interesado y conformidad del Consejo Cantonal de la Salud, en los casos en que se padece una enfermedad mental incurable que pueda dar lugar a descendencia con taras. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en 1927 (*Buck v. Bell*), declaró la constitucionalidad de las leyes que permitían la esterilización en personas deficientes mentales; pero en el año 1988 el *United States Code*, si bien admitió la esterilización para planificar la familia, la prohibió en personas mentalmente inaptas o institucionalizadas.

En líneas generales, éste era el marco normativo vigente en nuestro ordenamiento y en los ordenamientos extranjeros al momento de entrar en vigencia la ley 26.130, normas que por supuesto han sido motivo de divergentes interpretaciones doctrinarias y contradictorios pronunciamientos judiciales, como analizaremos en los puntos siguientes.

3.3. Interpretaciones doctrinarias

Al momento de desentrañar el sentido y alcance de la ley 17.132 en su aplicación a sujetos incapaces, la mayoría de los autores se ha inclinado por

afirmar que la misma autoriza su esterilización siempre que medien razones terapéuticas para ello²⁸ (supuesto en el cual es factible que el consentimiento del incapaz sea suplido por el de su representante), pero no con finalidad meramente anticonceptiva o contraceptiva²⁹.

De este modo, Cifuentes ha sostenido que no habiendo una indicación terapéutica, la prohibición general se aplica. Pero aún habiéndola, la operación sólo puede efectuarse bajo control judicial, dado que se trata de personas que no pueden prestar su consentimiento (a menos que pasen por un intervalo lúcido) y que no pueden ser representadas por su curador, por ser una manifestación de voluntad para el ejercicio de un derecho personalísimo. De todos modos, en estos casos el juez debe evaluar si la esterilización es necesaria para la salud del insano, no existiendo otro medio que impida un embarazo peligroso, y sólo autorizarla mediando razones graves en un insano de pronóstico completamente negativo.

Dentro de esta línea de opinión, podemos mencionar aquellos autores que también admiten la ligadura de trompas o vasectomía de incapaces mediando indicación terapéutica, pero van más allá al otorgar al término un sentido más amplio. De este modo, consideran comprendido dentro del concepto de “esterilización terapéutica” no sólo aquella destinada a la curación de la salud del paciente ante un peligro efectivo y actual, sino también aquella que persigue una finalidad preventiva procurando impedir embarazos que podrían causar o agravar alguna enfermedad, en cuanto esta última intervención favorezca la calidad de vida de la persona afectada³⁰. Dentro de esta misma línea, podemos ubicar también a aquellos autores que se inclinan por afirmar que toda práctica esterilizante sobre un paciente incapaz, debe llevarse adelante sólo en caso de mediar un grave problema de salud. Sin embargo, consideran que lo terapéutico no obedece sólo a razones físicas o biológicas,

²⁸ Estando en este caso destinada la esterilización a la curación, mantenimiento o mejora de las condiciones de salud del paciente, como así también a su supervivencia.

²⁹ Sería el caso de la intervención médica o quirúrgica que “priva de la capacidad de concebir” en el hombre o en la mujer.

³⁰ BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y STEIN, Patricia: “Manifestaciones del derecho a disponer del propio cuerpo. Consideraciones acerca de la salud reproductiva, graves enfermedades y clonación”, La Ley, 15/10/2004, pág. 1.

sino también a la salud psicológica, o bien a aspectos más amplios (como los socioeconómicos, o los relacionados con la calidad y dignidad de vida de la familia), recordando asimismo que la calidad de vida genera también consecuencias en la salud física, por lo que todos estos factores terminan interactuando sistemáticamente³¹.

Por otra parte y dentro de otra corriente doctrinaria, Graciela Medina ha afirmado en la obra ya citada, que si bien resulta indiscutible que no se pueden esterilizar indiscriminadamente incapaces por razones eugenésicas, la cuestión resulta judiciable no sólo cuando medien razones terapéuticas, sino también cuando su propia incapacidad le impida atender adecuadamente a su descendencia. Los argumentos que brinda para fundar su posición son, fundamentalmente, la consideración de que respecto de la mujer incapaz que ha sido violada, se admite la posibilidad de aborto; el hecho de que pretender el control continuo por parte de los 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 del incapaz; y finalmente, en la imposibilidad por parte de los incapaces de dar réplica a las exigencias éticas y jurídicas que derivan de la condición de madre o de padre. Sin embargo, debemos mencionar que esta última interpretación no puede ser sostenida dentro del régimen vigente con anterioridad a la sanción de la ley 26.130, más que como una recomendación de *lege ferenda*.

Finalmente, Rivera³² ha considerado que la cuestión es sumamente compleja, porque no está en juego sólo la integridad física del insano, fundamentalmente en el caso de mujeres dementes y sobre todo en nuestro país donde las internaciones se realizan a veces en condiciones de promiscuidad, ya que se pueden producir embarazos que no son el resultado de una relación libremente querida. Por ello entran a jugar otros derechos, como el derecho a la dignidad y aún a una maternidad o paternidad responsable. Es por ello que considera que, si bien bajo el régimen de la ley 17.132 el único motivo posible para llevar adelante la esterilización es bajo indicación terapéutica, propone la modificación de esa legislación en pos de atribuir a los jueces la facultad de adoptar medidas esterilizantes cuando se

³¹ PELLE, Walter David: “*Amparo y disposición del propio cuerpo. Análisis de un fallo que nos permite reflexionar jurídica y bioéticamente*”, LLBA, 2005-1208.

³² RIVERA, Julio César, ob. cit., págs. 46/47.

trate de enfermas irrecuperables y su internación se realice en condiciones de promiscuidad.

3.4. Evolución Jurisprudencial

Algo similar a lo que hemos observado en el punto anterior, ocurrió respecto de las decisiones judiciales al momento de pronunciarse sobre la posibilidad o no de practicar una ligadura tubaria o una vasectomía sobre un sujeto jurídicamente incapaz.

De este modo, han existido pronunciamientos que han negado la esterilización en todo supuesto, considerando que el representante legal no puede suplir el consentimiento del incapaz cuando están en juego derechos personalísimos, ni por sí ni por autorización judicial³³; o bien que han admitido que sea el representante legal quien preste el consentimiento, pero sólo en caso de mediar indicación terapéutica³⁴.

Más allá de estas decisiones, también han existido fallos que han avanzado en el tratamiento de la cuestión, considerando no sólo lo dispuesto en las normas legales sino también las circunstancias fácticas que rodean cada caso en concreto. Así, se ha mencionado que tratándose de una paciente psiquiátrica severa, demente en sentido jurídico y declarada tal en juicio, la ligadura tubaria reviste el carácter de acción terapéutica en sentido amplio y de carácter preventivo, dado que en un cuadro psiquiátrico considerado como irreversible, futuros embarazos podrían razonablemente significar un mayor deterioro en la salud de la paciente (entendiendo por tal tanto la salud física como a la salud mental). De este modo, la sola patología mental del sujeto incapaz es considerada como indicación terapéutica suficiente para la realización de una práctica esterilizante, buscándose con ella evitar un mal mayor³⁵.

³³ 1ª Inst. Civil, Capital, 5/XI/87, E.D. 130/525.

³⁴ CCiv. Flia y Suc, Tucumán, 12/VII/82, l.l. 1983-C-500; CCiv. y Com., Córdoba, 15/XII/2003, L.L.C. 2004-626.

³⁵ JCrim. y Corr. nº 3, Mar del Plata, 06/XII/1996, l.l. 1998-F-884; CCiv., Com. y Contencioso Administrativa, Río Cuarto, 17/V/1994, l.l.c. 1995-824.

3.5. Situación actual

En este momento debemos concluir que, sin lugar a dudas, la ley 26.130 ha implicado un avance respecto del estado de cosas anterior, captando mediante su letra y espíritu numerosas situaciones acontecidas en la realidad social, que en el régimen anterior no recibían una clara respuesta. No obstante, es menester realizar algunas apreciaciones.

En primer lugar, debemos mencionar que la letra de la ley exige como único requisito para la procedencia de una práctica esterilizante sobre un sujeto incapaz, la autorización judicial previa solicitud de su representante, sin especificar ni aún someramente en qué casos ésta sería viable. Por ello parece razonable suponer que de acuerdo a la norma, dicha medida es procedente no sólo en caso de mediar indicación terapéutica (caso en el que aún durante la vigencia del régimen anterior no existía ningún impedimento, porque al hallarse comprometido el derecho a la salud del insano, no existe diferencia con otro tipo de operaciones en las que el consentimiento otorgado por su representante resulta válido), sino que resultaría asimismo procedente cuando medie exclusivamente una finalidad anticonceptiva o contraceptiva. Y es justamente en este último supuesto donde se generan los mayores interrogantes.

Al respecto, parece claro que hay un sinnúmero de circunstancias que justifican determinar que el fin último en este aspecto, consiste en evitar el embarazo de una persona incapaz. Ello así porque, más allá de todos los argumentos expuestos por los doctrinarios y magistrados que ya han sido analizados, parece claro que la persona incapaz se halla inmersa en la imposibilidad de dar réplica a las exigencias éticas, jurídicas y aún fácticas que derivan de la condición de madre o padre. En estas circunstancias si bien existe un abstracto 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.

Ahora bien, debemos interrogarnos si en pos de alcanzar el fin último de evitar el embarazo de una persona incapaz cualquier medio se halla permitido, aún cuando como en el caso, se trata de disponer sobre el cuerpo de otra persona. Y aún en el extremo de que ello se considere acertado, ¿sería esto

justo para el sujeto incapaz, entendiendo por justicia el reconocimiento a favor del individuo del ámbito de libertad necesario para personalizarse?

Pareciera que ante tal situación, debe priorizarse la adopción del método anticonceptivo *menos lesivo* para el sujeto afectado, y sólo recurrirse a su esterilización (método definitivo e irreversible) ante la inexistencia de otras medidas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad propuesta. De este modo, si bien la ligadura de trompas y la vasectomía se encuentran permitidas en el régimen vigente, en el caso de personas incapaces devienen la *última ratio*. Y esto que para muchos puede parecer una obviedad, en realidad no lo es tanto si observamos los pronunciamientos judiciales dictados en nuestro país, ya que la abrumadora mayoría de aquellos que han autorizado la esterilización de una persona incapaz, no ha siquiera mencionado la posibilidad de recurrir a un método anticonceptivo menos lesivo para la integridad física del sujeto afectado, ni ha referido los motivos por los cuales éstos han sido descartados.

Ello así porque en el supuesto señalado, como en muchos otros del derecho, el límite ético es concluyente a la hora de admitir la juridicidad de las acciones, las que no pueden desvincularse de su sentido teleológico: éste tiñe de moralidad o inmoralidad los comportamientos humanos³⁶.

4. Conclusión

Al valorar el orden de los repartos y su captación normativa a la luz del “Principio Supremo de Justicia que consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o como a veces se suele decir de personalizarse”³⁷, se desprende la concepción de cada hombre como un fin en sí mismo y no como un medio. Desde este aspecto, consideramos que la ley 26.130 al adoptar el modelo de autonomía respecto de la persona capaz esta

³⁶ BERTOLDI DE FOURCADE y STEIN, ob. cit.

³⁷ GOLDSCHMIDT, Werner “Introducción Filosófica al Derecho”. 6ª edición. Depalma. Buenos Aires. 1996. pág. 417

asegurando esta esfera de libertad a fin de que el paciente sea el sujeto activo que se autogobierne, y en consecuencia que decida su propio plan de vida. No obstante, respecto del sujeto incapaz nos preguntamos si el contenido de la normativa responde a una mediatización del ser humano o si por el contrario se toma esta medida para que se personalice, esto es si la decisión que en definitiva se toma implicará mejorar la calidad de vida del incapaz o atender al interés del representante.

Para concluir, y respecto de la persona capaz, nos preguntamos junto al Profesor Ronchetti “¿la calidad de vida es ese ámbito de libertad o es el desarrollo de la personalidad? ¿es una condición o es una consecuencia, un resultado?”³⁸

BIBLIOGRAFÍA

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y STEIN, Patricia: “Manifestaciones del derecho a disponer del propio cuerpo. Consideraciones acerca de la salud reproductiva, graves enfermedades y clonación”, Doctrina, La Ley 15/10/2004, pág. 1.

BORDA, Guillermo: La reforma de 1968 al Código Civil. Ed. Perrot. Bs. As. 1971

CALO, Emanuele: “Bioética: nuevos derechos y la autonomía de la voluntad”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000.

CECCHETTO, Sergio “Las primeras leyes argentinas de esterilización permanente en seres humanos”, publicado en La Ley Actualidad, Año LXX N° 198 / ISSN 0036-1636. Buenos Aires, 2006. pág. 1 y ss.

CIFUENTES, Santos: “*Derechos Personalísimos*”, 2da. Edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira: “*Una ley bienvenida*”, Doctrina, La Ley 2003-C-1044.

³⁸ RONCHETTI, Fernando. “El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho”. Ponencia presentada en las Jornadas del Proyecto de Investigación Aportes del Derecho Privado para el mejoramiento de la calidad de vida (protección de la persona, la familia y la pequeña y mediana empresa), realizada en la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia Buenos Aires, el día 15 de septiembre de 2006.

FERRARIS, José María: Fundamentos y Principios de Bioética. Principio de autonomía en la discapacidad. <http://www.colmed5.org.ar/revista/discapacidad.htm>

GOLDSCHMIDT, Werner “Introducción Filosófica al Derecho”. 6ª edición. Depalma. Buenos Aires. 1996.

LUNA, Florencia – Salles, Arleen L.F: BIOÉTICA. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada. Ed Sudamericana. Bs. As., 1998.

MEDINA, Graciela: “Bioética, Libertad Sexual y Derecho (Libertad de elección sexual, libertad de contracepción, libertad de cambio de sexo. Límites y responsabilidades”, publicado en www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf-000170.pdf.

MIELNICKI, Diego: “Ley 26.130. Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica y los derechos fundamentales”, La Ley Doctrina, Suplemento Actualidad, 12/10/2006, pág. 1.

MIELNICKI, Diego. “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica y los derechos fundamentales”, publicado en La Ley Actualidad, Año LXX N° 198 / ISSN 0036-1636. Buenos Aires, 2006. pág. 1 y ss.

NICOLAU, Noemí Lidia: “La intervención judicial en el negocio personalísimo entre médico y paciente. Dos recientes casos judiciales”, Nota a Fallo, La Ley 1998-C-265.

NINO, Carlos Santiago. “Ética y Derechos Humanos”. 2ª edición ampliada y revisada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989.

PAZOS, Claudia A.: Consentimiento informado. <http://www.hmoore.com.ar/presentaciones/investigacion%20clinica/CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.ppt>

RIVERA, Julio César: “*Instituciones de Derecho Civil. Parte General*”, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

RONCHETTI, Fernando. “El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho”. Ponencia presentada en las Jornadas del Proyecto de Investigación Aportes del Derecho Privado para el mejoramiento de la calidad de vida (protección de la persona, la familia y la pequeña y mediana empresa), realizada en la Escuela Superior de Derecho de la Universidad

Nacional del Centro de la Provincia Buenos Aires, el día 15 de septiembre de 2006.

ROSALES, Pablo: “Derecho a la ligadura de trompas y a la vasectomía. Ley 26.130”, Columna de Opinión, La Ley 12/09/2006, pág. 1.

SIVERINO BAVIO, Paula. “Ligadura de trompas: ¿ delito o derecho?”, Bioética y Derecho, Rubilzal – Culzoni, Santa Fe, 2003. pág. 231 y ss.

TINANT, Eduardo Luis: “Libertad de contracepción y dignidad e integridad de la persona”, Nota a Fallo, La Ley 2004-A-638.

VALENTE, Luis Alberto: “*Bioética y Derecho Civil*”, Doctrina, La Ley 05/01/2004, pág. 1.