

Nota técnica 11

INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO IVE-ILE

Noviembre 2023

Nota técnica 11

INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO IVE-ILE

Noviembre 2023

Autoría: Celeste Leonardi, Oficial en Salud Sexual y Reproductiva del Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA). Sonia Ariza Navarrete, asesora de la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva e investigadora adjunta del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).

Revisión: Luciana Azcárate, Verónica Gonzalez Bonet y Constanza Leone, integrantes del Grupo de Trabajo en Derechos Sexuales y Reproductivos y Personas con Discapacidad y del área de Comunicación y Producción de materiales de la DNSSR.

Se agradece el apoyo de UNFPA-Argentina para la elaboración de esta nota técnica.

INTRODUCCIÓN

Esta nota técnica brinda pautas para los equipos de salud con el objetivo de que puedan respetar, proteger y garantizar el derecho de las mujeres y otras personas con capacidad de gestar con discapacidad a tomar decisiones relativas a la interrupción voluntaria y legal del embarazo IVE-ILE de manera autónoma.

Para garantizar adecuadamente el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se realiza una interpretación ajustada a los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene rango constitucional en la Argentina, de las normativas que refieren a las sentencias de restricción de la capacidad y especialmente sobre la intervención de representantes legales establecida en la Ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y la atención posaborto y su Decreto Reglamentario 516/2021. Motivan este material las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en 2023.¹

Contexto del acceso a la IVE-ILE de personas con discapacidad

El derecho a la salud sexual y reproductiva incluye el derecho a tener el control sobre la sexualidad y a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer libremente sus derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos.

1. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 24 de marzo de 2023.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en el artículo 25 que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluyendo programas y atención de la salud sexual y reproductiva de la misma variedad y calidad que a las demás personas y exigirán a los profesionales de la salud que presten atención a las personas con discapacidad sobre la base de su consentimiento libre e informado.

Sin embargo, los estereotipos de género y discapacidad han limitado la autonomía personal de las mujeres con discapacidad y su capacidad para tomar decisiones en asuntos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirmó que los estereotipos indebidos relacionados con la discapacidad y el género constituyen una forma de discriminación “que tiene repercusiones especialmente graves en el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y del derecho a fundar una familia”² y que “[a]lgunas formas de violencia, explotación y abuso puede considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y una vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas cabe citar: el embarazo o la esterilización forzados o realizados bajo coerción, o involuntarios; todos los procedimientos y las intervenciones médicos realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto; las prácticas quirúrgicas invasivas e irreversibles”.³

También señaló que las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado, que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales.⁴

Además, sostuvo que “[e]n la práctica...sus decisiones suelen ser sustituidas por las de terceros, incluidos representantes legales, proveedores de servicios, tutores y miembros de la familia, en violación de sus derechos en virtud del artículo 12 de la Convención” y que “[t]odas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, **con apoyo cuando así lo deseen**, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos”⁵.

En ese sentido, el Ministerio de Salud de la Nación en 2015 emitió la Resolución 65/2015 que contiene el marco interpretativo del Código Civil y Comercial vigente para el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad y también de niñas/es/os y adolescentes. Desde ese momento, se cuenta con un documento específico para reafirmar la vigencia de las reglas de la no sustitución y de los derechos de accesibilidad, de sistemas de apoyo y ajustes razonables. Se reafirma que garantizar el ejercicio de estos derechos permite eliminar las prácticas de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad en el acceso a sus derechos sexuales y reproductivos incluidos los servicios de salud relacionados. Es decir, el Estado ha reconocido que existe un riesgo específico, como se ha mencionado para esta población y, por tanto, ha brindado esta herramienta para evitar lecturas y prácticas restrictivas que afecten a las personas con discapacidad.

En 2020 se sancionó la Ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y la atención posaborto. Esta regula el derecho de acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta las catorce semanas, inclusive, sin necesidad de expresar ningún motivo, y el derecho de acceder a la interrupción legal del embarazo, cuando el embarazo sea resultado de una violación o si está en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

La Ley reconoce el derecho de **acceder a la práctica de IVE-ILE en un plazo máximo de 10 días corridos**, desde que se solicita, a recibir del personal de salud **un trato digno** y respetuoso de su privacidad y autonomía y a recibir **información actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles**, según sus necesidades, sobre los procedimientos y los cuidados posteriores, entre otros.

2. Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Párr. 38

3. Ídem. Párr. 32.

4. Observación general núm. 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Párr. 35.

5. Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Párr. 44 .

En particular, establece que el personal de salud debe respetar las decisiones de todas las personas con capacidad de gestar respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, y que sus decisiones no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas.

Además, establece como requisito que previo a la realización de la interrupción voluntaria y legal del embarazo se obtenga el consentimiento informado de la persona gestante con o sin discapacidad expresado por escrito, y que nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

El derecho al consentimiento informado y a recibir un trato digno y libre de juicios personales por parte del personal sanitario debe ser respetado siempre, se trate de personas con o sin discapacidad, o de personas con restricción de la capacidad

La Ley 27.610 establece en su artículo 9 que si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la presente ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia de apoyos, y que las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

También dispone que, si existiese una sentencia judicial de restricción a la capacidad que impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la presente ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Finalmente, el artículo 9 del Decreto Reglamentario 516/2021 dispone que el consentimiento deberá ser prestado, en los términos en que se haya dispuesto en la sentencia, por la persona designada o nombrada representante o a falta o ausencia de esta, la de una persona allegada.

Si bien el artículo 9 de la Ley reconoce el derecho al consentimiento informado de las personas con discapacidad, incluyendo a las que tienen una restricción de la capacidad, lo cual constituyó un gran avance respecto del sistema previo de sustitución de la voluntad, es necesario establecer pautas de actuación con relación a los terceros nombrados en la normativa, a fin de que su intervención respete el modelo de toma de decisiones con apoyos establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad manifestó su preocupación y recomendó revisar la Ley 27.610 (artículo 9), su reglamentación y su Protocolo, para garantizar que todas las mujeres y personas gestantes con discapacidad puedan otorgar de manera autónoma su consentimiento previo e informado para la interrupción voluntaria de un embarazo, en igualdad con las demás.

EL MODELO DE TOMA DE DECISIONES CON APOYOS RECONOCIDO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ contiene diversas previsiones destinadas a asegurar sus derechos en el ámbito sanitario y en particular, a que puedan tener el control sobre las cuestiones relativas a su salud, al igual que las demás personas.

6. En adelante, indistintamente, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o Convención.

La Convención reconoce:

1. El derecho a una vida independiente y en la comunidad: Esto implica que todas las personas con discapacidad deben vivir fuera de las instituciones, con las mismas opciones de elegir como, donde y con quien vivir que las de las demás personas, y a acceder a una variedad de servicios de apoyo que le permitan vivir en la comunidad. Además, las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general deben estar a disposición de las personas con discapacidad teniendo en cuenta sus necesidades.

2. El derecho a una vida privada: esto significa que ninguna persona con discapacidad será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, y que, por ejemplo, debe respetarse el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener. En ese sentido, sus decisiones tampoco deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas, ni tampoco a valoraciones sobre la aptitud mental para decidir. Sin perjuicio de ello, cuando la persona es acompañada por otra encargada de prestar apoyo, el personal médico y sanitario “debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad y garantizar, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni ejerzan una influencia indebida sobre ellas (Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador. Corte IDH. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Párr. 123)

3. El derecho a la salud: esto significa que se deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluyendo programas y atención de la salud sexual y reproductiva de la misma variedad y calidad que a las demás personas y que los profesionales de la salud deben brindar a las personas con discapacidad atención sobre la base de un consentimiento libre e informado, el cual puede ser prestado con el apoyo de otra persona y comunicado a través de la utilización de lengua de señas, Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad.

Estas previsiones de la Convención dialogan con la Ley 27.610 en cuanto a que ambas reconocen el derecho de las personas con discapacidad a acceder a los programas de salud sexual y reproductiva disponibles para la población en general, las protegen contra injerencias arbitrarias y juicios de valor en sus decisiones personales, y resguardan el derecho a la toma de decisiones a través de la exigencia del consentimiento informado.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado notablemente en el campo del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a la toma de decisiones relativas a la salud. Sin embargo, diversos órganos y mandatos del sistema universal de protección de derechos humanos han señalado de modo problemático que en materia de salud mental y discapacidad las prácticas coercitivas se encuentran generalizadas.

El *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* en 2017 realizó un llamado a reducir radicalmente la coacción en el ámbito médico. En su informe sostuvo que “Las medidas coercitivas en el ámbito psiquiátrico perpetúan los desequilibrios de poder en las relaciones entre pacientes y cuidadores, causan desconfianza, exacerban el estigma y la discriminación” y afirmó que la

doctrina convencional, está basada en una interpretación biomédica reduccionista de cuestiones complejas relativas a la salud mental, y que esta domina las políticas y servicios de salud mental, e indicó que “es preciso adoptar medidas inmediatas para reducir radicalmente la coacción en el ámbito médico”.⁷

En la misma línea, el *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos* expresó que el tratamiento forzado y otras prácticas nocivas, como la reclusión en régimen de aislamiento, la esterilización forzada, el empleo de medios de coerción, la medicación forzosa y la sobre medicación (incluida la medicación administrada con argumentos falsos y sin revelar riesgos) no solo vulneran el derecho al consentimiento libre e informado sino que constituyen malos tratos y pueden ser constitutivos de tortura⁸ y que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) ha instado por consiguiente a que se ponga término a todos los tratamientos no voluntarios y se adopten medidas destinadas a que los servicios de salud, incluidos los servicios de salud mental, se rijan por el principio del consentimiento libre e informado de la persona.⁹

Por otra parte, el movimiento mundial de personas con discapacidad reclama a los gobiernos el reconocimiento pleno de su autonomía personal a través del respeto del derecho a tomar decisiones, asumiendo los riesgos de ello, pero también promoviendo las condiciones que permitan a las personas con discapacidad ejercer este derecho, en particular, a través de:¹⁰

- **La formación a las personas con discapacidad y a las personas profesionales que trabajan con ellas** sobre los derechos reconocidos en la Convención.
- **La adopción de medidas orientadas a eliminar las múltiples formas de discriminación** que sufren las mujeres y niñas con discapacidad.
- **La sensibilización a sus familias y a la sociedad en general** sobre la importancia de respetar los derechos de las personas con discapacidad.
- **El avance hacia sistemas de educación inclusiva y respetuosa.** Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todas las niñas/es/os desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad
- **La realización de reformas normativas** a fin de que las leyes y otras normas jurídicas respeten el derecho a la toma de decisiones.

Además, es imprescindible avanzar en la transformación de los servicios de apoyo y cuidado para que los mismos estén orientados a poner fin a la institucionalización y a garantizar que las personas con discapacidad puedan vivir en la comunidad teniendo las mismas opciones que las demás personas, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. Por ello, es esencial diseñar y proveer servicios de apoyo compatibles con la Convención.

El artículo 19 establece que los Estados Partes deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliar, residencial y otros servicios de apoyo en la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación. A su vez, los apoyos pueden recaer sobre cuestiones que hacen a la vida diaria, por ejemplo, la asistencia para la realización de tareas en el hogar, el cuidado personal o la organización cotidiana. También pueden vincularse con la asistencia para la realización de

7. ONU. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 28 de marzo de 2017. A/HRC/35/21. Párr. 65.

8. ONU. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Salud mental y derechos humanos”. 31 de enero de 2017. A/HRC/34/32. Párr. 33.

9. Ídem. Párr. 33

10. El Derecho a decidir: Apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas. Pág. 4. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

trámites, el apoyo para ejercer tareas de cuidado de hijas/es/os o el apoyo en ámbitos educativos, recreativos o laborales, entre otros, o el acompañamiento en el tránsito de situaciones difíciles como pueden ser las intervenciones médicas.

Así también, el artículo 12 de la Convención reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El Comité CDPD ha afirmado que la capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud. Además, ha explicado que el artículo 12 establece que los Estados Parte de la Convención están obligados a:

1) Reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Esto implica que todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen el derecho a su capacidad jurídica, el cual es inclusivo de la capacidad legal y la legitimación para actuar. Por ejemplo, tienen derecho a tomar decisiones relativas a su salud o a controlar sus asuntos económicos.

2) Proporcionar acceso a las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, es decir, en la toma de decisiones que tengan efectos jurídicos. A diferencia del viejo modelo de sustitución de la voluntad, el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. Las personas con discapacidad pueden recurrir a personas con las que tengan un vínculo de confianza o pueden requerir que sea el Estado quien les proporcione apoyo, pero todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona.

Por ejemplo, el asesoramiento legal, el acompañamiento y la información brindada en consejerías de salud sexual y reproductiva, el apoyo en el marco de un proceso judicial, la asistencia en la comunicación o el acceso a la información bancaria y a las nuevas tecnologías pueden constituir importantes formas de apoyo para ejercer la capacidad jurídica. Las políticas de diseño universal como la accesibilidad a los billetes y monedas de curso legal también constituyen formas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

Así también, uno de los objetivos del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica es fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean. Además, la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

3) Proporcionar salvaguardias, es decir, mecanismos de protección, orientados a garantizar que las medidas adoptadas para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, respeten su voluntad y preferencias y que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida.

De la misma forma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en su observación general 22, hizo referencia explícita a las obligaciones de no discriminación e igualdad indicando que estas:

*“requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la igualdad sustantiva. La igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar. Las necesidades en materia de salud sexual y reproductiva de grupos específicos deben ser objeto de una atención especializada. Por ejemplo, las personas con discapacidad deben poder disfrutar no solo de servicios de salud sexual y reproductiva de la misma variedad y calidad, sino también de los servicios específicos que necesiten a causa de sus discapacidades. Además, se deben hacer los ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan acceder plenamente a los servicios de salud sexual y reproductiva en igualdad de condiciones, como establecimientos físicamente accesibles, información en formatos accesibles y apoyo para la adopción de decisiones, y los Estados deben velar por que la atención se preste de una forma respetuosa y digna que no exacerbe la marginación”.*¹¹

11. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. Párr. 24.

RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA ARGENTINA

Tal como lo dice la Nota Técnica 8 sobre Anticoncepción quirúrgica y personas con discapacidad,¹² por principio general, todas las personas deben ser tenidas por capaces, así lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) (art.31). Esto significa reconocer la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio: es decir, que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el CCyC o en una sentencia judicial (art. 22 y 23). Es decir que, las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional, limitado y se imponen siempre en beneficio de la persona (no para restringirle sus derechos).

Es clave entender que, si bien la terminología utilizada en la legislación vigente no ha sido armonizada y por tanto se sigue usando la palabra “restricción” o “limitación” a la capacidad jurídica, todas las personas, con y sin discapacidad, pueden ejercer siempre su capacidad jurídica, sus derechos y decidir. En realidad, cuando se establecen este tipo de excepciones, judicialmente se busca designar la/las mejor/es estrategias (personas o medidas de apoyo y salvaguardias) para asegurar las condiciones que permitan que la persona pueda ejercer sus derechos de forma autónoma. No es un impedimento al ejercicio de sus derechos. Entonces, lo que se restringe o, mejor dicho, lo que se determina en la sentencia son los mecanismos para el ejercicio de la autonomía, se elige uno o más por sobre otros disponibles. Sin embargo, es muy importante comprender que, cuando ese mecanismo particular que ha sido designado judicialmente no pueda ser utilizado, se podrá justificar el uso de otros medios, dejando registro de ello en la historia clínica. Por ejemplo, cuando por la razón que sea, la persona designada judicialmente como apoyo no pueda estar en el momento que la persona requiera ejercer el derecho sobre el que trata la sentencia, en este caso acceder a un servicio de salud, podrá contar con otra persona de apoyo y dejar constancia de ello en la historia clínica.¹³

Sin embargo, aunque los arts. 22, 23 y 31 del CCyC reconocen que la capacidad para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual, siendo las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional, en la atención de la salud a las personas con discapacidad, en la práctica, sigue existiendo una fuerte “presunción de incapacidad”. Esta se basa en el viejo modelo de la sustitución de la voluntad, que implicaba, en muchos casos, que fueran las personas “representantes legales” quienes tomaban decisiones sanitarias en nombre de la persona titular del derecho (Resolución 65/2015 Ministerio de Salud). Es por ello que resulta imprescindible revisar los criterios que implementa el equipo de salud para adecuarlos a los paradigmas normativos y de abordaje vigentes.¹⁴

Las restricciones judiciales a la capacidad jurídica de una persona son de carácter excepcional, afectan actos determinados expresamente en la sentencia, no son permanentes y deben ser revisadas al menos cada 3 años o en cualquier momento a petición de la persona interesada (art. 40 CCyC). Cuando una persona tiene una sentencia judicial de restricción de la capacidad es muy importante que el equipo de salud pregunte sobre los términos de la sentencia, para conocer si la limitación abarca las decisiones sobre aborto y para informarse sobre cuál es el sistema de apoyos designado y las salvaguardias apropiadas. En todos los casos el equipo de salud debe obtener el consentimiento de la persona titular del derecho. El apoyo no debe sustituir la decisión de la persona. Si bien en el CCyC sigue existiendo la posibilidad de que una persona sea judicialmente declarada incapaz y se le designe una persona como curadora para todos los asuntos, estas situaciones son consideradas excepcionalísimas. Estas decisiones también deben ser revisadas periódicamente y corresponden solo a personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato (art. 32, CCyC). Es importante aclarar que las personas con restricciones a la capacidad no son necesariamente personas con discapacidad¹⁵.

12. Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, Secretaría de Acceso a la Salud. Nota técnica 8. Anticoncepción quirúrgica y personas con discapacidad. Agosto 2023. Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/nota-tecnica-8-anticoncepcion-quirurgica-y-personas-con-discapacidad>

13. Ídem.

14. Ídem.

15. Las restricciones a la capacidad pueden aplicarse a cualquier persona con o sin discapacidad. De hecho, la mayoría de las personas con discapacidad no tienen una restricción judicial de su capacidad.

Sin perjuicio de todo lo señalado, en 2023 el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad observó con preocupación que la Ley 27.610 establece que, si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para interrumpir el embarazo, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal, o a falta de este, una persona allegada, y en consecuencia recomendó al Estado argentino “Revisar la legislación, incluyendo la Ley 27.610 (artículo 9), su reglamentación y su Protocolo, para garantizar que todas las mujeres con discapacidad puedan otorgar de manera autónoma su consentimiento previo e informado para la interrupción voluntaria de un embarazo, en igualdad con otras mujeres.

En consecuencia, la presente nota técnica recoge los señalamientos realizados por diversos órganos y mandatos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a fin de realizar una interpretación normativa orientada a reducir de modo radical la coacción en el ámbito sanitario, dejando atrás prácticas vinculadas al modelo tutelar y proteccionista de la discapacidad, para afianzar un enfoque basado en los derechos humanos que considera a las personas con discapacidad como titulares de derechos y no como meros receptores de medidas de protección. En esta nota técnica se analizan los aspectos legales del acceso al aborto de personas con discapacidad, de personas con padecimientos mentales y/o con discapacidad psicosocial (usuarias de servicios de salud mental) y de personas que se encuentran con sentencias judiciales vigentes de restricción de la capacidad para la toma de decisiones relacionadas al cuidado del propio cuerpo y en especial al acceso al aborto o declaradas incapaces.

Finalmente, es importante destacar que las personas con discapacidad en general no tienen sentencias de restricción de la capacidad para la toma de decisiones, pero en el sistema de salud se las trata como si las tuvieran. El mismo trato reciben las personas usuarias de servicios de salud mental, y tampoco su condición implica necesariamente una restricción de la capacidad. Por último, cabe destacar que una persona con restricción de la capacidad o declarada judicialmente incapaz puede no ser una persona con discapacidad o con padecimientos mentales.

EL EJERCICIO DEL DERECHO A LOS APOYOS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN LA LEY 27.610 DESDE EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma tutelar de sustitución de decisiones a otro que reconoce las barreras sociales y establece el derecho a contar con medidas de apoyo para tomar decisiones autónomamente. La necesidad de apoyos no restringe la autonomía, sino que es la manera de propiciarla. Los apoyos constituyen una parte vital de la vida comunitaria ya que “[t]odas las personas necesitan apoyo de otras en algún momento, o incluso a lo largo de toda su vida, para participar en la sociedad y vivir con dignidad. Ser receptores de apoyo y prestar apoyo a otras personas son dos funciones que todos compartimos como parte de nuestra experiencia humana”.¹⁶

Sin embargo, para muchas personas con discapacidad, el acceso a medidas de apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas.¹⁷ A su vez, los apoyos pueden ser informales y funcionar de manera espontánea o bien pueden ser determinados y formalizados a través de diversos modos. La legislación argentina establece al menos dos mecanismos para formalizar apoyos para la población en general; 1- Medida extrajudicial de directivas anticipadas y designación de apoyo y 2- Medida judicial de designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

El primero de ellos permite la formalización de apoyos de modo extrajudicial pero circunscripto al ámbito sanitario a través de un instrumento público. El artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 11 de la Ley 26.529 establecen el derecho a dejar instrucciones médicas o directivas anticipadas

16. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. 20 de diciembre de 2016. A/HRC/34/58. Párr. 13.

17. Ídem. Párr. 15.

(art. 60 CCyC) así como también nombrar apoyos para que estos procuren, llegado el momento, el cumplimiento de esas instrucciones. El artículo 11 del Decreto. 1089/12 designa a estos apoyos con el nombre de interlocutor y establece que la formalización debe hacerse ante escribano público. La función del apoyo o interlocutor también puede ser importante a fin de conocer la voluntad del paciente cuando no existan instrucciones escritas o las mismas son insuficientes. En estos casos, el documento se activa cuando el estado de salud de la persona le impide tomar decisiones o comunicarlás.

En este sentido, el Comité destacó en la Observación General 1 que “Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a las demás personas”. (par. 17)

El segundo mecanismo es el proceso judicial de designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Mediante este mecanismo, la persona interesada, así como otros sujetos legitimados, pueden proponer al juez o jueza la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo para ejercer su capacidad jurídica. Las medidas de apoyo dispuestas en ese proceso judicial tienen como función promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El Código Civil y Comercial establece que previo al dictado de la sentencia el Juez o la Jueza interviniente tienen que entrevistarse con la persona y que, además, es necesario el dictamen de un equipo interdisciplinario. La entrevista personal con el juez o jueza y la entrevista con el equipo interdisciplinario tienen como finalidad valorar la necesidad de establecer apoyos, explorar cuales podrían ser los mismos y finalmente adjudicarlos. En ese sentido, debería hablarse de un proceso de valoración y adjudicación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por ello, es muy importante que las entrevistas judiciales y las evaluaciones periciales consideren y reflejen las preferencias de las personas. Las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o incluso a transitar el proceso judicial.

En ese sentido, el Comité ha señalado que habitualmente, en ese proceso de valoración y adjudicación de apoyos “[e]l criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio”.

Interpretación del artículo 9 de la Ley 27.610 y su reglamentación

Recientemente el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad cuestionó el artículo 9 de la Ley 27.610 en cuanto establece que: si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para interrumpir el embarazo, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, la persona **deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal**, y a falta de este, con la asistencia de una persona allegada.

Además, el Artículo 9 del decreto reglamentario dispone que si existiera una sentencia judicial de restricción a la capacidad que impida prestar el consentimiento para interrumpir el embarazo o la persona hubiera sido declarada incapaz judicialmente, **el consentimiento deberá ser prestado, en los términos en que se haya dispuesto en la sentencia, por la persona designada o nombrada representante**, o a falta o ausencia de esta, la de una persona allegada.

En consecuencia, recomendó al Estado argentino revisar la legislación, incluyendo la Ley 27.610 (artículo 9), su reglamentación y su Protocolo, para garantizar que todas las mujeres con discapacidad puedan otorgar de manera autónoma su consentimiento previo e informado para la interrupción voluntaria de un embarazo, en igualdad con otras mujeres.

Además, en ese examen el Comité cuestionó que, en contradicción con el modelo de derechos humanos, la designación judicial de apoyos implique la restricción de la capacidad jurídica y recomendó la eliminación de las disposiciones que permiten la restricción de su capacidad jurídica, así como las figuras de la incapacitación y la curatela.

En primer lugar, es importante aclarar que el derecho a otorgar de manera autónoma el consentimiento informado, tal como lo requiere el Comité, no equivale a hacerlo de modo autosuficiente. En ese sentido, la autonomía no debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades de forma independiente, sin participación de otra persona. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control. El mismo Comité ha explicado que “[l]a independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas”.¹⁸ En el mismo sentido, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad explicó que “la filosofía de la vida independiente...debe formularse de tal modo que tenga en cuenta la interdependencia de las experiencias humanas y acepte el hecho de apoyarse en otros como aspecto fundamental de esa interdependencia, apartándose así de las interpretaciones restrictivas de la independencia que la vinculan con la autosuficiencia”.¹⁹

En segundo lugar, es necesario remarcar que una decisión judicial no puede impedir a una persona con restricción judicial de la capacidad el otorgamiento del consentimiento informado para interrumpir un embarazo porque ello constituiría una limitación al derecho a la capacidad jurídica incompatible con el artículo 12. Lo que puede establecerse en una decisión judicial es la designación de los apoyos que deberán asistir a la persona en el momento de tomar esas decisiones. Por tanto, cuando el decreto reglamentario dice “en los términos en que la sentencia indique”, se refiere a la forma en la que esas personas designadas deberán brindar la asistencia e intervenir como apoyo para la toma de decisiones, y no debe ser interpretada la norma de otra forma que permita la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad.

En tercer lugar, debe considerarse que la toma de decisiones con apoyos constituye un derecho y no una obligación. En ese sentido, todas las mujeres y otras personas con capacidad de gestar con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos.²⁰

Por ello, hay que remarcar que las personas con discapacidad pueden brindar el consentimiento informado con apoyos cuando así lo deseen. En ese sentido, debe descartarse cualquier interpretación que imponga la intervención de un representante legal ni condicione el otorgamiento del consentimiento informado a la autorización de terceras personas. Como se dijo, la intervención de los apoyos está dirigida a brindar asistencia en el proceso de toma de decisiones y de manifestación de la voluntad y no a reemplazar, sustituir, autorizar o legitimar la decisión de la persona.

18. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Párr. 16.

19. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. 20 de diciembre de 2016. A/HRC/34/58.Párr.26.

20. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Párr. 44.

El *Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo aprobado por la Resolución 1063/23* reconoce el derecho de las personas con discapacidad a solicitar y acceder a las interrupciones del embarazo reguladas en la Ley 27.610 por sí mismas, así como a negarse a que se les practique un aborto sin su consentimiento, en igualdad de condiciones que el resto de las personas con capacidad de gestar. Para esto, el personal de salud debe entregarles toda la información necesaria, de forma accesible y adecuada a sus particularidades, de manera que la persona pueda decidir con plena comprensión de las circunstancias. Esto implica el uso de medios y tecnologías de apoyo que sean flexibles y adecuadas a las condiciones y situación de cada persona.

Además, se afirma que la implementación de un sistema de apoyos para la toma de sus propias decisiones es un derecho de la persona. No se trata de un requisito y en ningún caso su implementación puede suponer una barrera de acceso. En el caso que existiera una sentencia judicial que designe apoyos para prestar consentimiento sobre actos médicos, la persona gestante deberá prestar su consentimiento para la realización de la IVE-ILE con la asistencia del apoyo, en los términos de la sentencia. Por ello, es muy importante que en los procesos judiciales de designación de apoyos se nombre a personas de confianza de la persona titular del derecho, con su consentimiento, y para los actos que esta considere que requiere de asistencia.

Sin embargo, como se dijo, ello no puede suponer una barrera de acceso. Por lo tanto, frente a la ausencia de estos/as, la persona podrá ser asistida por una persona allegada de su elección, u otros mecanismos de apoyo (por ejemplo, una consejería sobre derechos sexuales) si así lo quisiera. Respecto de ello, es necesario insistir en que la asistencia no equivale a una sustitución de la voluntad. En todos los casos, el equipo de salud debe procurar obtener el consentimiento de la persona titular del derecho.

En cuarto lugar, la/s persona/s que actúa/n como sistema de apoyo no son representantes legales de la persona. Es decir, no toman decisiones por ella ni sustituye/n a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, ya que el artículo 12 prohíbe los regímenes de adopción de decisiones sustitutivas. Por ello, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardias adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la persona titular del derecho. En ningún caso, la adopción de estas salvaguardias debe provocar la judicialización del caso.

Si se advierten influencias indebidas sobre la persona con discapacidad, el personal de salud debe ofrecerle la posibilidad de designar a otra persona de apoyo para que la asista en la toma de decisiones y continuar con la atención.

En los casos excepcionales en donde la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad, se han fijado algunos criterios para que el consentimiento otorgado por otra persona sea compatible con los estándares internacionales de derechos humanos y que han sido explicitados en el *Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo aprobado por la Resolución 1063/23* para el caso de acceso a la IVE-ILE.

Así, de conformidad con la Observación General N.1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas este tipo de consentimiento de personas mayores de edad opera cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona. De modo que no alcanzará con afirmar que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad, sino que también deberá darse cuenta de los esfuerzos realizados para determinarla y registrarlos en la Historia Clínica (HC).

Cuando a pesar de haberse realizado esfuerzos para conocer la voluntad de la persona gestante, y en ausencia de instrucciones anticipadas, no sea posible conocer los deseos de esta por estar en una situación que le impide expresar su voluntad, la función del interlocutor designado en una directiva si existiere o la del apoyo judicial o extrajudicial que intervenga no es tomar decisiones por la persona según lo que esta cree mejor, sino que está obligada a comunicar la voluntad de la persona si la conociere o a realizar la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona. Al ser la salud un derecho personalísimo no se trata de una transferencia de un poder incondicional a un representante para que este decida según sus propias preferencias o convicciones, ni de decidir por la persona ni en su lugar.

El criterio de mejor interpretación posible de la voluntad y preferencia fue establecido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General N°1 y se traduce en un actuar del apoyo/interlocutor destinado a reconstruir la voluntad de la persona teniendo en cuenta para ello sus deseos, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones.

Finalmente, es necesario reiterar que en los casos en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad pese a que el equipo de salud ha implementado infructuosamente un conjunto diverso de ajustes razonables, sistemas de apoyo y/o estrategias para garantizar que participe en forma autónoma en el proceso de toma de decisiones, es necesario indagar en primer lugar si no existen expresiones de voluntad anticipada que permitan reconstruir los deseos de la persona. Como se dijo, el criterio de mejor interpretación posible de la voluntad y preferencia fue establecido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General N°1 y se traduce en un actuar del apoyo/interlocutor destinado a reconstruir la voluntad del paciente teniendo en cuenta para ello sus deseos, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones.

Si esto último no fuera posible, quien acompaña a la persona titular del derecho podrá firmar el consentimiento informado en los términos del último párrafo del artículo 59 del CCyC, para proteger la vida y la salud de la persona gestante. Para ello, debe dejarse constancia en la HC de los ajustes razonables, sistemas de apoyo u otras estrategias implementadas para garantizar el ejercicio de la autonomía de la persona.

CONCLUSIONES

Una interpretación sistemática de las normas sobre la protección de los derechos relativos a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y la atención posaborto permite compatibilizar el modelo de protección de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido debe comprenderse que ninguna norma autoriza a sustituir la voluntad de las personas con discapacidad ni con restricción judicial de la capacidad. Al contrario, se reconoce que existen diferentes mecanismos para determinar los sistemas de apoyos que puedan asistirlos para tomar sus propias decisiones en materia reproductiva y en ese sentido, la norma permite que se recurra a los mecanismos formales (sean judiciales o administrativos) o informales (designación para la atención de la salud por la persona con discapacidad).

Es necesario reafirmar la regla de la no judicialización que incluye la Ley 27.610 y que aplica también para la atención de las personas con discapacidad. Es decir, en ningún caso se debe judicializar la autorización para el acceso a estas prácticas, la designación de apoyos, ajustes o salvaguardias.

0800 222 3444

<http://argentina.gob.ar/salud/saludsexual>
saludsexual@msal.gov.ar

