

SUPLEMENTO ESPECIAL

■ IDENTIDAD DE GENERO

.....

■ MUERTE DIGNA

DIRECTORA:
GRACIELA MEDINA

.....

MAYO

2012

LA LEY

sumario

IDENTIDAD DE GÉNERO

DOCTRINA

El derecho a la salud de las personas trans en la ley de identidad de género Por Sergio Sebastián Barocelli	3
Ley de identidad de género Por María Laura Ciolli	11
La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización. Por Silvia Fernández	13
Ciudadanía plena e identidad de género Por Mario S. Gerlero	27
Derecho a la no discriminación y ley de identidad de género Por Andrés Gil Domínguez	30
Sobre el género y la ley Por Ricardo A. Guibourg	39
El derecho a la identidad de las personas no heterosexuales Por Elena A. Liberatori	42
Comentario exegético a la ley de identidad de género Por Graciela Medina	45
La identidad de género Por Alejandra Portatadino	58
Una libertad más, un dolor menos Por Guillermo Scheibler	62
Reflexiones sobre la identidad autopercebida Por Carolina Von Opiela	67
Sobre la ley de derecho a la identidad de género Por Gabriela Yuba	72

LEGISLACIÓN

LEY N° 26.743: IDENTIDAD DE GENERO. Derecho a la identidad de género: Régimen. Modificación de las leyes 17.671, 18.248 y 26.413.	77
--	----

MUERTE DIGNA

DOCTRINA

Admirable consecuencia de un cambio cultural. Algo más sobre muerte digna Por María Carolina Arrigone	83
El fin de la distanasia. Comentarios sobre la modificación a la Ley 26.529 Por Jorge Carlos Berbere Delgado	85
La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad Por María Angélica Gelli	93
El consentimiento informado y el médico en la muerte digna Por Carlos A. Gherzi	100
Legislación pseudo divina y muerte digna Por Tomás Ignacio González Pondal	103
La dificultad de legislar sobre el fin de la vida Por Jorge Nicolás Lafferriere	107
“Muerte digna”, la ley Por Calogero Pizzolo	110
La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529 Por Adriel J. Roitman	117
Muerte digna: Modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente Por Eduardo A. Sambrizzi	123
Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte vital Por Paula Siverino Bavio	127
La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género Por Néstor E. Solari	132
La modificación de la ley 26.529 Por Nelly A. Taiana de Brandi y Maritel M. Brandi Taiana	137
Reflexiones sobre la ley de muerte digna Por Eduardo Luis Tinant	141
La capacidad de decidir sobre la propia vida Por Paola Alejandra Urbina	149

LEGISLACIÓN

LEY N° 26.742: MUERTE DIGNA. Protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía	155
--	-----

Identidad de género

- Doctrina
- Legislación

EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS TRANS EN LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO

POR SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI

SUMARIO: I. Introducción. II. La Ley de identidad de género. III. El acceso a intervenciones y terapias de reasignación de sexo como garantía del derecho a la salud de las personas trans. IV. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años, han emergido en el campo de las ciencias sociales y de la militancia política y social, diferentes corrientes de pensamiento que han puesto en crisis los paradigmas dominantes en el campo del género, la sexualidad y sus implicancias.

Las llamadas *teorías feministas*(1) y *queer*, (2) han contribuido con diferentes categorías y aportado nuevas perspectivas de análisis sobre aspectos políticos, económicos, sociales y culturales y cuestionando las ideas establecidas sobre aspectos como la atribución de roles en la familia, la sexualidad, la reproducción, las relaciones de poder, el mundo del trabajo, los estereotipos basados en el sexo de las personas y sus consecuencias en los escenarios públicos y privados.

Una de ellas es el concepto de “género”. Gayle Rubin define al sistema sexo/género como el conjunto de disposiciones por el cual la materia prima biológica del sexo y la procreación humanas son conformadas por la intervención humana y social y satisfechas en una forma convencional. (3) El uso de dicho término parece haber aparecido primeramente entre las feministas estadounidenses que deseaban insistir en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo. Mediante dicho término, se pretende rechazar al determinismo biológico implícito en el empleo de términos tales como “sexo” o “diferencia sexual”. (4) Rechazando la idea de “determinismo biológico”, dichas corrientes de pensamiento plantean que la cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano. (5)

(1) Dentro del concepto feminismo, podemos englobar a diferentes y heterogéneas corrientes de pensamiento y acción en lo filosófico, político y social que tienen en común la reivindicación de los derechos de las mujeres y la crítica a las desigualdades en razón del sexo.

(2) Corriente filosófica que estudia el fenómeno de la sexualidad humana y que reconoce su nacimiento en la llamada Teoría de la Performatividad de la autora feminista Judith Butler. Para profundizar sobre el punto, ver: BUTLER, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós Ibérica, Madrid, 2007.

(3) RUBIN, Gayle, *El tráfico de mujeres: Notas sobre la “economía política” del sexo*. En: LAMAS, Marta (Compiladora.) *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. PUEG, México, 1996, pp. 35-96.

(4) Conf. SCOTT, Joan W. *El género: una categoría útil para el análisis histórico*, en http://fundacionhenrydunant.org/docs/genero_mujer_desarrollo/Tema%201/3.pdf.

(5) Conf. LAMAS, Marta, *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual*. Cuicuilco, enero-abril, (2000). año/vol. 7, n° 018. Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH),

El género constituye, por tanto, la acción simbólica colectiva de una sociedad mediante la cual “*se fabrican las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres*”. (6) En este entendimiento “*el sistema sexo-género, en suma, es tanto una construcción sociocultural como un aparato semiótico, un sistema de representación que asigna significado (identidad, valor, prestigio, ubicación en la jerarquía social, etc.) a los individuos en la sociedad*”. (7)

De esta manera se critica a la idea *esencialista* de que las identidades de género son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, en el cuerpo o en una heterosexualidad normativa y obligatorio (“heteronormatividad”). (8)

Para dicha *heteronormatividad* se elimina la posibilidad de pensar la orientación sexual y la identidad de género como una elección. La heterosexualidad sería una suerte de “naturaleza” y quienes no la respetan, aparecen como antinaturales, anormales, enfermas/os, etc. (9)

Desde estas perspectivas las teorías feministas y *queer* rechazan la arbitrariedad de la identidad impuesta y sostiene que el sexo —en cuanto aspecto corporal— no debe ser considerado como elemento decisivo para establecer las pautas identitarias; sino que se deben tener en cuenta otros elementos: sexualidad, género, etnicidad, edad, nacionalidad, destreza y habilidad personal. Estos componentes se interrelacionan y combinan constantemente. No existe un factor determinante que distinga la sexualidad de las personas, sino que es un complejo de elementos, los cuales están íntimamente relacionados, conforman un todo inescindible. (10)

Distrito Federal, México. en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/351/35101807.pdf>.

(6) LAMAS, Marta, Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. Cuicuilco, enero-abril, (2000), año/vol. 7, n° 018. Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH), Distrito Federal, México. en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/351/35101807.pdf>.

(7) LAURETIS, Teresa de, Diferencias. Etapas de un camino a través del feminismo. Horas y Horas, Madrid, 2000, p. 43.

(8) BUTLER, Judith, El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad, Paidós Ibérica, Madrid, 2007.

(9) GUERRA, Luciana, Familia y heteronormatividad, Revista de Juventud, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata, en http://www.perio.unlp.edu.ar/revistadejuventud/sites/perio.unlp.edu.ar/revistadejuventud/files/familia_y_heteronormatividad_0.pdf

(10) Conf. GIL RODRÍGUEZ, Eva, ¿Por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?: Una aproximación a

Para la *teoría queer* la orientación sexual y la identidad de género de las personas son el resultado de una construcción social y que, por lo tanto, no existen papeles sexuales esenciales o biológicamente inscritos en la naturaleza humana, sino formas socialmente variables de desempeñar uno o varios papeles sexuales. (11)

Por otra parte, en los últimos años la problemáticas en las que están inmersas de las personas *trans*(12) —expresión que abarca a travestis, (13) transexuales (14) y transgéneros— (15) han tomado mayor visibilidad en diferentes partes del mundo y también en nuestro país. Entre ellas podemos mencionar: la discriminación, la persecución y el hostigamiento, que se traslucen en dificultades, obstáculos y limitaciones en el acceso a otros derechos humanos básicos, como la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y condiciones dignas de existencia, entre otros. Por tal razón, dicho colectivo se encuentra en una especial situación de estigmatización y vulnerabilidad social que merece medidas de acción positiva para erradicar la discriminación y facilitar su inclusión social.

Estas nuevas perspectivas del pensamiento y realidades sociales, interpelan al Derecho, cuestionando mucho de sus dogmas y obligando a los operadores

la teoría de la performatividad de Judith Butler. Revista Athenea Digital, n° 2, 2002, otoño, pp. 30-41.

(11) Conf.

(12) Las personas trans son aquellas que se identifican, sienten y/o expresan un género diferente al que le ha sido asignado desde su nacimiento.

(13) Persona con una identificación sexual masculina al nacer, pero que construye su identidad de género según diferentes expresiones de femineidad, incluyendo en muchos casos modificaciones corporales a partir de prótesis, hormonas, siliconas, etc., aunque, en general, sin una correspondencia femenina en lo genital. (Conf. http://www.lgbt.org.ar/archivos/folleto_identidad2_web.pdf)

(14) Persona que construye una identidad de género (sentimientos, actitudes, comportamientos, vestimenta, entre otros aspectos) diferente a la que le fue asignada en su nacimiento. En muchas oportunidades requieren para la construcción corporal de su identidad tratamientos hormonales y/o quirúrgicos incluyendo intervenciones de reconstrucción genital. (Conf. http://www.lgbt.org.ar/archivos/folleto_identidad2_web.pdf)

(15) Persona cuya identidad y/o expresión de género no se corresponde necesariamente con el género asignado al nacer, sin que esto implique la necesidad de cirugías de reasignación u otras intervenciones de modificación corporal. En algunos casos, no se identifican con ninguno de los géneros convencionales (masculino y femenino). (Conf. http://www.lgbt.org.ar/archivos/folleto_identidad2_web.pdf)

jurídicos a revisar la mirada sobre las instituciones y categorías establecidas.

II. La Ley de identidad de género

Una respuesta a ello lo constituye la reciente sanción de la ley de Identidad de Género (LIG).

Nacida a partir de los proyectos de los diputados Giudici, Storni, Tunessi y Lanceta. (7243-D.-2010.); Di Tullio, Cardelli, Ibarra (V. L.), Parada, Storani, Sabbatella, Cuccovillo, Merchán, Linares, Cortina, Gil Lozano, Alonso (L.), Belous, Benas y Reyes. (7644-D.-2010.) y Conti, Ibarra (V. L.), Alonso (L.), Donda Pérez, Sabbatella, Rodríguez (M. V.), Carlotto, Merchán, Di Tullio, Stolbizer, Gil Lozano y Storani. (8126-D.-2010), (16) pero fundamentalmente por de la lucha de las organizaciones que integraron el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, (17) que bregaron por la reivindicación del colectivo *trans* y reconocimiento de sus derechos por el ordenamiento jurídico argentino, obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados en la sesión del treinta de noviembre de 2011, y logró su sanción definitiva en el Senado en la sesión del pasado nueve de mayo.

Dicha ley, en primer término, da visibilización pública a la problemática de las personas *tran* y constituye un instrumento jurídico de importancia para permitir a los miembros de dicha comunidad constituirse en plenos sujetos de derecho, (18) al reconocer diferentes derechos y brindar diversas

(16) Algunos órganos legislativos locales habían requerido también la sanción de la norma, como por ejemplo expedientes la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante Declaración n° 79/11; la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, mediante Resolución 1345/11; o el Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta, provincia de Salta, mediante Declaración 20/11.

(17) El Frente se formó a principios de 2010 con el propósito de trabajar por la sanción de una ley que garantice todos los medios necesarios para que las personas *trans* puedan acceder al pleno ejercicio de su derecho a la identidad, del cual dependen otros derechos básicos. Está integrado por activistas independientes y por organizaciones LGTBI de todo el país. (Conf. <http://frentenacionaleydeidentidad.blogspot.com.ar/2011/03/ley-de-identidad-de-genero-nota-1.html>)

(18) Sostenía el Dr. Pedro F. Hooft, en uno de los primeros fallos que autorizaron las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo (Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 de Mar del Plata, Causa n° 3/53.401 "C.A.M. s/acción de amparo", fallo del 06/10/2003) que "la transexualidad y transgeneridad genera en nuestra sociedad historias de constante menoscabo de derechos de raigambre constitucional, que lleva a la persona que la "padece", a una verdadera "muerte civil", sin ver respetados sus derechos a la identidad personal, identidad sexual, al nombre, a la igualdad y la no discriminación, a trabajar, a la seguridad

herramientas para el ejercicio de diversos derechos humanos básicos.

De la lectura del texto de la LIG, puede colegirse que la misma reconoce los siguientes derechos:

a. *Derecho a la identidad de género.* El artículo 1° de la LIG reconoce el derecho de toda persona: a. al reconocimiento de su identidad de género; b. Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c. a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

El 2° establece que se entiende por identidad de género *"a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales."*

Dicha definición, pone el eje de la identidad de género en la *autopercepción*, siguiendo los criterios de los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, llamados "Principios de Yogyakarta", elaborados en el marco de Naciones Unidas. (19)

En este punto, resulta oportuno tener presente que el sexo de una persona está configurado por varios componentes: el cromosómico o genético (XX para la mujer, XY para el hombre) que es invariable; el gonádico condicionado por el anterior, representado por los ovarios y los testículos; el morfológico o genital externo (que es el que autoriza la asignación registral del sexo al momento del nacimiento) representado por la vagina para uno y el pene y testículos para el

social, a sufragar, a la privacidad, a la salud integral y una adecuada calidad de vida, a la dignidad personal."

(19) Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género es un documento elaborado por un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos, luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, que ha sido presentado el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y que posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

otro; el anatómico que es el conjunto de caracteres sexuales secundarios (vellosidad, registro de voz, etc.) y el psico-social o psicológico (este componente aunque condicionado por los anteriores puede disociarse de ellos) es el resultado de las vivencias y de los sentimientos más profundamente enraizados de una persona, representado por el género, femenino o masculino. (20)

La mayoría de las personas en el desarrollo de su personalidad conforman una identidad de género que coincide con el sexo morfológico con el que fueron inscriptas al nacer, pero hay otras, como las personas *trans* en las que esa identidad no coincide o es contradictoria con dicha inscripción registral del sexo.

Como se desprende del texto la ley, el derecho a la identidad de género es un derecho de todas las personas. Pero es sin duda que en el caso de las personas *trans*, donde la “identidad autopercebida” difiere de la reconocida por el Estado y la sociedad, es donde las especificaciones de esta ley juega un papel relevante.

Por otra parte, este derecho constituye como ya se ha anticipado, la “llave” que permite a las personas *trans* el pleno ejercicio de sus demás derechos humanos.

b. Derecho al libre desarrollo personal de las personas *trans*

Este derecho, reconocido en el artículo 11 de la ley, y sobre el que centraremos el análisis del pre-

(20) RABINOVICH, cita a: MOORE (Recent Developments Concerning the Criteria of Sex and Possible Legal Implications, en Manhattan Bar News, XXXI, 1959, p. 104), quien distingue ocho criterios científicos para la determinación del sexo: cromosomático, gonádico, hormonal, orgánico interno, genital, habitus sexual, sexo asignado y rol sexual. STOLLER (Sex and Gender, Hogarth, 1968, pp. 453-456) destaca los dos primeros. “El sexo cromosomático resulta de la concepción, cuando el huevo femenino u ovum (X) es fertilizado por el esperma masculino (X o Y). El cromosoma Y existe solamente en el macho. No obstante, muchos consideran al sexo cromosomático no dispositivo, debido a los efectos de otros factores: genético, endocrino, configuración corporal, psicológico y ambiental” (MEYERS, David W., The Human Body and the Law, Edimburgo, University, 1990, pp. 220-221). El sexo gonádico, referido a las glándulas reproductivas evidentes, se relaciona con el cromosomático: a XX le corresponden ovarios, y a XY, testículos. Pueden desarrollarse ambos (hermafroditismo). El criterio hormonal toma las hormonas producidas por aquellas glándulas, que derivan en las características sexuales. Las características externas del sujeto son las que considera el criterio genital. El habitus, por su parte, hace referencia al fenotipo, o aspecto externo visible (forma del cuerpo, apariencia, etc.) Conf. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David, Cuerpo, vida y derecho, Buenos Aires, Dunkin, 1999, p. 144 y ss.

sente trabajo, reconoce a las personas *trans*, a fin de garantizar el goce de su salud integral, el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida. Profundizaremos sobre el particular en el siguiente apartado.

c. Derecho al trato digno

El respeto a la dignidad humana es un derecho inalienable de todas las personas. En cuanto al concepto de dignidad, desde el plano filosófico, podemos recurrir a Kant, quien entendió que dignidad implica entender que “*hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio*”. (21) Siguiendo a Ekmekdjian, la dignidad es “*el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad*”. (22)

El artículo 12 de la ley establece que deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad y a su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

d. Derecho a no sufrir discriminación en razón de su identidad de género

En consonancia con disposiciones de raigambre constitucional (23) y complementando las dispo-

(21) KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, traducción de Manuel García Morente. Edición digital basada en la 6ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metaphisica-de-las-costumbres--0/>

(22) EKMEKDEJIAN, Miguel Ángel, “El valor de la dignidad y la Teoría del Orden Jerárquico de los Derechos Individuales” en BIDART CAMPOS, Germán J. (Coord.) “Los valores en la Constitución Argentina”. Ediar. Buenos Aires, 1999.

(23) El derecho a la no discriminación tiene su basamento en el art. 16 (igualdad) de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional enumerados en el art. 75 inc. 22. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (art. 2); Declaración Universal de los Derechos Humanos, (art. 1, 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (art. 3); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño), y en el art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

siciones de la ley 23.592 Antidiscriminatoria (Adla, XLVIII-D, 4179), el artículo 13 establece que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas y que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

De esta manera, se establece como principio que la identidad de género autopercibida no puede resultar una causal de discriminación esgrimida por el Estado o los particulares para el ejercicio de los derechos de las personas *trans*.

III. El acceso a intervenciones y terapias de reasignación de sexo como garantía del derecho a la salud de las personas trans

La salud es un derecho humano básico de todas las personas, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra su reconocimiento *iusfundamental* en los artículos 33, 42 y 41, 75 inciso 19 y 125 de la Constitución Nacional y numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, (24) de conformidad con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Respecto del contenido de dicho derecho, debemos entenderlo no como el ataque a determinadas padecimientos sino como el “*estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. (25) Hoy día podríamos agregar “*y de sostenibilidad ambiental*”(26) pudiendo ser calificado tanto como un derecho individual como colectivo. (27)

(24) Podemos mencionar a los artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 12 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 24 de la Convención de los Derechos del Niño.

(25) Según Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1.946 y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, entre otros instrumentos internacionales.

(26) Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, Publicidad de bienes y servicios de salud. Aspectos éticos y jurídicos”, en REGAZZONI, Carlos Javier (editor), GARRIDO CORDOBERA, Lidia (directora), “Salud y conciencia pública”, Ediciones Fundación Sanatorio Güemes, Buenos Aires, 2011.

(27) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., La salud como derecho humano, Revista DFyP, La Ley, 2011 (octubre), 191.

La salud, por tanto, no implica solamente la ausencia de enfermedad, sino también el bienestar psicosocial de todas las personas. En esta línea se inscribe la inclusión en el campo de las prestaciones de salud de las intervenciones y terapias de reasignación o readecuación de sexo. Y esto no resulta contradictorio con el criterio de *despatologización* que adopta la ley, (28) toda vez que las prestaciones de salud no comprenden solamente cuestiones relativas a enfermedades, sino también otras temáticas vinculadas a la salud donde no hay enfermedad, como en las prestaciones relativas al embarazo, parto y posparto, (29) las referentes a la salud sexual y reproductiva (30) o la “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”. (31) Por otra parte, tendiendo en cuenta la especial situación de desventaja, marginación y exclusión social a la que ha estado sometida la comunidad *trans*, resulta auspiciosa la implementación de medidas de acción positiva en pos de garantizar el derecho a la salud a las personas *trans*.

En este sentido, ese “derecho al libre desarrollo personal” como lo califica el artículo 11 de la LIG, lo creemos comprendido dentro de la noción de salud, tanto física como psicosocial de las personas *trans*.

A continuación, intentaremos analizar el contenido de dicho artículo.

a. Prestaciones de salud comprendidas

En primer término, cabe la norma establece que con el objeto de permitir adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a la identidad de género autopercibida las personas *trans* tendrán derecho a acceder, de manera conjunta o alternativa, a:

1. intervenciones quirúrgicas totales y/o parciales
2. tratamiento integrales hormonales

La ley expresamente garantiza el acceso a los tratamientos integrales hormonales sin necesidad de acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial de la persona, estableciendo que tales tratamientos son independientes de la intervención quirúrgica.

(28) Principio que ya había sido remarcado por la ley 26.657 Nacional de Salud Mental, que en su artículo 3º prohíbe expresamente diagnosticar en el campo de la salud mental ningún tipo de dolencia basada exclusivamente en la “elección o identidad sexual”.

(29) Cubiertas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) por ley 25.929.

(30) Ley 25.673.

(31) Ley 26.130.

Cabe tener presente, y así lo ha establecido la ley en los artículos 2 y 4 in fine de la LIG, que dichas prestaciones de salud constituyen un *derecho*, pero no una *obligación* o *requisito* para el goce de otros derechos, como es el ser tratado de acuerdo a su identidad de género autopercebida o ser identificado de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad.

Se tratan de terapias e intervención de “readecuación” física al género autopercebido de la persona y no de “cambio de sexo” como establecía el artículo 19 inciso 4 de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina. Como bien apuntaba Rabinovich la “modificación del sexo” es un criterio metafórico, pero no científicamente real, pues en ninguno de los numerosos criterios propuestos para la sexualidad cabe la posibilidad de una mutación quirúrgica. (32)

De esta manera, y con la derogación expresa del artículo 19 inciso 4 (33) de la ley 17.132, dichas prácticas dejan de ser consideradas prácticas de objeto ilícito. (34)

Si bien la reglamentación deberá especificar cuáles serán las prestaciones de salud incluidas y que las mismas seguramente variarán teniendo en cuenta las transformaciones en el campo de la medicina,

(32) El distinguido profesor cita a: MOORE (Recent Developments Concerning the Criteria of Sex and Possible Legal Implications, en Manhattan Bar News, XXXI, 1959, p. 104), quien distingue ocho criterios científicos para la determinación del sexo: cromosomático, gonádico, hormonal, orgánico interno, genital, habitus sexual, sexo asignado y rol sexual. STOLLER (Sex and Gender, Hogarth, 1968, pp. 453-456) destaca los dos primeros. “El sexo cromosomático resulta de la concepción, cuando el huevo femenino u ovum (X) es fertilizado por el esperma masculino (X o Y). El cromosoma Y existe solamente en el macho. No obstante, muchos consideran al sexo cromosomático no dispositivo, debido a los efectos de otros factores: genético, endocrino, configuración corporal, psicológico y ambiental” (MEYERS, David W., The Human Body and the Law, Edimburgo, University, 1990, pp. 220-221). El sexo gonádico, referido a las glándulas reproductivas evidentes, se relaciona con el cromosomático: a XX le corresponden ovarios, y a XY, testículos. Pueden desarrollarse ambos (hermafroditismo). El criterio hormonal toma las hormonas producidas por aquellas glándulas, que derivan en las características sexuales. Las características externas del sujeto son las que considera el criterio genital. El habitus, por su parte, hace referencia al fenotipo, o aspecto externo visible (forma del cuerpo, apariencia, etc.).

(33) Dicha norma prohibía las operaciones “que modifiquen el sexo del enfermo”, sin previa autorización judicial.

(34) La derogación de esta norma ya había sido requerida por la doctrina argentina por la mayoría de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Buenos Aires, del 23 a 25 de septiembre de 2001 (Comisión n° 1: Parte General.)

entendemos que se encuentran comprendidas tratamientos hormonales, y dependiendo si se trata de readecuación al género femenino o masculino, vaginoplastia con inversión penil, colovaginoplastia, cosmética, clitoroplastia implantes mamarios, eliminación de la nuez o tiroplastia, ablación de glándulas mamarias, electrólisis, entre otras. (35)

b. Cobertura de las prestaciones

Las prestaciones de salud antes referidas deberán ser cubiertas por el subsistema público de salud. Por otra parte, al ser incluirla dentro de las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO), dichas intervenciones y tratamientos deberán ser cubiertos para los beneficiarios de las obras sociales (36) y las empresas de medicina prepaga. (37)

De esta manera, la LIG se constituye en una más de las leyes especiales que complementan la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación que determina el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los efectores de los tres subsectores del sistema de salud.

Por tal razón, entendemos que dicha previsión es operativa para los beneficiarios, sin perjuicio que la reglamentación determine los pormenores de la cuestión.

Finalmente, resulta importante destacar que todos los efectores del sistema de salud deberán garantizar en forma permanente los derechos reconocidos en la ley; esto es, además de las prestaciones referidas, los derechos a la identidad de género, al trato digno, a la no discriminación, etc.

c. Procedimiento

Otra de las importantes novedades de la ley es que para poder acceder a las prestaciones de salud referidas a la identidad de género, las personas *trans* no requerirán de previa autorización judicial o administrativa. De esta manera, se consolida a la identidad de género como un derecho personalísimo y en el marco de esta autonomía de la persona es ella misma quien decide sobre someterse o no a dichas prestaciones.

Por tal razón, las personas *trans* mayores de edad podrán acceder a este derecho, solicitando directamente ante el efector de salud correspondiente, sea

(35) Para ampliar sobre este punto, ver: Transexualismo: valoración médica, tercera edición, marzo 1998 <http://geneticaysexologiainTEGRAL.blogspot.com.ar/2008/04/transsexualismo-valoracion-medica.html>

(36) Regidas por las leyes 23.660 y 23.661 (Adla, XLIX-A, 50; 57).

(37) En los términos de la ley 26.682 (Adla, LXXI-C, 2328).

del subsistema de salud público, de la seguridad social o privado, las prestaciones a las que debe acceder.

La reglamentación no podrá, por tanto, establecer otros requisitos adicionales. Entendemos que no resultarán justificadas la imposición de juntas médicas, la intervención de comités de ética, auditores u otras instancias que condicionen el acceso a dichas prestaciones.

d. Consentimiento informado

El artículo 11 exige como requisito el consentimiento informado de la persona que se someterá a la intervención y/o tratamiento.

La brecha informativa entre el paciente y los profesiones de la salud, sumada a la especial de vulnerabilidad en que se encuentran las personas *trans*, obliga a un estricto cumplimiento de este requisito.

Cabe recordar que el artículo 5 de la ley 26.529 de Derechos del Paciente (Adla, LXX-A, 6) define al consentimiento informado como la *“declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

a. Su estado de salud;

b. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c. Los beneficios esperados del procedimiento;

d. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsible;

e. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.”

De conformidad con esa misma ley, dicho consentimiento informado deberá ser previo (artículo 6) y por escrito y debidamente suscrito (artículo 7).

Este elemento es fundamental a efectos de no generar falsas expectativas en los pacientes, informar debidamente sobre las probabilidades de éxito, ventajas y desventajas, riesgos, reversibilidad o irreversibilidad, implicancias biológicas, estéticas, sexuales, psicológicas, entre otras cuestiones.

El consentimiento informado, por tanto, no deberá contemplarse como un “formulario de adhesión” a suscribir por el paciente, sino como un proceso comunicativo de ida y vuelta entre el profesional y el paciente. Por tal razón, el profesional interviniente

deberá asegurarse que la información resulte comprensible para el paciente.

e. Niñas, niños o adolescentes trans.

Otra de las cuestiones que establece la ley es que dichas prestaciones no se encuentran, en principio, prohibidas para niños, niñas y adolescentes *trans*.

En este punto, siguiendo la manda de la Convención de los Derechos del Niño (Adla, XL-C, 2573) y la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se establece como criterios en la materia los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña.

En este entendimiento, cabe recordar que el artículo 12 de la Convención de los derechos del Niño dispone: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Por su parte, el artículo 3° de la ley 26.061, siguiendo los lineamientos del artículo 3 de la convención, establece: *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

Debiéndose respetar:

a. Su condición de sujeto de derecho;

b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f. Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

En cuanto al procedimiento para el acceso de los niños, niñas y adolescentes a dichas prestaciones, la ley diferencia sobre el punto entre los tratamientos

hormonales integrales y las intervenciones quirúrgicas totales o parciales.

Para los tratamientos hormonales integrales, y conforme la remisión del artículo 11 al artículo 5 de la LIG, la solicitud ante los efectores de salud deberá ser realizada por sus representantes legales, con la expresa conformidad del niño, niña o adolescente. Por otra parte, y en concordancia con el artículo 27 de la ley 26.061, el niño deberá contar con la asistencia del abogado del niño, por su cuenta o a través de los organismos correspondientes (v. gr., servicios de asesoramiento de las autoridades administrativas y/o asesores tutelares).

Cuando por cualquier causa alguno o los representantes legales se negaren o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de ellos, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/juzas correspondientes resuelvan.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas totales o parciales, dichas solicitudes, conforme los principios antes mencionados (conformidad expresa del niño, niña o adolescente, asentimiento de los representantes legales e intervención del abogado del niño) se requerirá la previa autorización judicial.

La autoridad judicial deberá expedirse dentro de los sesenta días de la solicitud. También deberá expedirse en caso de negativa o ausencia de conformidad de los representantes legales del niño, niña o adolescente.

IV. Conclusiones

La presente ley constituye un claro avance en el reconocimiento de los derechos de las personas *trans*. De esta manera se avanza en el camino de la no patologización, la no discriminación y la descriminalización de las identidades travesti, transgénero, transexuales e intersexual, mediante la empoderamiento en derechos de ciudadanía.

Como bien enseñaba Bidart Campos, para aproximar lo más posible la sexualidad psicológica a la sexualidad física hay que arrancar firmemente de un

principio axial: el de que la persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual. La dignidad personal prevalece sobre la sexualidad: ser persona se antepone a ser varón o a ser mujer; también a ser transexual. Pero en la dignidad no se agota el problema. Se le acumula el de saber, el de buscar, y el de definir cuál es la “verdad” personal en su completa identidad. “Ser el que soy”, vivir dignamente en la “mismidad de mi yo”, hacer coincidir mi sexualidad genital con mi sexualidad psicosocial. Algo difícil, entreverado, polémico; pero, al fin, el derecho tiene que dar respuesta, hoy más que nunca, cuando el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos enclavan una raíz profunda en la defensa de los derechos humanos. ¿Cómo negar que acá se abre un arco en el que ocupan sitio vital el derecho a la identidad personal, el derecho a la diferencia, el derecho a la verdad y, aunque suene a lo mejor un poco raro, el derecho a la salud? Todo encapsulado en un área cuyo contorno alberga a la intimidad y al proyecto personal de vida, en la medida que las conductas personales no ofendan al orden, a la moral pública, y a los derechos de terceros. (38)

Para finalizar, hago más las palabras del profesor Rabinovich, de que el Derecho lo hacemos los humanos, para los humanos. Para nuestra felicidad, la de nuestros hijos, y la de nuestro prójimo. Y la no heterosexualidad, sea lo que sea, puede acaecernos a nosotros, a nuestros hijos, o a nuestro prójimo. Entonces, ¿Por qué no tratar de buscar que el derecho sea un instrumento que procure, por sus siempre imperfectos y parciales medios, brindar un margen de potencia, para que aquellos que padecen esa circunstancia también puedan perseguir la felicidad? (39) ♦

(38) BIDART CAMPOS, Germán J., El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?, Revista de Derecho de Familia JA, 2002-21-173.

(39) RABINOVICH-BERKMAN. Ricardo D., “Bioderechos”, Dunken, ed. agosto 1999, p. 211

LEY DE IDENTIDAD DE GENERO

POR MARÍA LAURA CIOLLI

SUMARIO: 1. Importancia. 2. Género. Identidad y Sexo. Concepto y alcance. 3. Identidad de género. Alcance. 4. Conclusión.

1. Importancia

La ley de identidad de género responde a los reclamos vertidos por una parte de la sociedad argentina que buscaba el reconocimiento de sus derechos conforme su género e identidad. La ley mencionada no hace más que adaptarse a las situaciones que, hasta la sanción de la presente ley, no encontraban respuestas en el ámbito jurisdiccional desde la perspectiva colectiva. Las respuestas que se obtenían eran solamente por el acceso a justicia de los particulares cuyas decisiones judiciales alcanzaban a éstas. (1)

La sociedad argentina puede o no estar totalmente de acuerdo con el dictado de la presente ley pero no debemos olvidar que somos personas con valores, vivencias, historias que hacen que la identidad de cada uno se vaya formando conforme las características mencionadas.

2. Género. Identidad y Sexo. Concepto y alcance

Género e identidad no son aspectos opuestos sino que se complementan.

La identidad constituye un concepto multifacético; está ligada a la noción de permanencia. El derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona; comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, a través del cual, el individuo se proyecta socialmente

exteriorizando su personalidad. La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter espiritual, psicológico mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religioso, ideológico o político. Este conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, no es más que perfilar el “ser uno mismo”, el ser diferente a los otros. Esto es lo que constituye la identidad personal.

Género no es lo mismo que sexo. Género es una construcción socio-cultural que se va formando con el tiempo, se trata de los rasgos y funciones psicológicas y socioculturales que se le atribuyen a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad.

El sexo, en cambio, es lo natural, lo cromosómico. Género y sexo no son cuestiones semejantes y es necesario tener en cuenta que se trata de conceptos diferentes y que en una persona pueden coincidir ambos aspectos como puede ser que no. Y, es en este último caso donde cobra importancia el alcance del concepto de género e identidad.

La ley en comentario define en el artículo segundo la identidad de género como “...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

(1) Corte Suprema de Justicia de Tucumán, “R.E.C. c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Mendoza s/amparo. Sentencia 637/2011, 2 de septiembre de 2011 y, “I.C.G. c. Registro del estado y Capacidad de las Personas de la provincia s/Amparo, sentencia 623/2011 de fecha 30 de agosto de 2011.

De la lectura del mencionado artículo surge claramente la distinción entre sexo y género pero es de advertir que el concepto de género va más allá de la vivencia interna e individual que cada persona tiene.

3. Identidad de género. Alcance

Para hablar de identidad de género es necesario comprender qué es la identidad en función del género.

Es verdad que la ley en análisis es una respuesta a reclamos existentes en nuestra sociedad pero cabe preguntarnos: ¿el trámite otorgado en la ley garantiza el respeto del derecho a la identidad?

Para responder esta pregunta, es necesario analizar los requisitos legales exigidos, como también el trámite, así:

a. Acreditar la edad mínima, es decir, 18 años de edad

b. Presentar ante el Registro Civil o sus oficinas seccionales correspondientes una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.

c. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

Agrega que, en ningún caso se requerirá acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Con relación al trámite, la ley prevé que cumplido los requisitos exigidos, el/la oficial público procederán, sin necesidad de trámite, judicial o administrativo, notificar de oficio al registro civil la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila. Además entregará nuevo documento de identidad con rectificación del nombre de pila y sexo manteniéndose el número.

He aquí la cuestión a tratar. Nótese que la ley establece un mecanismo sencillo y gratuito para proceder al cambio de sexo y nombre de pila. Sin perjuicio de la importancia que el derecho a la identidad tiene, el caso en análisis, es la identidad en función del género y como tal debería considerársela con mayores recaudos para su implementación y ejecución. Lo expresado es desde la perspectiva que los derechos

de los solicitantes se encuentren debidamente amparados como también el Estado ya que solo se tendría en cuenta para la rectificación del nombre y sexo, la sola voluntad del solicitante. Esta voluntad será respetada cuando el solicitante sea mayor de edad y, en el caso de personas menores de 18 años, deberá contar con el consentimiento de alguno/a de los representantes legales o, en su defecto, del juez o jueza que intervenga, siempre y cuando, claro está, se respeten los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplados en la ley nacional 26.061 sobre protección integral de éstos.

Es verdad que la presente ley responde a necesidades de adecuación a nuevos tiempos por los que nuestra sociedad está atravesando pero, no debemos olvidar que todo cambio trae o puede traer aparejado crisis, oposiciones, dificultades en su ejecución y son estos obstáculos los que deberán superarse para que los cambios existentes y los que se avecinan puedan regularse legalmente y de esa manera la adaptación a nuestra realidad social sea positiva.

Los cambios no se generaron solamente con el dictado de la ley en análisis sino que el impacto se fue sintiendo a partir de la modificación a nuestra Carta Magna en el año 1994, al incorporar en el artículo 75 inciso 22 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

El derecho a la identidad de género encuentra fundamento en lo normado en los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional, como también en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Conclusión

Los cambios son necesarios pero para que éstos sean positivos y puedan regularse deben enmarcarse en una legislación que contenga además de los requisitos y trámites pertinentes, lo atinente a la educación a todos los niveles sociales y económicos. El tema de la identidad de género y el respeto a ésta es un tema que nos atañe a todos y todas pero para que no haya que superar obstáculos para garantizar su cumplimiento es necesario que en la ejecución de la ley se vaya acompañando de una debida difusión y educación. De esta manera la realidad social y el derecho irán de la mano. ♦

LA REALIZACION DEL PROYECTO DE VIDA AUTORREFERENCIAL

LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y DESJUDICIALIZACION

POR SILVIA FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. Breves consideraciones sobre el derecho a la identidad de género y su autonomía. 2. El ejercicio de los derechos reconocidos en la ley no requiere intervención de reasignación genital ni tratamientos médicos. 3. Innecesariedad de autorización judicial para la intervención quirúrgica de adecuación corporal y genital. 4. La situación de niñas, niños y adolescentes en la legislación de identidad de género. 5. Conclusión.

En función de la brevedad que exige la colaboración en un número especial de análisis de la nueva ley de identidad de género, diagramado para la participación de múltiples voces, concentraremos exclusivamente nuestra mirada —sucinta por iguales razones— en algunos de sus aspectos relevantes.

La ley que mereciera reciente sanción por el Congreso se estructura en base a algunos ejes o principios centrales cuya referencia resulta necesaria; en primer lugar desde un análisis general de la normativa y más específicamente luego, para el que constituye nuestro objetivo de mayor exploración, relacionado con la

situación de niñas, niños y adolescentes frente a los derechos reconocidos en la nueva normativa.

Sintéticamente diremos que la ley consagra el reconocimiento legal expreso del *derecho a la identidad de género*, a la que se concibe como *derecho autónomo*, realizador de la identidad personal y cuyo reconocimiento en el plano jurídico no requiere autorización judicial.

Impone así la *desjudicialización* de las peticiones de adecuación a la identidad de género, sean ellas médicas y/o registrales; esto es, tanto las relativas

a las intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, como las dirigidas a reflejar dicha identidad de género en la registración identificatoria de la persona.

Finalmente introduce una *reglamentación diferenciada* de los derechos reconocidos en la ley, para los casos protagonizados por niñas, niños y adolescentes.

1. Breves consideraciones sobre el derecho a la identidad de género y su autonomía

La ley recientemente aprobada por la Cámara de Senadores consagra el derecho a la identidad de género (art. 1), el que se reconoce a favor de *toda persona* y comprende:

a. el *reconocimiento* de la identidad de género. (art. 1 inc. a)

Corresponde primeramente destacar la denominación técnica adoptada por la norma, que comprende fenómenos diversos que reflejan la realidad “transgénero”. (1) La definición legal permite distinguir la *identidad de género* y la *orientación sexual* e independiza a la primera de la sexualidad morfológica dada por los caracteres genitales que diferencian ambos sexos. (2)

Estas personas viven un sexo psicológico diferente del biológico y registral, (3) forjando un sentimiento profundo de pertenecer al sexo opuesto a aquel que

(1) Término general que se aplica a una variedad de individuos, conductas y grupos con tendencias que se diferencian de los roles de género normativos (hombre o mujer) normalmente son asignados al nacer y del rol tradicional social. Una persona transexual encuentra que su identidad sexual está en conflicto con su anatomía sexual; una disconformidad entre su sexo biológico y su sexo social y psicológico. El concepto de identidad de género comprende muchos más supuestos que el transexualismo —“disforia de género”—, es independiente a la realización de tratamientos farmacológicos o quirúrgicos para adaptarse al sexo diferente al de origen. Medina, Graciela. “Ley de identidad de género. Aspectos relevantes”. La Ley 01/02/2012, 1. El DSM-IV lo detalla como: 1. la identificación intensa y persistente con el otro sexo; 2. malestar permanente por el sexo asignado, sentido de inadecuación; 3. ausencia de padecimiento de un trastorno físico de estados intersexuales; 4. pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral, o de otras áreas importantes del individuo. Trib. Fam. n° 1 Quilmes 30/04/2001, LA LEY, 2001-F, 225. Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa. Derecho constitucional de Familia. Ediar; BOSSERT, Gustavo A.; PREIBISCH, María Alejandra, LA LEY, 2006-D, 917.

(2) MEDINA, “Ley de identidad...” cit.

(3) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. 2C. Daños a la personas. Integridad espiritual y social. Hammurabi pp. 292 y 283.

es genética, anatómica y jurídicamente el suyo, lo que importa una necesidad intensa de cambiar de sexo y estado identificatorio. (4) En esta disyuntiva, el cuerpo sería sólo una condición necesaria para el desarrollo de la presencia no corporal, que lo trasciende. (5)

Coherente con esta concepción, dispone el art. 2 de la ley “Se entiende por identidad de género a la *vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente*, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.” (6)

Se advierte así que el punto de partida —enfoque y denominación— adoptado por la legislación —la noción de identidad de género— se abstrae de las discusiones relativas al sexo, la morfología, la genética, aspectos todos relacionados finalmente con el sexo. El concepto de identidad de género brinda un enfoque superador y actúa como criterio normativo con efectivo reconocimiento legal. (7)

b. El derecho al *libre desarrollo de la persona* conforme a dicha identidad de género (art. 1 inc. b), realizando el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. (8) La base en que asienta la normativa sancionada es así la dignidad

(4) RIVERA, Julio César, “Transexualismo: Europa condena a Francia y la casación cambia su jurisprudencia” ED, 151-915.

(5) ANDRUET, Armando, Bioética, Derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia. Alveroni, 2004, p. 379.

(6) Subrayado propio. Según uno de los principales documentos en materia de no discriminación por orientación sexual y género, los Principios de Yogyakarta, se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los aminoramientos”, http://www.yogyakarta-principles.org/principles_sp.pdf.

(7) PELLEGRINI, M. Victoria, “Todavía la identidad sexual requiere la intervención de los jueces.” DFyP 2012, enero-febrero, 278.

(8) Conf, art. 6 DUDH, conc. art. 3 CADH; art. 16 PIDESC, etc.

de la persona, derecho troncal en que se apoyan los restantes derechos fundamentales. (9)

El libre desarrollo de la personalidad enlaza con el principio de clausura de libertad (art. 19 CN) (10) y con la autodeterminación. Esta mixtura de principios visualiza la construcción en cada persona de un “proyecto de vida autorreferencial”, al amparo de la propia facultad de autodeterminarse, sin lesión a derechos de terceros. La Corte Suprema Nacional ha sostenido este principio como valor fundamental: “...*además del señorío sobre las cosas que derivan de la propiedad... está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir lo que configura su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico, tratándose en definitiva de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre*”. (11)

La libertad y sus expresiones sociales son así pilares primordiales sobre los que se asientan la dignidad de la persona humana, piedra axial al sistema constitucional occidental. (12)

Lo trascendente en la normativa que analizamos es el reconocimiento legal de que la identidad de género que cada persona defina para sí es esencial a su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y libertad. (13)

c. El derecho al trato y a la *identificación* en los instrumentos correspondientes acorde a su identidad de género (art. 1 inc. c) “...*A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada*”.

(9) La norma argentina armoniza con los Principios de Yogyakarta, Principio 3º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.”

(10) Dice Ekmekdjian que en la correcta y efectiva limitación al poder reside el valladar de más sólida defensa para la libertad. Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones. t. I, Depalma p. 5 y ss.

(11) CSJN in re “Bahamondez”, LA LEY, 1993-D, 130.

(12) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo, “Constitución nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, RDF 51 p. 1 y ss.

(13) MEDINA, Graciela, op. cit.

Vemos así como varios derechos humanos constitucionales —realizadores de la personalidad y la dignidad— se entrecruzan y conmueven ante la condición transgénero; entre ellos, el derecho a la identidad, al nombre, a la salud; (14) el derecho a la vida digna; (15) el derecho a la imagen, el derecho a la intimidad.

La identidad es un derecho humano personalísimo que tutela la “mismidad” de la persona, su coincidencia con su “verdad histórica”, (16) cuyo fundamento axiológico se ubica en la dignidad del ser humano. (17)

En palabras de Carlos Pereda, la identidad es “un proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de su historia, una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive”. Este concepto macro alberga a la identidad de género que construye la propia persona en ejercicio de su libertad (art. 19 CN). Esta “autoconstrucción” de una determinada identificación atañe a la realización del propio proyecto personal o plan de vida, identifica al ser ante sí y ante los otros. (18)

La doctrina desmembra el *derecho a la identificación* y el *derecho a la documentación*, como integrantes del concepto de identidad en su faz estática; la identificación aparece plasmada en los datos registrales y se diferencia de la identidad dinámica, mutable con la vida de cada persona. (19)

(14) En la clásica definición de la OMS como un “estado de completo e integral bienestar físico, mental y social”.

(15) Respecto del cual los restantes valores tienen carácter instrumental. CSJN 5/3/2002, “Portal de Belén”.

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho a la identidad Astrea, p. 34 y ss.

(17) XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997. JA, 1998-I-839. J.CyCom. Paraná n° 4, 15/09/2003.

(18) Como ya expresamos, FERNÁNDEZ, Silvia, “Transsexualismo y derecho al nombre. Una sentencia a la medida de la persona y sus derechos.” Coment. a fallo J.Crim. y Correcc. n° 4 MDP 10/04/2008, LA LEY, 2008-F, 37.

(19) Matilde Zavala de González detalla como involucrados con el derecho a la identidad personal: a. el derecho a una identificación, b. el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, c. derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, d. derecho a transformar la identidad personal, e. derecho al respeto de las diferencias personales, f. derecho a la propia verdad personal. g. derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena, h. derecho a actuar según las personales convicciones, i. derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones, cit. por GIL DOMÍNGUEZ; FAMÁ; HERRERA, Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Comentada, concordada y anotada. Ediar, p. 231. Ver también KEMELMAJER DE

Pues bien. La norma recepta justamente la *identificación* acorde al *género experimentado* por la persona. Por la misma razón, independiza la adecuación registral de la eventual intervención quirúrgica y/o tratamientos médicos de adecuación sexual. (20)

Por las razones de espacio arriba explicitadas, dejamos fuera el debate relativo a los efectos que acarreará la modificación de los asientos registrales. (21)

2. El ejercicio de los derechos reconocidos en la ley no requiere intervención de reasignación genital ni tratamientos médicos

La normativa no supedita el acceso a los derechos en ella enunciados, a la acreditación de intervención quirúrgica de reasignación genital, ni tampoco al sometimiento a prácticas o terapias médicas o psicológicas (art. 4 último párrafo).

Esta cuestión fue ya abordada en un magistral fallo dictado por el Dr. Pedro Hooft (22) en que se aco-

CARLUCCI, Aída, "El derecho de Familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación de los tratados internacionales de Derechos humanos" RDC. Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni, p. 29. La legislación argentina recepta también esta diferenciación en la Ley 26.061 de Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, en su art. 11 regula el "Derecho a la identidad", art. 12 la "Garantía estatal de identificación. Inscripción en el Registro del estado y capacidad de las personas" y art. 13 el "Derecho a la documentación". La CSJN ha resaltado la importancia de la documentación personal identificatoria, en el caso "Vázquez Ferra", afirmando que su falta implica "una suerte de muerte civil" por afectación de derechos fundamentales. CSJN 30/9/03 "Vázquez Ferra Evelyn" LA LEY, 2003-F, 970.

(20) Art. 4 último párrafo: "...En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico."

(21) Entre muchos, IGNACIO, Graciela "Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio". JA 1999-I-867. Cifuentes, Santos "El sexo y la identidad civil del Transexual", LL Gran Cuyo, 1999-695 MAIZTEGUI MARCÓ, Felicitas, "Cambio de identidad sexual", LA LEY, 2008-B, 1266. El art. 7 de la ley dispone: "La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción. En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona."

(22) J. Crim. y Correcc. n° 4 MDP "P.R. L." 10/04/2008, LA LEY, 2008-F, 37, LLBA, 2008-963.

giera, mediante acción de amparo, la modificación registral y cambio de nombre de una persona, con prescindencia de la intervención de reasignación sexual. Entendió allí el Magistrado que cuando por razones médicas u otras atendibles no se haya podido practicar la intervención, cabe priorizar el sexo social y psicológico por sobre el físico o morfológico.

Conforme la ley, sin necesidad de estos actos médicos, procede la rectificación registral del *sexo, nombre de pila e imagen* (art. 1).

Resulta central la independización legal de las cuestiones identificatorias frente a las de determinación médica.

Tratándose de derechos fundamentales, imagen y nombre conectan con la proyección autorreferencial a que hacíamos mención, en función del art. 19 CN.

El nombre de la persona es concebido hoy como un derecho autónomo, (23) no obstante su íntima vinculación con el derecho humano de identidad. Es así un derecho humano específico (art. 18 CADH-PSJCR, art. 75 inc 22 CN, arts. 19 y 33 CN). (24)

Partiendo de esta concepción, la posibilidad de modificación del nombre debe interpretarse desde el marco de la doctrina de los DDHH, fundamentalmente al amparo del principio pro homine, haciendo prevalecer la solución más favorable a la persona humana y posibilitando así acoger el pedido formu-

(23) La Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional colombiana ha sostenido la entidad autónoma del nombre como derecho "a la expresión de la individualidad y el libre desarrollo de la personalidad"... "figuras que resultan vulneradas con la oposición al registro de un nuevo nombre". Su reconocimiento es esencial para la efectividad de la autonomía personal y constituye un bien inherente a la persona. La fijación de su individualidad ante la sociedad y el Estado requiere de la conformidad del individuo con la identidad que proyecta, teniendo siempre la facultad de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones; "...quien es dueño de sí, dirige libremente su existencia...es pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina". T-168/2005. Jáuregui Rodolfo. "El nombre de los hijos" RDF 36 Lexis Nexis p. 72 y ss.

(24) Cam. Civ. y Com. Formosa 29/101, ED 196-294. CSJN 29/06/1989. El nombre se instala en el sujeto de manera permanente, acompañando el proceso de construcción de su identidad en el ámbito social. Krasnow, Adriana. "El desplazamiento del estado filial y su repercusión en el derecho de identidad. La facultad concedida al hijo de continuar con el uso del apellido". LA LEY, 2004-D, 635. Así, todos nos vemos dominados por un signo que es nuestra síntesis: el nombre. PLINER, Adolfo. El nombre de las personas. Astrea, Buenos Aires, 1989 p. 50.

lado por quien es conocido en su círculo social por un nombre distinto del que posee. (25)

Al respecto corresponde tener presente la evolución vivida en torno al concepto perimido de “inmutabilidad del nombre” por el de “estabilidad”, permitiendo así en determinados casos su mutación; (26) el núcleo de observación es la mencionada autonomía de los derechos al nombre y a la identificación, entrelazados al derecho marco de identidad, (27) influidos por las relaciones que va entretejiendo la persona a través del tiempo. (28)

Desde el punto de vista axiológico el nombre integra la historia personal del sujeto, a partir de su realidad individual y también desde lo simbólico; proyecta su verdad personal.

Similares valoraciones resultan aplicables en relación a la posibilidad de cambio de imagen y sexo registral, desde la mira de los derechos involucrados —dignidad, autonomía, inviolabilidad de la persona, intimidad, identidad— lo que justifica así la solución legislativa adoptada (innecesariedad de *previa* mutación física).

De tal modo, la motivación del art. 3 de la ley se desprende de la explicada autonomía de los derechos al nombre y a la identificación, entrelazados al derecho marco de identidad. (29) Estas construcciones

personales importan finalmente la realización del proyecto de vida autorreferencial a que hacíamos referencia más arriba.

Coincidimos con Carlos Nino en que ser respetado como persona autónoma significa reconocer el derecho de las personas a tener su propio punto de vista, a elegir y a realizar acciones basadas en los valores y creencias personales. Implica también tratar a los agentes de manera tal que se les permita e incluso se les facilite actuar autónomamente. (30)

El principio de autonomía de la persona determina que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de exigencia humana, el Estado —y los demás individuos— no debe interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, cuyos límites se encuentran en la no afectación de legítimos derechos de terceros. (31)

Consideramos así que resulta adecuado no supe- ditar la adecuación de los derechos fundamentales citados —nombre, imagen, sexo registral— a la realización de cirugías ni tratamientos; (32) lo contrario constituiría una visión reduccionista, equiparando el sexo con el género. Exigir un cambio quirúrgico implicaría valorar el género solo por la presencia de los órganos genitales masculinos o femeninos en desmedro de la identidad personal. (33)

(25) CCC de Formosa, 29/10/2001. En un conocido precedente la SCBA acogió el pedido de cambio de nombre, encontrándose acreditada la condición transexual del peticionante. Dijo allí el Ministerio De Lazzari que “la identidad sexual no es exclusivamente una cuestión genital o cromosómica, sino algo mucho más complejo y dinámico que trasciende esas fronteras para ingresar en lo psíquico, lo social...” “la libertad (el derecho) que tiene la peticionante al reconocimiento de su especial situación biológico-vital, a la reasignación registral de su sexo y, consecuentemente, al cambio de su nombre, todo ello dentro del ámbito del art. 19 de la Constitución nacional... en un pie de igualdad y dignidad con los demás, en los términos del art. 16.” SCBA, 21/03/2007, elDial - AA3C25.

(26) CNCiv., sala B, 18/07/1996; sala E, 27/02/1987; sala K, 23/06/1992. Juz civ y com n° 23, 12/03/2003, ED 22/04/2003. CNCiv., sala G, 09/02/2001. La ley de género prevé que el cambio se efectiviza mediante “rectificación de la partida de nacimiento” y “conservación del número de DNI” (arts. 4 y 6.).

(27) Vgr. Cám. Fam. Córdoba 1° nom. 23/10/2002, LA LEY, 2003-C, 299; CNCiv., sala M 24/10/2003; se admitió la conservación del apellido utilizado largo tiempo por el hijo, no obstante prosperar la acción de impugnación de paternidad. SCBA 19/03/2003, permitió la adición del apellido del conviviente fallecido de la adoptante.

(28) HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción. Universidad p 304 y ss.

(29) No obstante, se observa que la ley de identidad de género no ha modificado el art. 15 de la Ley 18.248 —que

exige venia judicial para el cambio de nombre por “justos motivos” —.

(30) ATIENZA, Manuel, Juridificar la Bioética. Universidad de Alicante. España.

(31) NINO, Carlos, Santiago, Ética y Derechos Humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989. p. 204.

(32) Ver en este sentido J. Civ. Com. n° 8 de Quilmes; Trib. de Fam. de Bahía Blanca 30/08/1999; Trib. Fam. 1 de Quilmes, 30/04/2001; Juz. Civ. y Com. de 19 Nominación de Córdoba 18/09/2001; Juzg. Nac. Civ. n° 102 1/3/2006. Cám. Civ. Y Com. de Jujuy, sala I, 17/08/2007 La Ley NOA 2007 (octubre), 930, AR/JUR/4097/2007; Juz. Fam., Niñez y Adolescencia n° 4 Neuquén, 07/10/2008 La Ley Patagonia 2008 (diciembre), 599, AR/JUR/10532/2008; “S.J.D.”, CNCiv., Sala L, 30/06/2009, www.laleyonline.com.ar AR/JUR/51873/2009, PELLEGRINI, María Victoria, “Identidad sexual: otro capítulo en la relación autonomía de la voluntad y orden público.” DFyP 2010 (septiembre), 257. OLMOS, Juan Pablo, “Transexualismo o disforia de género: bases para instrumentar la modificación de la partida de nacimiento”, RDF 37, julio-agosto 2007, p. 174.

(33) Otras legislaciones comparadas son más estrictas; la ley uruguaya 18.620/09 exige que se acredite la persistencia de la situación discordante durante dos años y la vía impuesta es la judicial. La ley española 3/2007 requiere que se haya diagnosticado la disforia de género y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Ver MEDINA, Graciela, op. cit.

3. Innecesariedad de autorización judicial para la intervención quirúrgica de adecuación corporal y genital

El art. 11 de la ley dispone: “*Derecho al libre desarrollo personal*. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.... Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.” (34)

El principio es claro: no se requiere intervención judicial para autorizar el obrar médico, invirtiendo radicalmente el estado de situación actual, (35) en que la jurisprudencia ha brindado sobradas muestras de autorizaciones de este tenor. (36)

Como se advierte de la lectura, la normativa deja al íntimo ámbito de la relación médico paciente, la evaluación y elaboración de la decisión acerca de la intervención médica de readecuación genital. (37) La ley no se ha detenido a contemplar de qué modo

(34) Hemos extractado el apartado relativo a la situación de niños y adolescentes, que analizamos más adelante.

(35) La ley deroga el art. 19 inc. 4 de la ley 17132 que veda la realización de prácticas de adecuación sexual sin autorización judicial.

(36) Vgr. Cám. Civ. y Com. San Nicolás, 11/04/1994, LLBA, 1994-871; Juzg Civ y Com n° 9 San Isidro 12/11/98, Juz Crim y Correc n° 1 MDP 19/7/2001 JA 2001-IV-437; ídem, del 6/10/2003, La Ley Sup., Buenos Aires XII, n° 2, 3/2005 p. 149/158; Juzg. n° 1 de Mar del Plata 9/12/05; Juz. Crim. y Corr. de Transición n° 4 Mar del Plata, 10/04/2008 Cita: MJ-JU-M-25396-AR | MJJ25396 | MJJ25.

(37) En otros países como Francia, los médicos requieren la previa acreditación de la conducta propia del sexo reivindicado, por lo menos durante dos años, además de las pericias médicas y psiquiátricas. En nuestro país la jurisprudencia registra el aporte de los Comités Interdisciplinarios de Bioética en los casos en que los Jueces han autorizado las intervenciones quirúrgicas de readecuación. BOSSERT op. cit. En el Departamento Judicial al que pertenezco, Mar del

habrá de garantizarse la plena y adecuada información en relación a los efectos de la intervención propuesta, lo que indudablemente deberá cumplirse en el ámbito sanitario con estricta observancia de la exigencia del consentimiento informado (38) o más ampliamente, consentimiento participado. (39)

Quizás podría decirse que los temores relativos a la ubicación de la cuestión en el estricto campo médico no sean justificados, como no lo son tampoco las reglas que se subrogan a la voluntad autónoma del individuo adulto y consciente, pues la dignidad humana desde el punto de vista liberal indica que cada uno es dueño de sí y de tomar decisiones sobre su cuerpo que no perjudican a terceros. (40)

La cuestión quedará enmarcada en el ámbito sanitario, como cualquier otra intervención y/o tratamiento terapéutico. En toda relación médico-paciente, el consentimiento informado es el eje central, como lo es el respeto a la autonomía del paciente; ello aún ante intervenciones quirúrgicas de entidad como las de cambio de sexo. (41)

Plata, los casos resueltos han requerido la opinión experta de estos comités

(38) Art. 5 Ley 26.529: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a. Su estado de salud; b. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c. Los beneficios esperados del procedimiento; d. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.”

(39) Se requiere brindar una adecuada información, y no el mero trámite de la suscripción de un formulario. El consentimiento informado forma parte del proceso de atención sanitaria, y el paciente debe tener una activa participación (consentimiento participado). AIZENBERG, Marisa, “Los derechos del paciente. Análisis de la Ley 26.529” Rev. CEDQUIFA. <http://www.cedi.org.ar>

(40) SANTOS CIFUENTES, “El sexo y la identificación civil del transexual”. La Ley Gran Cuyo 1999, 695. Pellegrini, M. Victoria “Todavía la identidad sexual requiere la intervención de los jueces. DFyP 2012 (enero-febrero), 278.

(41) Ley 26.529, art. 2 inc. e.: “e. Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley n° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.” Art. 6: “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea

Tratándose de un ámbito de reserva amparado por el artículo 19 CN (conducta autorreferente), la decisión en conciencia compete en última instancia a la propia persona.

Desde otra perspectiva, advertimos que a través de la posición legislativa adoptada se realiza un principio neurálgico al derecho contemporáneo, cual es el principio de *desjudicialización* respecto a aquellas situaciones que no exhiben un conflicto jurisdiccional o caso judicial a dirimir por este Poder estatal (principio plasmado en otras leyes, vgr. Ley sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales de la salud, 26.529, Ley 26.061 de Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, en relación a las políticas públicas y cuestiones sociales relativas a la infancia).

Tal como se ha expresado, esta nueva visión de la justicia, menos invasiva, menos paternalista y judicializadora, supone el intento de que sean los propios interesados quienes logren la autocomposición de su “conflicto” gracias a la ayuda de los expertos. Pero el paradigma de desjudicialización requiere efectividad y acceso a su realización; de lo contrario, la letra de la ley corre el riesgo de ser una mera declamación con escasa operatividad. (42)

El principio general establecido en la ley y que hemos sucintamente explicado, hace excepción en el supuesto de cirugías de adecuación sexual a menores de edad, aspecto que abordamos en el siguiente punto.

Abrimos no obstante un paréntesis para observar desde la normativa sancionada, la situación de otro grupo vulnerable, cual es el de las personas con discapacidad.

Sin perjuicio que este tema es merecedor de un análisis más profundo —que postergamos para otra oportunidad— no podemos dejar de advertir que el principio establecido en la ley es que “*todas las personas mayores de 18 años*” pueden acceder a estas intervenciones quirúrgicas.

público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.” Art. 7: “Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a. Internación; b. Intervención quirúrgica; c. Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d. Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e. Revocación.”

(42) LOYARTE, Dolores, “El derecho de familia y los paradigmas actuales: “efectividad”, “acceso a la justicia” y “desjudicialización”. APBA junio 2011 p. 639.

La norma no optó por una denominación técnica como la oportunamente elegida por la Ley 26.529 que refirió a “persona capaz mayor de edad” (art. 11) a la “voluntad suficiente” (art. 5) o la “capacidad de comprensión” (art. 3 en relación al consentimiento informado).

La ley de género no efectúa distinciones relativas a la situación psíquica o mental del peticionante. En este sentido la normativa presenta una mirada no discriminatoria *por razón de discapacidad*, acorde al paradigma legal y convencional vigente. (43) Así lo entendemos observando que cuando la ley quiso establecer una regulación diferenciada *en función de la situación de la persona* así lo hizo —caso de los menores de edad, arts. 5 y 11—, imponiendo incluso una modalidad de intervención que más adelante cuestionaremos.

En concreta relación a las peticiones de reasignación sexual mediante intervención quirúrgica, resulta plenamente aplicable la norma general sobre atención de la persona en el ámbito sanitario, Ley 26.529, que en lo que aquí interesa brinda pautas acordes a un concepto de *competencia* del paciente, respecto a su acceso a la información y al consentimiento informado, (44) así como disposi-

(43) Ley 26.378 “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Adla, LXVIII-C, 2240); ley 25.280 “Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” (Adla, LX-D, 4086), cuyo art. 2.a. dispone: “2. Discriminación contra las personas con discapacidad a. El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”

(44) Art. 3 “...entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.” Art. 4 “...En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”. El Anteproyecto de Código civil y Comercial dispone en su art. 59 último párrafo: “...Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento

ciones supletorias para los casos de pacientes con disfunción psíquica o limitación a la aptitud de consentir. Por su parte es de destacar el aporte que en este aspecto introduce la modificación de la Ley 26.529 a través de la sanción de la denominada “Ley de Muerte digna”, al agregar al art. 6 de la primera: “...En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.” La ideología de la norma posibilita la actuación y disposición de derechos personalísimos aún por las personas con disfunción psíquica, garantizando su mayor participación en el proceso de consentimiento informado hacia la toma de decisión.

4. La situación de niñas, niños y adolescentes en la legislación de identidad de género

Luego del enunciado general de su art. 1 que consagra el derecho de *toda persona* a la identidad de género, la ley distingue la condición de niños/as y adolescentes —menores de edad— en relación a dos cuestiones:

4.a. El acceso a la modificación registral de su identidad, sexo e imagen.

4.b. El sometimiento a intervención quirúrgica de readecuación sexual.

4.a. *Acceso a la modificación registral de identidad, sexo e imagen de N@A.*

Si bien en principio “*toda persona* puede solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.” (art. 3), es requisito para ello “acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.” (art. 4).

El artículo 5 dispone: “*Personas menores de edad.* Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° *deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor*, (45) teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de

acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. (46) Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes (47) resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.” (48)

Algunas cuestiones que nos suscita la norma.

En primer lugar, se señala que “la solicitud deberá ser efectuada *a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor*.”

En nuestro modo de ver, la redacción se aparta del principio constitucional de autonomía progresiva en

(46) Observamos que no se prevé la intervención del Ministerio Público —Asesor de Incapaces— la que operaría en nuestro entender aún en la esfera extrajudicial en virtud de lo dispuesto por el art. 59 del C.C. Por su parte cabría reflexionar cómo se implementaría el recurso al abogado del niño, no habiendo sido regulado en muchas provincias —vgr. Pcia. de Buenos Aires— la disponibilidad de esta figura en favor de las personas sin recursos.

(47) Si bien no aclara el Fuero, la competencia correspondería al de Familia. (arg. Art. 827 inc. p., x) CPCCBA.

(48) En el Proyecto de ley que lleva el n° de Expediente 1736-D-2009, el art. 7 establece: “Cuando se tratare de personas menores de 18 años, se contemplarán los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño según lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.” En el Proyecto con n° de Exp. 8126-D-2010 el art. 2 exige “Acreditar la edad mínima de 16 años de edad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 6 de la presente ley.” (Referido a la reasignación sexual, la que limita a partir de los 18 años). El proyecto Proyecto con n° de Exp. 7644-D-2010 en su art. 3 dice: “Con relación a los/as personas menores de dieciocho años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 2 deberá ser efectuada a través de sus representantes legales. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de ellos/as, se recurrirá a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes declaren la irracionalidad del disenso o suplan el consentimiento, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.”

puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente...”

(45) Subrayado propio.

el ejercicio de derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 5 CDN). (49)

El principio contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales. (50)

La autonomía progresiva se aparta del concepto de capacidad y se condice con la noción más empírica —de origen bioético— de competencia, conformada a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, racional, independientemente de la ubicación del niño conforme el concepto de capacidad civil de rígida determinación. (51)

El parámetro de competencia, independizado así de la capacidad de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aún cuando éste no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra. (52) El principio opera fundamentalmente en materia de ejercicio de derechos personalísimos. (53)

La posibilidad de niños/as y adolescentes de tomar decisión en materia de derechos fundamentales, se relaciona así con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar prudentemente en cada caso (conf. arts. 5 y 18 CDN., 19 inc a, 24 inc. b ley 26.061) (Adla, LXV-E, 4635). (54)

(49) La autonomía progresiva fue calificada por la ley 26.061 como integrante del “interés superior del niño” al establecer que debe respetarse: “su condición de sujeto de derecho ... edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.” (art. 3).

(50) Hablar de autonomía progresiva no importa referir a “derechos en expectativa”, sino a derechos efectivamente titularizados, cuyo ejercicio es lo que progresa proporcionalmente a la evolución de las facultades del niño. MINYERSKY, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño”. GROSMA, Cecilia; HERRERA, Marisa, comp. Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR. Lexis Nexis. p. 250 y ss.

(51) MINYERSKY Nelly, op. cit. p. 259.

(52) La condición de personas en desarrollo de los niños no justifica un sistema de cercenamiento sino de “reconocimiento” de la titularidad de derechos fundamentales, legitimándolos a su ejercicio. p. 255.

(53) OC 17 - CIDH.

(54) GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V.; HERRERA, M. Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Ediar, p. 453 y ss. La OC-17 de la CIDH ha establecido que se “...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda,

Corresponde entonces advertir en relación al artículo 5 de la ley de identidad de género, que el mismo no regula el cambio o reasignación genital quirúrgica sino la adecuación registral a la identidad —en su concepción amplia, estática y dinámica—. Constituyendo dicha identidad un derecho humano (art. 75 inc. 22 CN, arts. 7, 8, 9, CDN), en nuestro entender jugaría plenamente el principio de autonomía progresiva. Ello sin perjuicio de lo que también diremos en el siguiente punto en relación al ejercicio de los derechos relativos a la disposición del cuerpo.

Por lo demás, sabido es que los derechos fundamentales personalísimos no pueden ejercerse o subrogarse por representación legal: su actuación no cabe al representante; frente a ello, la autonomía progresiva resulta además *una herramienta de efectividad del derecho*, por cuanto ante la imposibilidad de subrogación por el representante legal posibilita su actuación por el niño/adolescente autónomo, sorteando el despropósito jurídico y axiológico de postergación del derecho hasta la mayor edad.

Desde otra perspectiva, la autonomía independiza la determinación del niño competente de la voluntad y/o decisión de sus representantes legales, preserva un “marco personalísimo” de titularidad del hijo, posibilitando su actuación acorde su edad y grado de desarrollo. (55)

De tal modo no resulta acorde en nuestro entender que la petición la *formule* el representante legal *con la conformidad del hijo menor*. El principio habrá de ser el inverso, sobretodo tratándose de adolescentes con competencia para la cuestión en análisis, operando el *consentimiento* de éste con el *asentimiento de sus progenitores*.

Pensamos que no resulta salvada la redacción adoptada por la norma, con la mención que de inmediato formula “teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061”; entendemos que tener en cuenta los principios de dicha normativa justamente no permitía la técnica legislativa empleada en la primera oración, que coloca la acción en cabeza del representante legal y con la mera conformidad del menor de edad. Justamente que la acción sea planteada “a través de los representantes legales” obvia abiertamente la condición de sujeto de derecho de N@A, contrariando los principios que a renglón seguido se piden observar (art. 3, 12 CDN, arts. 3 y concs. 26.061).

en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...”

(55) Ver en este sentido CCom San Isidro, sala 1, 07/04/2002, LA LEY, 2002-E, 324.

Resulta interesante tener en cuenta el modo en que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial (56) ha regulado la cuestión relativa a la “capacidad” de los menores de edad, excepcionando del principio general de representación legal “...la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 25). A su turno, como este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes, la norma prevé la facultad de adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada.

De tal modo pensamos que en caso de efectiva sanción del nuevo código cabrá compatibilizar esta norma de la ley de identidad de género con los principios del código civil.

Finalmente, si bien el art. 5 no lo aclara expresamente en su primer párrafo, de la redacción del último se advierte que se exige la decisión conforme de ambos representantes legales. Ello por cuanto allí se deriva la cuestión al ámbito judicial en caso de falta u oposición de alguno/s de los padres. En relación a la vía judicial prevista, resulta conteste con lo regulado en forma genérica por el art. 264 quater del C.C.

4.b. El sometimiento a la intervención quirúrgica de reasignación sexual.

Un conocido antecedente en esta materia tuvo lugar en la provincia de Córdoba, el resonado “caso Nati”. (57) En dicho precedente procedió la autoriza-

(56) Dec. 191/2011, Comisión integrada por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton y Ricardo Lorenzetti.

(57) Se trató allí la demanda interpuesta por los progenitores del hijo menor de edad (14 años), solicitando autorización judicial a los fines de la realización de una intervención quirúrgica de adecuación del sexo masculino al femenino y la correspondiente autorización al cambio de nombre. En su primera resolución el juez rechazó in limine la pretensión, fundado en la insuficiencia de la representación legal de los padres para peticionar en ejercicio de derechos personalísimos del hijo. Consideró que a los 14 años el hijo no tenía discernimiento suficiente para consentir esta práctica quirúrgica y que al ser su consentimiento insustituible y personalísimo, no podían tampoco materializarlo los padres, debiendo aguardarse a la mayoría de edad. El Superior Tribunal manda dar trámite al proceso. Tramitada la causa, el Juez resuelve finalmente autorizar la intervención quirúrgica feminizante de los órganos genitales, a partir del momento en que los profesionales de la salud que atiendan al menor lo consideren conveniente y así lo prescriban. En forma previa a la cirugía el médico o equipo médico que tenga a su cargo la práctica deberá requerir el otorgamiento por escrito del debido “consentimiento informado”, tanto del menor como de sus dos padres, el que deberá ser coincidente; impone a los padres del menor la obligación de supervisión o acompañamiento

judicial a los fines de posibilitar la readecuación sexual genital y consecuente posterior rectificación registral frente al pedido formulado por un menor de edad.

En punto a este tema, el art. 11 de la ley dispone, en lo que aquí nos interesa: “*Derecho al libre desarrollo personal*. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce...”

El principio legal, como vimos, es la desjudicialización de las cuestiones médicas atinentes a la prestación del consentimiento informado para la efectivización de las intervenciones médicas de reasignación. Sin embargo, este principio es aplicable en relación a los mayores de 18 años; los menores quedan excluidos conforme edicta el mismo art. 11 cit.

interdisciplinario por psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto anterior como posterior a la cirugía, y hasta la mayoría de edad de su hijo; la rectificación de la partida de nacimiento, a través de la anotación marginal respectiva, sustituyendo los prenombrados, así como la modificación del sexo “masculino” por “femenino” y la expedición de nuevo DNI. Juzgado de 1ª Instancia y 2ª Nominación en lo Civil y Comercial de Villa Dolores (Córdoba) - 21/09/2007 (sentencia firme).

La remisión que el art. 11 formula al art. 5 de la ley “para la obtención del consentimiento informado”, torna aplicables a este supuesto las mismas consideraciones que arriba formulamos en punto a la operatividad del principio de autonomía progresiva de N@A. Acorde la ley, también aquí la petición se formularía desde el representante legal.

Las cuestiones relativas a la salud involucran netos derechos personalísimos cuya regulación abandona el campo civil para ingresar al constitucional, (58) marcadamente independizado del régimen en materia de derechos patrimoniales.

Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que “la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad”. En relación al consentimiento informado, “debe ser requerido de toda persona que tenga aptitud mental” pero para determinarla no es posible aplicar la ley de los contratos, muy rígida para una cuestión que tiene consecuencias personales trascendentes; lo decisivo es la específica capacidad del menor en cada caso individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión. (59)

En esta área resulta necesario distinguir entre la *competencia* del paciente para someterse a un tratamiento médico, de su *capacidad* para la celebración del contrato médico; la primera confiere legitimación aún al menor de edad, la celebración del contrato en cambio atañe al representante legal.

Los conceptos bioéticos de autonomía y consentimiento informado en el ámbito sanitario a la hora de determinar la legitimación para la disposición de derechos fundamentales no se relacionan con la capacidad civil sino con la competencia descripta: se apunta al suficiente discernimiento para asimilar la información brindada y adoptar una decisión, evaluando alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos.

Si partimos del principio de igualdad y no discriminación en materia de derechos humanos, (60) la evaluación de las decisiones en materia de derechos personalísimos habrán de medirse por similares

principios cuando los derechos en debate son titularizados por niños y adolescentes. (61)

Fue en Inglaterra a partir del conocido caso “*Gillik*” (62) que se desarrolló la noción sintetizada en las referencias doctrinarias como “*Gillik competent*”, para hacer alusión a una categoría de niños que, sin contar con la edad que los ordenamientos establecen para prestar consentimiento válido en términos jurídicos generales, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. (63) En el derecho comparado se construye la doctrina de la *capacidad natural*, (64) que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud. (65) Así se incorpora el parámetro de “mayoría anticipada” para actos médicos. (66)

(61) Las atribuciones de los padres en ejercicio de la responsabilidad parental no pueden suprimir los derechos personalísimos de niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes. TSCABA 14/10/2003, LA LEY, 2004-B, 413.

(62) “*Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*” Corte de los Lores, Gran Bretaña, 1986; rechazando la oposición materna entendió que los menores de 16 años con madurez suficiente pueden pedir sin autorización de sus padres asesoramiento médico y dar su consentimiento para la realización de prácticas. El derecho de los padres a elegir un tratamiento médico para sus hijos concluye cuando éstos están en condiciones de comprender.

(63) GORVEIN, Nilda, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”. ED, 04/12/1995.

(64) Que describe el “suficiente juicio” para el acto de que se trata.

(65) ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Tecnos. Madrid, 2006. pp. 36-39. El Código civil español en su art. 162 exceptúa de la representación legal: “...los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...” La “Declaración de Ottawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica” (1998) establece que “...si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo.” (art. 10).

(66) En Inglaterra, el Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos médicos, quirúrgicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por sobre la de sus representantes; para el niño que no alcanzó dicha edad, se aplica la doctrina “*Gillick competent*”. En España, la Ley 41/2002 el consentimiento por representación no se requiere para los mayores de 16 años. En los Países Bajos se exige autorización paterna para los menores de 12 años, la actuación es conjunta entre los 12 y 16 y a partir de los 16 la actuación es exclusiva del joven. En Quebec el niño mayor de 14 años puede consentir por sí sólo cualquier tipo de intervención médica, salvo cuando la intervención

(58) GARCÍA GARNICA, “El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)”. RCyS, año 5, n° 2, La Ley, 2003, p. 1 y ss.

(59) KEMELMAJER DE CARDUCCI, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en La persona humana, Dir. Guillermo A. Borda, La Ley p. 256.

(60) FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil. Trotta, Madrid, 1999. p. 40.

La noción no es rígida, pues tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado; una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no otras, no siempre es necesario igual grado de comprensión. (67)

Otro caso paradigmático en la región latinoamericana fue resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, rechazando el pedido de una madre en representación de su hija de ocho años, a los fines de una intervención de reasignación sexual. (68) La Corte ordenó la constitución de un equipo interdisciplinario a quien correspondería determinar cuándo la niña gozaría de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado válido. (69)

Sin embargo, también expresó la Corte “si el menor tiene varios años, entonces ya ha adquirido un grado de autonomía, que merece una mayor protección constitucional, por lo cual, la legitimidad del consentimiento paterno sustituto se reduce considera-

puede implicar grave riesgo para la salud o traer consecuencias graves. FAMÁ, María Victoria. “El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental.” Kemelmajer de Carlucci, Aída, Dir.; Herrera, Marisa Coord. La familia en el nuevo derecho, Rubinzal Culzoni, p. 343 y ss. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, cit. p. 142. El “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (Convenio de Oviedo, Consejo de Europa, 4/4/1997) establece: art. 6. 2: “La opinión del menor será tomada en consideración como un factor...más determinante en función de su edad y su grado de madurez.”

(67) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho del niño...” cit. p. 117. Algunos ejemplos legislativos los hallamos en la ley 24.193 (Adla, XLIII-B, 1344) —valiosa previsión antes de la reforma de la ley 26.579 (Adla, LXX-A, 132)—; la ley 22.290, la ley nacional 25.673 Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable (Adla, LXII -C, 3375) y su decreto 1282/2003 que adopta la pauta de “evolución de sus facultades.”; “a su pedido y de acuerdo a su desarrollo”: La ley básica de Salud CABA n° 153, y su dec. 2316 establecen en el art. 4. 3: “Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formarse un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos.”

(68) Corte Constitucional de Colombia. Sent. 337/1999. Se detectó al nacimiento un pseudohermafroditismo masculino, recomendándose la readecuación genital.

(69) La edad de la niña marcaba una necesidad de mayor prudencia en la decisión que pudiera ser prematura.

blemente;...entre más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad....Lo cual explica que la Convención de los Derechos del Niño señala que el menor que ‘esté en condiciones de formarse un juicio propio’ tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y sus opiniones deberá ser tenidas en cuenta en función de su edad y madurez.

La Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales de la salud, en su art. 2° inc e. expresa en punto al principio de autonomía: “...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley n° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.”

Desde el momento en que se altera, define y redimensiona la identidad de un tercero —el hijo— la cuestión se ubica claramente fuera del ámbito de intimidad y autonomía familiar, marcando la necesidad de un auténtico protagonismo del afectado —el hijo menor de edad— como así también de un actuar estatal signado por la precaución y el respeto a los derechos fundamentales del involucrado.

Repasando el derecho regulado en el Anteproyecto de Código civil, edicta en su art. 26: “...Se presume que el adolescente entre Trece (13) y Dieciséis (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Observamos así que en la redacción proyectada, en la franja etárea transitada entre los 13 y 16 años, si bien el adolescente *no cuenta con competencia* a los fines de decidir autónomamente *cuando los actos comprometen su salud, resultan invasivos o ponen en riesgo su integridad*, el consentimiento debe prestarse *por el hijo con asistencia de sus progenitores*.

Por su parte, a partir de los 16 años, el adolescente *es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*.

Con lo cual nos mueve a la reflexión nuevamente la compatibilidad entre esta ley de identidad de género y la eventual reforma legislativa del Código Civil.

Recordamos lo dicho en punto a que nos encontramos nuevamente estamos ante derechos personalísimos, constitutivos de la dignidad de la persona, dignidad que no sufre discriminación por tratarse de menores de edad. (art. 2 CDN).

Resultan aplicables aquí las nociones relativas a la determinación de la autonomía progresiva; las que pueden resumirse en la pauta más rígida etárea y la más permeable o flexible de madurez o desarrollo suficiente.

Cabría por su parte reflexionar acerca del daño al proyecto de vida que puede implicar la negativa a la realización del proyecto autorreferencial del adolescente, por exclusivo fundamento tutelar basado en su edad.

Se ha opinado en este sentido que desde que la solicitud del cambio de sexo se inscribe en el concepto de autodeterminación del sujeto, los representantes legales no podrían decidir en contra de su voluntad o querer interno. Yendo aún más lejos, se postula la innecesariedad incluso de la autorización judicial, la que se señala de sesgo tutelar, contrario a los principios del moderno derecho de infancia. (70)

En sentido contrario se afirma que en el caso de un menor de edad es prudente que el Poder Judicial otorgue la autorización, por tratarse de cirugías de altísimo riesgo e irreversibles, y que comprometen la salud reproductiva. Debe efectuarse una prudente ponderación de los riesgos previsible al igual que de los beneficios esperables y otorgar la autorización cuando prevalezcan los beneficios esperables respecto de potenciales riesgos. (71)

Coincidimos con esta última valoración. Entendemos que en la materia actualizan las llamadas “decisiones de sustitución”, necesarias a los fines de medir la real competencia del sujeto para el acto médico que propone. Se actualiza aquí la noción de *paternalismo justificado* (72) considerando que se trata de una cuestión en la que el Estado sí debe injerir (arg. art. 16 CDN contrario sensu) a fin de

garantizar una verdadera tutela judicial efectiva en pro de los derechos del hijo menor de edad.

Ello no obsta a las críticas vertidas en punto al modo de regulación en relación al sujeto que consiente, debiendo ser en nuestra opinión, el menor de edad con competencia suficiente, acompañado o asistido del asentimiento de sus progenitores, siendo el primero el sujeto del reclamo o postulación sanitaria y judicial.

4.c. Una previsión actualizadora de la identidad social-construida.

Bajo el rótulo “*Trato digno*”, el art. 12 de la ley dispone: “Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, *en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado* en su documento nacional de identidad. *A su sólo requerimiento*, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.”

La norma es valiosa como mecanismo reconocedor de la identidad social construida por la persona —aún durante la menor edad— avalando la identificación con un determinado nombre.

El respeto al nombre importa el respeto a la identidad dinámica del niño, más allá de la identidad estática consignada en “los papeles”. (73)

Entendemos que con esta previsión se tutela el derecho a la identidad en su concepción más amplia, la dinámica, que da cuenta de las identificaciones e identidades sociales construidas y requiere que el sujeto sea representado fielmente en la proyección social. (74)

Del mismo modo la previsión actualiza los derechos —también constitucionales— de niños y adolescentes, a expresar su opinión libremente y a que ésta

(70) SOLARI, Néstor, “La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género” DFyP 2011 (noviembre), 209.

(71) MEDINA, op. cit.

(72) BELOFF, Mary, “La traducción latinoamericana de la Convención sobre derechos del niño” Flah, Lily dir. - Fodor; Del Arbol coord. Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Errepar, p. 17 y ss.

(73) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, p. 114 y ss. Cám. de Familia de 1ª nominación de Córdoba, 23/10/2002.

(74) Trib. Familia n° 1 de MDP, “P. L. c. L. H. s. filiación” 28/08/2008.

sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez (arts. 7, 8, 11 y 12 CDN, art. 75 inc. 22 C.N.). (75)

5. Conclusión

Tal como expresa Luigi Ferrajoli, en un estado constitucional de derecho existe asimetría entre igualdad y diferencia. Igualdad, como término normativo, expresa que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales, y que siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia, configura un término descriptivo que quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada por sus diferencias y que son justamente las diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en base al principio de igualdad. De esto se infiere que la igualdad jurídica implica la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes. (76)

(75) Estas situaciones resultan de ocurrencia habitual; así lo visualizamos en nuestra práctica diaria al frente del Ministerio de Incapaces, donde hemos podido asistir y elevar peticiones concretas de niños y adolescentes (art. 59 CC) que desean se respete su identificación en el ámbito escolar acorde al apellido que han “auto-adquirido” desde su identificación, vgr. en casos de adopciones —simples o plenas— o de adopciones integrativas, como también en supuestos de acciones de filiación.

(76) FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales-La Ley del más débil*, Trotta, 1999, Madrid, pp. 79/82.

Esta noción de diferencia debe ser considerada por la norma jurídica, a fin que la misma opere, en los casos en que así sea necesario, como mecanismo de nivelación en relación a aquellas personas ubicadas en situación de vulnerabilidad. Hacia este objetivo se direcciona la reciente ley de identidad de género, que resulta bienvenida en una sociedad pluralista y democrática.

La legislación visualiza a la persona desde su individualidad y desde su condición “humana”, cumpliendo con el recaudo de penetrar al núcleo o esencia de los derechos que se tutelan; es que “tener por norte el fin de cada derecho y de todos los derechos —lo que en definitiva es proteger al ser humano en orden a una vida digna— da por resultado derechos equilibrados sin innecesarios conflictos ni limitaciones entre sí.” (77)

No obstante, hemos dejado formulado nuestro reparo en torno al modo en que se reconoció la “diferencia natural” de la menor edad, aprehendiéndola en la norma jurídica con una distinción que se resuelve, en algunos puntos, con algún resabio paternalista.

Para cerrar este apartado recordamos las palabras de un profesor español: “el hombre no es su existencia, sino la existencia que es suya... en su virtud, el hombre puede modificar el ser suyo de la vida.” (78) ♦

(77) VIGO, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Depalma. p. 185.

(78) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*. Civitas, Madrid, 1986.

CIUDADANIA PLENA E IDENTIDAD DE GENERO

POR MARIO S. GERLERO

1. En lo que se refiere al campo jurídico, con la sanción de la ley 26.743 (Identidad de Género) se consolida la tendencia de transformación social, se robustece la construcción de una sociedad con igualdad en la diversidad. La ley 26.743 es garantía del fortalecimiento de la ciudadanía plena.

Las posibilidades reales de cambio en las estructuras socio-culturales, con el reconocimiento normativo formal de sujetos y situaciones olvidadas y silenciadas, producen una liberación y consolidación de hechos inéditos en la vida cotidiana y, por sobre todo, en materia jurídica.

El proceso de la expansión de la realidad diversa y el progresivo interculturalismo promovido por actores protagonistas del campo jurídico, social, cultural y político desarrolla la necesidad de fortalecer políticas de Estado con una marcada tendencia hacia un derecho inclusivo, igualitario en la diversidad. El reconocimiento formal de producciones simbólicas, culturales, económicas y sociales implica, entonces, la consolidación de la ciudadanía plena. Sólo faltaba la legitimación jurídica para registrar que la diversidad se ha constituido en el eje renovador y transformador del área jurídica-judicial.

Es necesario remarcarlo: el reconocimiento de realidades sociales que dan origen a una nueva legislación con vistas a la ciudadanía plena (inclusión y empoderamiento de vastos sectores de la sociedad silenciados) es, en definitiva, el procede de institucionalización formal para complementar, adecuar, actualizar y, tal vez, modificar el campo jurídico.

Como hemos expuesto en diferentes ocasiones: la centralidad que el campo jurídico le da a la igualdad en la diversidad implican: a) la afirmación de las identidades de cada sujeto, b) el reconocimiento del pluralismo social y cultural, c) las correspondientes

acciones y gestiones de las agencias y los Poderes del Estado referidas a la consolidación de la ciudadanía plena y d) la construcción y expansión de instituciones jurídicas que garantizan y legitiman la mencionada ciudadanía plena.

La ley 26.743 de Identidad de Género es una de las puertas de entrada hacia el futuro de consensos y de redefiniciones de la concepción de "Justicia"; esto implica, como solemos afirmar que ya no son suficientes figuras jurídicas elípticas para tratar la inclusión social y el empoderamiento, era necesario normas jurídicas específicas que integren a sectores excluidos, que consoliden y expandan la democratización de la sexualidad (entendida en términos de política de equidad de género y reconocimiento de la diversidad sexual y de la identidad de género), normas fundadas en los derechos humanos, en el respeto de las libertades individuales y en los valores de la aceptación de la diferencia."

2. La ley 26.743 limita —al hacer referencia a la identidad, libertad y diversidad— las arbitrariedades y las consecuencias del paradigma dominante "masculino-femenino" sustento en una suerte de combinación positivista y biologicista con raíces, muchas veces, en doctrinas religiosas.

Las personas tienen derecho a ser tratadas "de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificadas de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de los nombres, imagen y sexo con los que allí es registrada", puntualiza la norma. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmaco-

lógicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Se trata de un proceso de redefinición de los sujetos desde el descubrimiento de sus necesidades y el ansia de satisfacerlas; el sujeto necesita re-definirse, re-construirse desde su deseo y su percepción. Ningún actor en el campo social y jurídico debe olvidar que la identidad se define a través del “derecho a ser uno mismo y no otro” y que encuentra una fuente de legitimación en la de la integralidad de los derechos humanos, donde se destaca como principio orientador “la norma más favorable a la persona. Queda claro en el articulado de la mencionada Ley: “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

3. Cómo hemos afirmado al momento de revisar los antecedentes de la actual Ley 26.743 (de Identidad de Género) los ejes centrales son: a) no considerar a las identidades trans como una enfermedades o patología, b) promover el reconocimiento como un trámite administrativo expeditivo ante el registro civil, c) consolidar la institución de la no discriminación con base en principios y tratados internacionales y d) en el caso de las personas intersexuales rechazar a las terapias abusivas. Entre aportes significativos de los diferentes proyectos se destacan: a) asegurar el reconocimiento de la dignidad, la singularidad y del propio proyecto de vida de las personas, b) promover de diferentes maneras, el respeto, la protección, la atención y el ejercicio de los derechos humanos de las personas discriminadas por identidad de género, c) sensibilizar sobre el derecho a la no discriminación por razón de identidad de género, e) garantizar el derecho a la identidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que fueron inscriptas al nacer y e) regular el procedimiento para la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen una persona cuando dicha inscripción es contradictoria con su identidad de género. Con respecto al último ítem, y de acuerdo con las propuestas presentadas, el trámite de cambio de identidad se debe realizarse ante el Registro Nacional de las Personas mediante la solicitud del interesado (que no necesita someterse a diagnósticos médicos, psiquiátricos, ni a cirugía alguna) para rectificar el sexo que conllevará el cambio del nombre de pila e imagen propio de la persona. En la solicitud de rectificación registral de sexo deberá incluirse la elección del nuevo nombre propio. Para el ejercicio

del derecho se debe acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley (deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061) (Adla, LXV-E, 4635).

Es de destacar que se trata, en última instancia, del derecho de las personas a rectificar sus datos registrales; de este modo podrían así acceder a un Documento Nacional de Identidad que refleje su nombre e identidad de género con el cual se identifica como sujeto mediante un procedimiento rápido y sencillo, sin pasar por una instancia judicial. Uno de los motivos de la identificar la presente Ley con la ciudadanía plena radica en terminar con personas cuyos documentos de identidad no se identifiquen con su identidad de género. Además del daño moral que esto ocasiona, impide muchas veces acceder al sistema de salud, expulsa del sistema educativo, imposibilita conseguir trabajo o tener aportes jubilatorios u obra social, firmar contratos. Entonces en cuanto a los efectos “la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s”. Continúa el articulado: “la rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción. En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.”

4. El derecho a la identidad tiene una directa e indisoluble vinculación con el derecho a no ser discriminado, a la salud, a la intimidad y al proyecto de vida y se constituye como un concepto genérico que enlaza otros derechos que protegen diversos aspectos de la persona que se encuentran especificados en la Constitución Nacional Argentina, en diferentes tratados y principios internacionales e incluso en avances desde fallos de la Justicia.

Cuando una persona, en su intimidad, opta por una identidad en la construcción de su biografía está esperando que las instituciones jurídicas y las

agencias del Estado se lo garanticen. La “identidad de género” es esencial: constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad.

Por lo tanto la necesaria politización del género y la sexualidad persiguen como fin el garantizar el respeto, la aceptación, la inclusión jurídica y judicial de la vida íntima libremente elegida con proyección el espacio público y político. El principal objetivo es la consagración y la efectividad de la igualdad de derechos que implican no sólo derechos colectivos sino un profundo y serio replanteo del tipo de ciudadanía: el de seguir manteniendo en las sombras, en la periferia a vastos sectores de la población o empoderar, incluir, aceptar a todos los actores como iguales en su diversidad.

Es necesario insistir en el profundo aporte de la ley 26.743 de Identidad de Género: la articulación jurídica de las demandas en torno a los derechos y las ciudadanías son producto de manifestaciones de la realidad del país y obedecen a las prácticas de

los sujetos que buscaron, con muy merecido éxito, el posicionarse como ciudadanos en una sociedad que los segregó.

Como ya se viene afirmando: “desde una estructura social fragmentada con notorias muestras cotidianas de homofobia, lesbofobia, transfobia (desde el silencio, la burla pasando por pérdida de trabajo hasta diferentes situaciones de violencia) se va a poder visualizar el grado de efectividad de la actual normativa jurídica inclusiva en la búsqueda y necesaria transformación socio-cultural”.

El problema, ahora, no es la sexualidad, la identidad o el cuerpo; ya se cuenta con legislación. Tal vez lo más complejo para trabajar serán los muros entre los cuerpos, las sexualidades y las identidades; el problema que se avizora es el poder de policía del discurso, el poder preformativo de la mirada del amo, el poder de patrulla de las ciencias y la política sobre los cuerpos en lo cotidiano. Guste o no este será un nuevo paso en la consolidación de la vigente ciudadanía plena. ♦

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION Y LEY DE IDENTIDAD DE GENERO

POR ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la identidad de género y no discriminación: contenido constitucional e iusfundamental. III. Requisitos de ejercicio, trámite y efectos. IV. Trato digno, género y discriminación. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La reciente sanción de la ley de identidad de género (1) (ley 26.743) es un claro ejemplo de la determinación de un derecho fundamental, mediante una garantía primaria de alcance general, que tiene como sustento básico el derecho a la no discriminación cumpliendo el rol de norma de cierre del Estado constitucional de derecho argentino.

El objeto del presente comentario es analizar los alcances sustantivos e instrumentales de la ley sancionada, intentando despejar toda clase de interrogantes que puedan ser usados como obstáculos encubiertos por las autoridades que deben concretar el nuevo orden simbólico instituido como una ruptura fundacional respecto de aquello que se entiende por identidad. Es que hasta este momento mediante la utilización de cierta clase de discurso jurídico se había impuesto performativamente la binariedad heterosexual como la única alternativa posible (en términos de ejercicio de los derechos consagrados

en la regla de reconocimiento constitucional argentina). (2)

II. Derecho a la identidad de género y no discriminación: contenido constitucional e iusfundamental

2. El art. 1° establece como contenido constitucional e iusfundamental el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado y los particulares que se proyecta en el libre desarrollo de las personas conforme a su construcción biográfica, y le impone a los sujetos pasivos la obligación de tratarlas de acuerdo con la identidad autopercebida y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

3. El pleno del derecho a la identidad de género no implica *a priori* ninguna situación de colisión con otros derechos y se vincula directamente con la protección que emerge de las categorías interdictorias previstas por el derecho a la no discriminación.

El tránsito del falso universalismo establecido por el clásico principio de igualdad hacia el derecho a la

(1) Ver GERLERO, Mario, "Consideraciones sobre los proyectos de identidad de género", La Ley Suplemento de Actualidad, 8 de septiembre de 2011, Gil Domínguez, Andrés, "Con derecho a la identidad de género", Diario Clarín, 6 de diciembre de 2011 y Medina, Graciela, "Ley de identidad de género aspectos relevantes", La Ley 1 de febrero de 2012.

(2) Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional", LLBA, 1999-1104.

no discriminación (como fundamento último de todo el ordenamiento nacional e internacional) implicó un cambio normativo y simbólico muy especial. En términos normativos, se reconocen las diferencias descriptivas para igualarlas en términos de ejercicio de derechos; en otras palabras, cada persona puede construir su plan de vida como le plazca (en la medida que no se verifique una situación de colisión con otros derechos) en el marco de una sociedad pluralista, y desde estas diferencias descriptivas al titularizar los mismos derechos que todas las personas en calidad y cantidad por el solo hecho de ser persona, puede ejercer los mismos derechos (en este caso la identidad) en forma igualitaria debido a la universalidad de los mismos. En términos simbólicos, porque el distinto descriptivo no está más sólo ante cierto discurso jurídico que sigue intentando justificar la negación de los derechos como una suerte de restauración de un cierto orden natural objetivo basado en un monismo moral biologicista y heterosexual. En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva n° 18 (OC-18/03) sostuvo que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens* puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden nacional e internacional y es un principio fundamental que resignifica a todo el ordenamiento jurídico. (3) En idéntico sentido, se expresó la Corte Suprema de Justicia en el caso “Álvarez c. Cencosud”. (4)

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estableció en la Observación General n° 21 que uno de los motivos de discriminación prohibidos englobados en el signifiante “otra condición social” (que opera como fórmula flexible, abierta y receptiva de distintas formas de trato diferencial que no puedan justificarse razonable y objetivamente y tengan un carácter comparable a las categorías interdictorias expresamente reconocidas) es la orientación sexual y la identidad de género, de forma tal, que los Estados deben garantizar que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo que le impida ejercer sus derechos. Dicha tipología encuentra su fundamento en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. (5)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Ríffo y Niñas vs. Chile” (6) estableció

(3) Punto 101.

(4) CSJN Fallos 333:2306.

(5) Puntos 27 y 32.

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de febrero de 2012. Ver KEMELMAJER DE

que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que por ello está proscripita toda norma, decisión o práctica de derecho interno de autoridades públicas o particulares que puedan disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (7) También sostuvo que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales, no puede ser considerado como un argumento válido, para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. (8) Por último, expresó que un derecho que está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana. El instrumento internacional proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. (9)

La Corte Suprema de Justicia en la causa “Asociación Lucha por la Identidad Transvesti-Transexual c / Inspección General de Justicia” (10) sostuvo que el bien común “no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc...” (11) También afirmó “Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condicio-

CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, “Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual”, LA LEY, 29 de marzo de 2012.

(7) Considerando 91.

(8) Considerando 92.

(9) Considerando 93.

(10) CSJN Fallos 329:5266.

(11) Considerando 14.

nes de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo". (12)

Toda persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es, a ser "él" (como "yo") y no "otro". La identidad reconoce dos vertientes: a. una estática, inmodificable o con tendencia a no variar y b. otra dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). La identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. (13) La identidad puede ser, o un punto de llegada, o un ejercicio de apertura constante, una reinvencción permanente. (14)

Tal como lo afirma Gerlero (15) la identidad de género se presenta como la continuidad o paso posterior de los necesarios estudios sobre la igualdad o equidad de género (aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres que sean valoradas y favorecidas de la misma manera). El género implica dispositivos de una reglamentación cultural (ficción que se repiten con el tiempo) de acuerdos tácitos legitimados por sectores médicos, religiosos y jurídicos, construcciones culturales orientadoras con visos de "necesario" y "natural" por los cuales las personas tratan de adecuarse a un estándar común de masculinidad y feminidad. De esta manera, se busca hacer prevalecer la construcción de lo humano (el deseo de la persona, sus necesidades, el ubicarse como individuo único) que radica en la percepción que el sujeto tiene de sí mismo a las formas como una búsqueda voluntaria y deseada en donde se hace presente la adaptación del sexo y de "toda la humanidad" del sujeto al arbitrio de sus percepciones. Cada persona se percibe a sí mismo como un hombre, una mujer, o de otra manera menos convencional poniendo un límite al criminalizante paradigma dominante de la sexualidad normalizante (binarismo varón-mujer) optando por la libertad y

la igualdad en el reconocimiento de la diversidad y el pluralismo.

La ley de identidad de género se presenta como una garantía primaria y general que instrumentaliza, en pos de evitar toda clase de discriminación de grupos históricamente invisibilizados por un discurso jurídico hegemónico sostenido por la binariedad heterosexual, un derecho fundamental y un derecho humano que titulariza cualquier persona por el sólo hecho de ser persona, y que no encuentra ningún límite proporcional — en términos de racionalidad argumental — mediante el cual se pueda justificar la negación de su pleno ejercicio. Por dicho motivo, posibilita que las diferencias emergentes en lo atinente a la construcción de cada plan de vida no sea motivo de un tratamiento desigualitario respecto del ejercicio de los derechos que todos/as titularizan por el sólo hecho de su humanidad. Es que de lo contrario, en último instancia, existe una perversa negativa de la condición humana de aquellos/as que no son percibidos por una normatividad que supuestamente es para todos pero queda reservada a unos pocos.

El derecho a la no discriminación con motivo de la identidad de género, encuentra en el art. 13 de la ley de identidad de género, una norma de cierre basada en el principio *pro homine* cuando expresa que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, como así también, que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

3. Tal como lo establece el art. 2, la identidad de género se define como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (incluyendo la vivencia personal del cuerpo).

Siendo el sexo aquello que biológicamente portamos desde el nacimiento, el género es la construcción social de lo que somos en términos de plan de vida o de autobiografía. Así como es posible que el sexo masculino o femenino se proyecte en sintonía con la construcción social de hombre o mujer; también es viable que no exista una relación simétrica entre sexo y construcción social del género que se habita por elección autorreferencial. Allí radica justamente el respeto por la igualdad de las diferencias.

La biología configura un hecho no elegido sino dado, el género se construye sobre la base de nuestro deseo espejado en la mirada de los Otros que se

(12) Considerando 17.

(13) Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo", Revista Jurídica del Perú año XLVIII n° 16 julio-septiembre 1998.

(14) Ver SZTAJNSZRAJBER, Darío, "Bienvenida la ley de identidad de género", Diario Clarín, 12 de mayo de 2012.

(15) Ver op. cit. 1.

proyecta sobre nuestra constitución subjetiva. Las personas se sostienen en el lenguaje que la ley provee y en el cual habitan.

En un ser humano los deseos pierden amarra en la biología y se vuelven operativos en la medida que se inscriben en el horizonte del ser sostenido por el lenguaje. Cuando opera una ruptura en dicho sentido, el sujeto se ubica en la dimensión de “entre dos muertes” tal como se encontraba la posición subjetiva Antígona luego de ser excluida de la *polis* por Creonte. (16)

Si es importante el nombre que nos espera desde antes de nacer para marcarnos en un cierto linaje, cuanto más trascendental es poder elegir el nombre mediante el cual queremos desarrollar la vida en condiciones intersubjetivas igualitarias.

Encerrar a las personas en el sarcófago de la biología, sin importar el género que se elige como parte de un orden simbólico que posibilita ejercer el derecho a la identidad, confluye en una vida indigna donde la “muerte simbólica” sobrevuela la angustia discriminadora cotidiana.

El intento biologicista de imponer una moral sexual única, implica la presencia de un Otro que se proyecta sobre lo más íntimo, desde el lugar donde lo más exterior llega hasta lo central. El Estado constitucional de derecho con la garantía del pluralismo como fin último, intenta tutelar la extimidad de las personas respecto de su sexualidad, evitando justamente que la expresión del goce pueda verse cercenada por un odio que se encubre en los pliegues de un discurso replicado al infinito con ánimo de producir los efectos que nombra en torno a una construcción binaria (hombre/mujer) que no puede ser cuestionada bajo ningún punto de vista.

La ley de identidad de género pone en funcionamiento un discurso jurídico comprensivo del género en términos de instauración normativa, que configura a los titulares de este derecho como un sujeto no predeterminado por la performatividad del discurso que no tiene porqué someterse a una operación quirúrgica contraria a su deseo o a producir determinada prueba judicial para estar contenido en los márgenes de la Constitución y la Ley.

Si realmente toda persona tiene derecho a su identidad de género, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es y no un “otro impuesto”, los representantes del Pueblo lograron operar una rearticulación esencial del estatus social y simbólico existente basado en la formalidad biológica, median-

te un nuevo significante primordial que postula la dignidad universal de las personas bajo la mirada de la igualdad, la prohibición de discriminación y el pluralismo. En otras palabras, lograron desde la normatividad establecer un nuevo “orden socio-simbólico” fundado en el sistema de derechos del paradigma constitucional vigente.

Siendo el pluralismo y la tolerancia los basamentos del Estado constitucional de derecho, el camino de la determinación de lo normativo —ante situaciones que esperan ser incluidas dentro del espacio de un derecho fundamental y un derecho humano— contempla todas las opciones posibles que convergen en una sociedad de no discriminados desde la visibilidad de su existencia tal como ha sido resuelta. El discurso jurídico como instrumento que opera más allá de lo normativo no es valioso ni disvalioso en sí mismo. Hay que analizar cada tramo de su apetencia desde los márgenes de su presencia, para observar si los “presupuestos inconscientes” están afincados en el pensamiento único, o bien, en la diversidad que postula el Estado constitucional de derecho a partir de la custodia de la subjetividad construida desde los confines de lo que alguna vez fue aceptado como presupuesto fundacional de una sociedad.

Garantizar la identidad de género no implica una interpelación a la sociedad desde los márgenes de una normatividad que impone una moral sexual basada en un supuesta normalidad heterosexual monogámica sino que, desde el pacto fundante de la convivencia pacífica heterogénea que emana de una Constitución, el ejercicio de los derechos posibilita cuestionar los prejuicios ocultos de una sociedad que estaba habituada a escuchar sus argumentos discriminatorios en un envoltorio propicio como lo es el discurso jurídico. No hay más marginalidad discursiva para desenmascarar a una estructura performativa desde los márgenes de la “otra escena”, sino una interpelación directa al discurso jurídico formalizado por una sociedad que se fustiga ruidosamente por su hipocresía, habla con prolijidad su propio silencio, se encarniza en detallar lo que no dice, denuncia a los poderes que ejerce y promete liberarse de las leyes que la han hecho funcionar. (17)

3.1 Como valiosos antecedentes jurisprudenciales que fueron grandes impulsores de la sanción de la ley se destacan los fallos dictados por la magistrada del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Elena Liberatori de

(16) Ver ŽIŽEK, Slavoj, *El espinoso sujeto*. El centro ausente de la ontología política, p. VIII, Paidós, Buenos Aires, 2011.

(17) Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional de derecho, identidad de género, performatividad del discurso jurídico y extimidad del sujeto”, *Ley de Identidad de Género*, Federación Argentina LGTB y ATTIA, agosto de 2011.

Aramburu y por el magistrado del mismo fuero Guillermo Scheibler, en los casos “*Trinidad Florenciac. GCBA sobre medida cautelar*” (18) y “*S.D.A.c.GCBAs. amparo*”, (19) los cuales oportunamente resolvieron ordenar que se modificara en los Registros pertinentes el nombre y el sexo de las actoras según su libre elección dejando aclarado que dicho acto no alteraba la titularidad de los derechos y obligaciones que les pudieren corresponder con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Del fallo de la jueza Liberatori de Aramburu se destacan las siguientes líneas argumentales:

* La imposibilidad de acceder a un nombre que refleje la identidad de la persona, implica una grave violación de derechos estrechamente vinculados con la dignidad propia del ser humano, más allá de su sexo, género u orientación sexual.

* El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, lo cual garantiza el derecho de ser diferente e implica una clara interdicción de la discriminación.

* En el Congreso de la Nación se presentó un proyecto de ley que pretende garantizar el derecho a la identidad de personas que desde hace años vienen reclamando poder tener nombre y documentación que las/los identifiquen ajustándose a su real identidad de género y no a lo que fuera su sexo biológico de nacimiento.

De la decisión jurisdiccional del juez Scheibler se destacan las siguientes líneas argumentales:

* La modificación del nombre debe ser dispuesta por resolución judicial ante la presencia de “justos motivos” invocados por la persona, siempre y cuando, no derive en una grave afectación del interés colectivo. Y dentro de dicha categoría de encuentran aquellas situaciones que repulsan las creencias más íntimas del peticionante.

* Es necesario distinguir entre los conceptos de sexo y género. Mientras que el primero se limita a reconocer las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, el segundo resulta mucho más abarcativo, en tanto comprende también, el aspecto social de la diferencia entre unos y otros. Esto es, se entiende por “género” al conjunto de pautas culturales y sociales que se utilizan para distinguir las actitudes o conductas que socialmente se consideran “masculinas” o “femeninas”.

* La identidad de género se trata de un concepto con amplia aceptación en el marco de los organismos internacionales, en los que incluso nuestro país ha manifestado su preocupación por las violaciones de derechos humanos basadas en discriminación por dicho motivo.

* Frente a las situaciones que innegablemente no se amoldan a las categorías que hasta la fecha resultan hegemónicamente reconocidas por el derecho existen dos opciones. Forzar la realidad para hacerla coincidir con nuestras construcciones culturales o reconocerla, hacerla visible e intentar remover los obstáculos para el pleno desarrollo de las personas involucradas.

* Lo distinto ante la categoría sexual binaria impuesta como una construcción social inmutable no constituyen “perversiones”, “desviaciones”, “sujetos sexualmente inclasificables” o “errores de la naturaleza”, como frecuentemente se los ha descripto desde visiones que no logran desprenderse de la noción que asimila al estereotipo dominante como parámetro de lo “deseable”, “bueno”, “sano” o “normal”. Se trata, ni más ni menos, que de manifestaciones minoritarias que no hacen sino enriquecer la fantástica pluralidad del género humano, y que —ante su diferencia frente a lo social e institucionalmente “aceptado” en la materia—, se ven expuestas a numerosas situaciones de discriminación o padecimiento personal, que el derecho puede y debe contribuir a superar.

* La identidad sexual de las personas excede ampliamente lo biológico, por ende no parecería apropiado condicionar una solicitud de cambio de sexo registral a la realización de una intervención quirúrgica en tanto ésta no hubiera sido expresamente solicitada. Supeditar la aceptación del pedido de una persona al sometimiento a una operación no deseada de ese tipo, implicaría en los hechos colocarla en la paradójica disyuntiva de someterse a una mutilación física —que conlleva ni más ni menos que la esterilización— para poder lograr reparar la mutilación institucional o jurídica que importa la identificación estatal con una identidad de género diversa a la que posee. El ejercicio de este tipo de conductas por parte del Estado se encuentra vedado en nuestro ordenamiento jurídico (al menos desde 1813).

* El motivo esgrimido por la persona para acceder a la modificación del nombre y rectificación del sexo registral se vincula con aspectos de su más profunda intimidad. No resultan pertinentes pericias o exámenes, en tanto su realización no sólo no resulta necesaria, sino que constituiría una instancia indebida de escrutinio estatal de aspectos privados de su personalidad. Basta su sola manifestación de los hechos invocados y la constatación —a través

(18) La sentencia fue dictada el día 19 de diciembre de 2010.

(19) La sentencia fue dictada el día 29 de diciembre de 2010.

de medios de prueba que no impliquen un avance invasivo innecesario sobre su pudor— de los aspectos objetivos de la cuestión. De idéntica manera, resultaría a todas luces intolerable la realización de una “pericia” o “estudio” respecto de los sentimientos o prácticas religiosas de un peticionante, o bien, la investigación en torno a las creencias ideológicas de quien se siente violentado por el nombre que le ha sido impuesto.

* El hecho de no poder contar con la debida documentación que acredite la identidad de género irroga múltiples inconvenientes que convierten situaciones normales en una fuente de afrentas y humillaciones, que redundan en la privación del normal ejercicio de diversos derechos (de contratar, de votar, de trabajar, de acceder a servicios de salud, etc.) e implican una violación del derecho a la no discriminación por razón o motivo de género.

4. También el art. 2 explicita que la identidad de género puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido, y que también el género incluye otras expresiones como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Existiendo una construcción social biográfica del género libremente escogida, ni el Estado ni los particulares pueden interferir respecto del medio que cada persona escoja para expresarlo, la cual puede optar por senderos farmacológicos, quirúrgicos o de cualquier otra índole sin interdicción alguna o bien expresarse a través de la vestimenta, la forma de hablar o los modales que significan su constitución subjetiva. Vivir el género percibido y construido puede adoptar las formas que cada persona desee en torno a su goce.

Quedan descartadas de plano las posturas, (20) que alejadas de la ética psicoanalítica, sostenían que los transexuales —y en menor medida las travestis—, por el sólo hecho de serlo, son sujetos que adolecen de una patología psíquica estructural —la “psicosis o paranoia” — y que esto les “impide asumir la diferenciación sexual. Y esa inaccesibilidad psíquica a la diferencia retornaba con una falsa convicción de pertenecer a otro sexo”. (21) La no inclusión en el campo de lo neurótico (como punto de referencia obligado de “lo sano”) no converge necesaria y automáticamente en formas psicóticas. Por el contrario, aún fuera de un simplista esquema que postule a lo neurótico como el único ámbito que lo normativo pueda resguardar

en la protección de la autodeterminación, el deseo de habitar un sexo distinto al recibido en origen, puede desembocar en una configuración subjetiva que vincule e integre al transexual a la sociedad. Un transexual puede arribar a la psicosis como cualquier otro sujeto que estructuralmente esté en condiciones de hacerlo, pero no por el hecho de ser transexual, sino porque más allá de ello, la impronta del deseo de un Otro —difusamente creado— le impide configurarse autónomamente. En este punto, no es posible sostener —desde un absoluto psicoanalítico— que el transexualismo es condición inescindible de la psicosis como patología excluyente de la capacidad de discernir. (22)

En sintonía con lo expuesto, el art. 11 establece que todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad expresando su consentimiento informado podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial.

En tanto los niños, niñas y adolescentes deberán expresar su consentimiento informado a través de sus representantes legales y dando expresa conformidad, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061, como ahí también, contando con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del niño, niña adolescente, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 (art. 5). En el supuesto de intervenciones quirúrgicas totales o parciales se deberá contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; teniendo la autoridad judicial que expedirse

(20) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, *Homosexualidad y transexualismo*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

(21) *Ibíd.*, p. 51.

(22) Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, p. 190, Ediar, Buenos Aires, 2011.

en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Las postulaciones patológicas también se desvirtúan en términos de ejercicio de derechos, cuando el art. 11 establece que los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce y que dichas prestaciones de salud quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

5. Desde una perspectiva en donde converge el Estado constitucional de derecho y la teoría psicoanalítica, (23) Braunstein (24) sostiene que Lacan aportó conceptos que pueden servir de base para una teoría no recuperable por el discurso oficial. Concretamente, la promoción del concepto de goce al lugar central de la reflexión analítica (esto es, el goce como polo opuesto al deseo que genera un espacio donde se juega la totalidad de la experiencia subjetiva). De allí, que la formulación de Lacan de uno de los principios centrales del psicoanálisis “no hay relación sexual”, puede ser definido como la base de cualquier teoría *queer*; por cuanto implica que no hay ninguna relación normal o natural entre los sexos, sus goces no son complementarios y el único acuerdo posible entre ellos empieza a partir del reconocimiento de la heterogeneidad que no es biológica ni cultural.

Para Freud el síntoma es dolor, pena, sufrimiento y agrega que es una satisfacción, por cuanto evita un dolor más grande: uno sufre con poco para no sufrir de algo que es un dolor mayor. Para Lacan el goce es una moneda que tiene dos caras (la del dolor y la de la satisfacción) por ende el goce es tanto satisfacción como dolor. El goce no se asemeja al goce sexual sino que va más allá de la idea de dicho goce, manifestándose como esa mezcla de dolor y satisfacción, que en el síntoma conlleva un goce parcial sustitutivo de otro goce mayor que el sujeto evita con el síntoma. De allí que “no hay relación sexual”, define y sitúa este espacio de un goce mayor, que los seres hablantes evitamos como lugar al que no podemos ni queremos entrar y que conforma el lugar del sexo como innombrable. Este lugar, que no se refiere al goce genital, es el punto donde el psicoanálisis no puede enunciar “esto es un hombre, esto es una mujer”, por cuanto el sexo carece de nombre. Esto no supone que el psicoanálisis no reconozca la diferencia anatómica entre un hombre y una mujer, sino que desde el

punto de vista del goce, no se puede saber si éste es un hombre que goza o ésta es una mujer que goza. Sostener que el goce no tiene sexo definido se puede expresar mediante una fórmula más rigurosa: el goce no tiene ningún significante que lo signifique con lo cual no hay un nombre para determinar que “éste es el goce del hombre” o “éste es el goce de la mujer”. De allí que cuando Lacan propuso la fórmula “no hay relación sexual”, en un principio se pensó que no había relación sexual entre el hombre y la mujer, cuando en realidad quiso decir que no hay relación simbólica entre un significante del goce masculino y un significante del goce femenino: no hay significantes de los goces de uno y de otro, el goce es un lugar que no tiene significantes, que no existe marca que los defina. (25)

6. Si el discurso social es todo lo que se dice y se escribe en una sociedad, todo lo que se imprime, todo lo que se habla públicamente o se representa en los medios electrónicos, o bien, se refiere a los sistemas genéricos, los repertorios tópicos, las reglas de encadenamiento de enunciados que en una sociedad organizan los decible —lo narrable y opinable— y aseguran la división del trabajo discursivo, (26) el discurso jurídico configura una representación sofisticada del discurso social debido a la fuerza instauradora (27) que impone respecto de la subjetividad.

El discurso jurídico como discurso social se estructura como una cadena de significantes que se significan en la alteridad con el otro. Por ende, la constitución subjetiva de las personas sufre una suerte de amputación simbólica cuando se impide que el significante Uno —como lugar que es ocupado sucesivamente por acontecimientos cuya realidad es diferente y al habitarlos éstos se identifican con el Uno— no sea representado por un texto normativo abierto a partir del cual se interactúa con el Otro y con los otros. Si lo dado se impone sin más a lo construido, el derecho se presenta como una forma oculta de un ente que todo lo sabe y todo lo puede en torno a la constitución subjetiva de las personas, impidiéndoles a éstas hacer su propio recorrido en torno al goce.

La performatividad entendida como una práctica reiterativa y referencial mediante la cual el discurso produce los efectos que nombra, se proyecta a las

(25) Ver NACIO, Juan David, *El magnífico niño del psicoanálisis. El concepto de sujeto y objeto en la teoría de Jacques Lacan*, pp. 19, Gedisa, Buenos Aires, 2007.

(26) Ver ANGENOT, Marc, *El discurso social. Los límites históricos de lo pensable y lo decible*, p. 21, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010.

(27) Ver DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Tecnos, Madrid, 2002.

(23) *Ibidem*.

(24) Ver BRAUNSTEIN, Néstor, *El goce. Un concepto lacaniano*, p. 168, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006.

normas reguladoras del sexo, de forma tal, que éstas obran performativamente para constituir la materialidad de los cuerpos en torno a la diferencia sexual en aras de consolidarla. (28) De esta manera, el género como construcción no tendrá lugar ni razón, por cuanto el sexo es un dato corporal indiscutible que gobierna la materialización de los cuerpos respecto de la regulación de las prácticas identificatorias, generando como consecuencia ineludible la exclusión automática del sexo ilegítimo. (29)

El discurso jurídico del Estado constitucional de derecho ofrece como principal elemento estructural una permanente deconstrucción de la performatividad heteronormativa; pero no lo hace como un retorno perturbador o una oposición imaginaria que produce una falla en la aplicación de la ley inevitable (30) sino como un aspecto central mediante el cual se garantiza el pluralismo moral (significado por el derecho a la no discriminación).

El intento de imponer una moral sexual única, implica la presencia de un Otro que se proyecta sobre lo más íntimo, desde el lugar donde lo más exterior llega hasta lo central. Esta postura no sólo implica un desprecio por lo diferente en términos de sexualidad, sino que se presenta como un odio al goce del Otro, porque se relega especialmente la manera particular en que el Otro goza. En este plano, la tolerancia se ubica en relación al goce del Otro, en la medida en que es esencialmente aquel que me sustrae el mío, por cuanto si el Otro está en mi interior en posición de extimidad representa también mi propio odio. El Estado constitucional de derecho con la garantía del pluralismo como fin último, intenta tutelar la extimidad de las personas respecto de su sexualidad, evitando justamente que la expresión del goce pueda verse cercenada por un odio que busca encubrirse en los pliegues del discurso jurídico. (31)

La definición conceptual de género implica apelar a una performatividad distinta en donde las biografías de las personas se construyen desde una reiteración que no viene impuesta desde una afuera sino que se articula desde la constitución subjetiva de las personas. Por dicho motivo, el art. 4° in fine establece claramente que *“en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico”*.

III. Requisitos de ejercicio, trámite y efectos

7. La forma de ejercer el derecho a la identidad de género presenta una contingencia subjetiva insusceptible de ser revisada, intervenida, interdictada por el Estado o por los particulares, por cuanto según lo establece el art. 3, toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida. Por lo tanto, la única condición de ejercicio de este derecho es acreditar la voluntad de género autopercebido.

8. Según lo dispone el art. 4, los requisitos que deben cumplirse para solicitar la rectificación registral del sexo o el cambio de nombre de pila o la imagen son los siguientes:

* Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad.

* Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la ley de identidad de género requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.

* Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

* No se puede exigir la acreditación de intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni se debe acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes se establecieron requisitos diferenciados que fueron explicitados en el punto 4.

El trámite es simple y sencillo, el/la oficial público solamente podrá verificar el cumplimiento de los requisitos formales, y una vez constatados sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, deberá notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila sin que se pueda hacer ninguna clase de referencia a la ley de identidad de género en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma. El trámite de rectificación registral es gratuito, personal y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado (art. 6). El/la oficial público no podrá realizar ninguna clase de control sustancial, añadir alguna clase de requisito formal no estipula-

(28) Ver BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, p. 18, Paidós, Buenos Aires, 2008.

(29) *Ibíd.*, p. 38.

(30) *Ibíd.*, p. 49.

(31) *Ibíd.*

do, aplicar la ley de procedimiento administrativo o invocar la objeción de conciencia en desmedro del derecho a la identidad de género.

La ley posibilita la utilización de este procedimiento abreviado de rectificación registral una sola vez, y a la vez establece, que las personas que deseen realizar una nueva rectificación tienen la obligación de someterse a un proceso judicial y a obtener una expresa autorización judicial (art. 8).

También es muy importante la garantía de la confidencialidad que tiene por objeto evitar que el género “dejado atrás” no sea utilizado nuevamente como un ariete discriminador en términos fácticos y simbólicos, por ello: a. solo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada; b. no se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos y c. se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248 (Adla, XXIX-B, 1420) (32) (art. 9).

La derogación implícita del art. 17 de la Ley 18.248 en los supuestos de ejercicio del derecho a la identidad de género, obliga a repensar los efectos de la inscripción del nombre como parte de la construcción biográfica autopercebida, no sólo en torno del universo de la diversidad sino desde una perspectiva ampliada por la interpretación *pro homine*. Si una persona heterosexual tiene un nombre que junto a su apellido (como por ejemplo sucedió con el caso de la persona Jorge Rafael Videla) no lo constituye respecto de su percepción sobre su ser, si dicha persona desea cambiar el nombre en los términos de la identidad de género, entonces también se deberá omitir la publicación requerida por la ley 18.248.

El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de documento nacional de identidad al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente para la corrección del padrón electoral y a los organismos que reglamentariamente se determine, debiendo incluirse aquéllos que puedan tener información

sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado (art. 11).

IV. Trato digno, género y discriminación

9. El art. 12 establece como mandato general que deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Por ende, al solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

Toda clase de acción u omisión de dicha obligación genera una situación de manifiesta ilegalidad y arbitrariedad, y no sólo abre las puertas de la acción de amparo, sino también que el funcionario o el particular que lo realice incurre en una situación de hostigamiento discriminatoria que deriva en una conducta contrario al orden constitucional y al orden penal vigente.

V. A modo de conclusión

10. Si las Constituciones cambian mundos, la ley de identidad de género concretiza la desmantelación de una violencia (33) simbólica, que desde la normatividad, intentaba imponer una percepción de la subjetividad que no era la que se reflejaba en la extimidad de las personas.

El gran desafío que a futuro se presenta es que los Registros Civiles, que en última instancia son los encargados de hacer efectivos sin discriminación alguna el derecho a la identidad de género, no utilicen vericuetos burocráticos (tal como acontece en la actualidad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires con las inscripciones registrales vinculadas con las solicitudes igualitarias) para impedir que la dignidad humana sea una realidad y no un mero artificio. ♦

(32) Artículo 17: “La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes en nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil”.

(33) Ver CABRAL, Mauro, “Identidad de género: violencia desmantelada”, Diario Clarín, 16 de mayo de 2012.

SOBRE EL GENERO Y LA LEY

POR RICARDO A. GUIBOURG

Hace apenas seis años, un tribunal autorizó a una persona transexual a obtener un nuevo documento de identidad donde constara el género de su preferencia. (1) Tuvo en cuenta para eso que el peticionario se había sometido a una operación de cambio de sexo. El fallo tuvo repercusión: un jurista examinaba distintos factores clasificatorios de la sexualidad (tales como el genético, el morfológico y el psicológico, entre los que enfatizaba el primero); concluía que el factor psicológico sólo depende de la manifestación de la persona interesada, que “el sexo genético no puede ser alterado por una decisión unilateral del sujeto, pues está en juego el orden público” y que el transexual es un enfermo, de cuyo deseo delirante los jueces no deberían hacer caso sino para ofrecerle ayuda psiquiátrica. En el mismo sentido, señalaba: “...si alguien se siente elefante, por más que le injerten una trompa, no se transformará en paquidermo; o si alguien se siente Napoleón, no por eso habrá de rectificarse su partida de nacimiento y con ello habilitar el reclamo del presuntos derechos dinásticos”. Incluso insinuaba que la decisión judicial podía implicar la comisión del delito de falsedad ideológica en instrumento público. (2)

Desde entonces, muchos fallos semejantes se han dictado, ya sin exigir modificación quirúrgica. La reciente ley de identidad de género ha normalizado finalmente la situación, al disponer que el género depende exclusivamente del modo como su portador persona lo siente, por lo que cualquiera puede requerir una rectificación registral, con el consiguiente cambio de nombre e imagen, mediante una simple petición al Registro Nacional de las Personas. La autoridad administrativa no exigirá otro requisito que la petición (salvo autorización parental

o judicial en el caso de los menores) deberá acordar lo pedido “sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo”, a su vez con la salvedad de que cualquier modificación posterior debe contar con autorización judicial.

La nueva norma se inscribe en la creciente tendencia a respetar la privacidad de cuestiones tan personales como el género o la preferencia sexual y, después de tanto tiempo de persecuciones, criminalizaciones, discriminaciones y menosprecios, asegurar la igualdad de las personas con independencia de aquellas características: en este sentido, son enfáticos los artículos 12 y 13 de la ley.

Desde luego, como en toda cuestión polémica, habrá personas que estén a favor de la modificación y otras que se pronuncien en contra. Yo me agrupo indudablemente entre las primeras, porque no creo que las preferencias, tendencias o prácticas sexuales o afectivas, cuando no perjudiquen a otros, deban ser objeto de escrutinio o control por parte del Estado o de terceras personas. (3)

El aplauso, sin embargo, no excluye la posibilidad de formular observaciones. Estas críticas pueden situarse en tres niveles distintos.

En el nivel lógico, se advierte una contradicción en las bases de las que la ley parte. Casi todo su articulado, de manera sumamente enfática, es consecuente con la idea según la cual el género puede ser decidido por la persona que lo porta, ejerce o sufre, hasta tal punto que su sola voluntad es suficiente para que la autoridad administrativa quede obligada a modificar sus registros. Sin embargo, el artículo 8º dice: “La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial”. Cabe preguntarse por qué la absoluta libertad perseguida por la ley no puede

(1) CNCiv., sala F, 14/11/06, “J., L. J. s/información sumaria”, ED, 6/12/06.

(2) SOLARES, Hernán, “Transexualismo: cuando la justicia ‘falla’”, *ibídem*.

(3) Así lo he sostenido en “La ley de las sábanas”, RDF y de las P, marzo de 2012, p. 3.

usarse sino en una oportunidad. Si la segunda modificación registral ha de ser autorizada por un juez, esto implica, seguramente, que la justicia queda encargada de velar para que aquella libertad no sea objeto de abuso. Pero ¿qué abuso podría invocarse si una persona, indecisa o de voluntad cambiante, pidiera cambiar de género cada semana? Seguramente, no un abuso del orden público, que en este aspecto se ha retirado para subordinarse a la voluntad privada. Acaso se intenta prevenir la multiplicación innecesaria de trámites; pero esta prevención no cabría sino ante un número ínfimo de casos y, de todos modos, podría compensarse mediante un módico arancel, como el que se cobra para los duplicados del documento de identidad. ¿Se pretende preservar la *seriedad* de la decisión de cambio de género? Si realmente se está abandonando la tesis del orden público, tal pretensión valdría tanto como la de procurar la seriedad, coherencia o permanencia de los gustos gastronómicos de los ciudadanos.

La ley puede ser leída también en clave filosófica, ya que, como ha de recordarse constantemente, ningún pensamiento, ninguna idea, ninguna preferencia o acción es posible sin encontrar apoyo en algún conjunto de premisas filosóficas. Todos tenemos en la mente esas premisas, pero la mayoría las da por sentadas implícitamente, sin examinarlas racionalmente ni expurgarlas de sus frecuentes contradicciones.

Existe una controversia, tan antigua que se remonta a Platón y tan polémica que todavía no ha sido resuelta, acerca de la naturaleza de las clasificaciones. Unos sostienen que las clases de cosas (no los caballos, sino el Caballo, como clase) son a su vez cosas, reales pero inmateriales, que no pueden aprehenderse con los sentidos sino con alguna otra facultad del espíritu. No podemos cambiar las clases de cosas, sino apenas averiguarlas y respetarlas. Otros, en cambio, dicen que las clases de cosas son meros instrumentos del pensamiento, forjados a la medida de nuestros intereses y consolidados acaso por la tradición lingüística, pero de todos modos susceptibles de ser modificados o abandonados para construir otros nuevos.

El artículo citado en el primer párrafo se enrolaba claramente en la primera tesis: según él, el género (el sexo) es una clasificación natural e inmodificable por el hombre, ya que depende, en última instancia, de una característica *esencial*: la genética, que se traduce en el ADN. Esta tesis puede confrontarse a favor de la nueva ley, pero es preciso elegir la manera de confrontarla, porque hay dos modos diferentes de hacerlo. Uno consiste en abrazar la segunda tesis expuesta (el nominalismo) y asumir que abandonamos la vieja clasificación por características morfológicas

o genéticas para elegir libremente una clasificación de los géneros dependiente de la voluntad individual. Otro es aceptar que el género es una clasificación natural e inmodificable, pero sostener al mismo tiempo que las viejas definiciones estaban equivocadas y que ahora hemos descubierto que la característica esencial es la voluntad de la persona. Por cualquiera de los dos caminos, el efecto argumental sobre la nueva ley es el mismo, pero las consecuencias más allá de ella son diferentes. Si seguimos el segundo, se nos hace difícil resistir los contraejemplos sagazmente propuestos por Solares: a menos que encontráramos una diferencia esencial adicional, quien se cree elefante debería considerarse elefante y quien se cree Napoleón sería el mismo emperador redivivo. Si, en cambio, elegimos el primer camino, podemos modificar a voluntad el criterio de clasificación de los géneros humanos sin necesidad de poner en peligro la clasificación de las especies ni abolir lo sucedido en Santa Elena. Pero, en este caso, el artículo 8º de la ley sigue siendo una espina de contradicción.

Por último, es posible formular una observación política; no en el sensato sentido de lo que pueda aprobarse o rechazarse en las trabajosas transacciones legislativas, sino en otro, igualmente sensato pero de horizonte más amplio, que se relaciona con las razones de las leyes. La distinción entre hombre y mujer, ciertamente fundada en el aspecto morfológico y fisiológico, sirvió durante muchos siglos para asegurar el predominio del primero sobre la segunda, para destinar a cada sexo a cumplir las funciones que, desde la educación y la cultura se le indicaban como “propias” y para reducir a las mujeres a una suerte de servidumbre alejada de la mayor parte de las decisiones políticas y económicas, incluidas las domésticas. Esta situación fue corrigiéndose a lo largo del tiempo, con cierta aceleración desde el siglo XIX, en forma vertiginosa durante el siglo XX y con una sólida implantación ideológica en lo que va del siglo XXI. La mujer no ha alcanzado todavía, en los hechos, la igualdad que le está destinada; pero las leyes, especialmente las de nuestro país, han borrado y hasta prohibido toda discriminación fundada en el sexo, género o como quiera que se le llame. Todos los ciudadanos tenemos los mismos derechos, seamos hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, travestis o incluidos en cualquier otra práctica o preferencia que pueda desarrollarse. En este caso, ¿qué sentido tiene que los registros públicos contengan el dato de quién es hombre y quién mujer? Nótese que la ley parece dar por sentado, a la manera tradicional, que sólo hay dos géneros: masculino y femenino. ¿Se prevé inscribir a una persona —a su pedido— como homosexual, bisexual o lesbiana? En caso negativo, ¿por qué limitar esa libertad? En caso afirmativo, ¿con qué objeto? ¿No está la identidad de la persona

asegurada por el número de su documento, como sagazmente dispone el artículo 7º? ¿No bastaría, para facilitar la identificación, con permitir (o aun obligar) al interesado variar su imagen en ese instrumento, como lo autoriza el artículo 3º?

De lo dicho puede desprenderse la inutilidad de mantener siquiera los registros oficiales acerca del género de cada persona, ya que esta característica quedaría relegada al ámbito estrictamente privado y carece, aun desde antes de ahora, de todo efecto jurídico sobre los derechos y las obligaciones de cada uno. Asumir esta actitud implicaría la inutilidad de la ley que acaba de dictarse, por desaparición del problema que ella busca resolver. Lo que —desafortunadamente— queda de la desigualdad tradicional son

ciertas situaciones de hecho, herencia de una cultura machista, cuya corrección no requiere seguir distinguiendo entre hombre y mujeres, sino entre personas circunstancialmente más o menos vulnerables, entre personas discriminadoras y discriminadas, golpeadoras y golpeadas, homicidas y asesinadas.

En resumidas cuentas, cabe saludar la sanción de la ley de identidad de género como un notable paso adelante en el camino de la igualdad ciudadana. Sus defectos —que los tiene— pueden resolverse derogando el artículo 8º y cobrando conciencia del marco filosófico en el que la ley puede apoyarse. El futuro queda abierto para un avance mayor pero, como suele decirse, hay que dar tiempo al tiempo. ♦

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS NO HETEROSEXUALES (*)

POR ELENA A. LIBERATORI

La identidad de género es desde un punto de vista jurídico el alma de las personas. Y como tal alrededor de ella —como en un sistema planetario—, se hallan todos los derechos fundamentales.

El nombre acompaña a los seres humanos desde su nacimiento e incluso antes cuando los padres y la familia piensan los nombres de los hijos que algún día vendrán.

Por eso, es un tema que plantea, por una parte, los límites de la injerencia estatal en el ámbito privado de las personas (lo que protege precisamente el artículo 19 de la CN), y por el otro, el interés general a cargo del Estado en cuanto a la necesidad de una identificación de cada una de las personas.

El sistema actual de identificación de las personas reposa exclusivamente en aspectos morfológicos del cuerpo, tal como lo explicara la Diputada María Rachid en el Encuentro de Embalse. Concretamente, a partir de la medida del pene del niño recién nacido y responde a un sistema estrictamente “*binario*” sin tener en cuenta ningún otro aspecto, dejando afuera así desde el comienzo de la vida, al resto de las personas que no entran en las “categorías sociales” de hombre o mujer.

(*) Sobre la base de la disertación brindada en el 1° Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho organizado por las Agrupaciones Estudiantiles “MPE Camilo Cienfuegos - Movimiento de Participación Estudiantil”, “La Revuelta en La Bisagra” de Córdoba, “Espacio Independiente” de Río IV, “De Frente Independiente” de Villa Mercedes, “PUA - Participación Universitaria Abierta” de Azul, “IURE de Buenos Aires” y “EPA - Estudiantes por una Alternativa en Derecho” de Mendoza, realizado en la Ciudad de Embalse, Córdoba, 11, 12 y 13 de mayo de 2012.

Al respecto en la Comisión de Género del Centro de los Estudiantes de la Universidad Nacional de Córdoba “*insistiendo en la importancia de comprender las palabras que usamos y con el fin de despejar dudas usuales...*” afirman que Sexo es una “*clasificación cultural binaria (macho-hembra/hombre-mujer) de las personas y otros seres vivos de acuerdo a criterios genéticos, biológicos, físicos y fisiológicos. Debe observarse, sien embargo, que los cromosomas, las hormonas, las gónadas, las estructuras sexuales internas y los genitales externos, presentan una diversidad mucho mayor de lo que se cree, lo que pone en duda la división estricta en dos sexos*”(1)

El Derecho a la Identidad que la reciente ley del Congreso de la Nación incorpora es el de las personas cuya orientación sexual es la “no heterosexual”, personas a las que se denomina “diversas” con relación al colectivo dominante de hombres y mujeres aunque lógicamente pertenezcan a la “categoría social” de seres humanos que es la que viene a superar la distinción discriminadora. (2)

Es oportuno advertir en este punto que las “categorías sociales” tienden a ser naturalizadas, se anclan en el sentido común. (3) Por lo que si no resguarda-

(1) Ver en el Glosario de la publicación “Guía para Comunicadores y Comunicadoras - Derecho a la Identidad”, mayo 2012.

(2) “...creemos también importante poner en tensión algunos de los elementos que construyen, desde cada especificidad, una visión dominante de la construcción de los géneros, en general ahistórica y naturalizante de la desigualdad...”, “Guía...”. Centro de Estudiantes de la Universidad Nacional de Córdoba.

(3) Conforme lo explica la Lic. Lucía Guaimas, integrante de la Secretaría judicial a cargo de los Derechos Sociales en

mos atentamente la aptitud de desnaturalizarlas, de sacarlas del ámbito cotidiano al cual se incorporan, sucede como en este caso, que esas categorías de hombre y mujer han dejado afuera de lo cotidiano y del mundo jurídico a otras personas (homosexuales, transgéneros, travestis, lesbianas, gays, bisexuales, queers, etc.).

Personas que por no estar incluidas en las categorías dominantes de hombre o mujer son discriminadas por otros miembros de la sociedad instalados en la comodidad de las categorías aceptadas de ser hombre o mujer.

Esta aceptación sin cuestionamientos éticos se sustenta en creer que ser hombre o ser mujer son categorías “naturales”, “homogéneas” y “estáticas” siendo que, al contrario, cualquier categoría social como explica la Lic. Guaimas es inherentemente dinámica, heterogénea y cambiante de acuerdo al contexto social que las ha producido.

Eva Giberti (4) explica como las discusiones generadas a propósito de las personas que reclamaban por ser reconocidas tenían como protagonistas principales a psiquiatras, psicólogos, jueces y obispos. Y mientras las discusiones de quienes pertenecen al mundo de los “satisfacción” se sucedían, la otra realidad mostraba como dice Giberti, a personas viviendo en un mundo de silencio, persecución o convertidos en “seres míticos” (el andrógino Primordial o Tiresias que habría sido sucesivamente hombre y mujer).

Cabe señalar aquí que a nivel jurídico, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 11 reconoce y garantiza el derecho a ser diferente y que la ley 3062 en su artículo 2 establece que, “...*deberá respetarse la identidad de género adoptada y que sea distinto al consignado en el documento, y a su solo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser el utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión administrativa tanto en la Legislatura, como en las dependencias de la Administración pública, centralizada y descentralizada y todo otro tipo de organización de la que la Ciudad tenga participación*”.

Por eso cabe celebrar la nueva ley para terminar con la burocracia de los discriminadores, la que según Giberti “...*organiza el bien y el mal, lo normal y lo no normal, el cielo y el infierno*”.

Barrios Vulnerables (Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 4 a mi cargo), en su trabajo titulado “Acercamiento a una visión antropológica sobre la construcción de categorías sociales”, mayo 2012.

(4) “Identidad de Género” publicado en el diario Página 12 del día 8 de mayo.

En efecto, la exclusión y la discriminación, el permanecer ajeno a lo que le sucede a los otros tiene como base la mirada de la autosatisfacción. Esa mirada de quien se halla en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y a quien no parece y en muchos casos no le importa que muchas otras personas deban llevar adelante sus vidas en un contexto de judicialización, estigmatización, criminalización y patologización solo en razón de no pertenecer a una de las dos categorías de preferencia sexual dominantes.

Con esos paradigmas “normalizadores” imperantes se venía ejerciendo—sin solución de continuidad—de parte de esta sociedad argentina una verdadera violencia institucional en los derechos a ser de personas que sienten y quieren ser de otro modo.

Los derechos clásicos fueron diseñados sin tener que abordar la exclusión social y jurídica, (5) destinados para personas que “*están instaladas en el bien*”. El remedio es por parte del Estado la organización de instituciones más inclusivas pero ello no sucede con la frecuencia deseable (6) por lo que evidentemente se advierte que la ley de Derecho a la Identidad de Género vino a remediar una situación de injusticia absoluta.

A principios de los 90s, Galbraith (7) creó el concepto de la cultura de la satisfacción en la cual “*es más que evidente que los afortunados y los favorecidos no contemplan su propio bienestar a largo plazo...*”

(5) LORENZETTI, Ricardo Luis, “Éste es uno de los problemas fundamentales de la conformación económica actual: se producen riqueza y bienes pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos. El sobreconsumo convive con la pobreza más ominosa, las tecnologías más asombrosas no logran oscurecer expresiones de un primitivismo que se creía abandonado. Tanto a escala mundial como en las sociedades nacionales y en las ciudades, el problema de la fractura, de la existencia de dos mundos disímiles, de la exclusión y del acceso, se hace presente”, en Teoría de la Decisión Judicial- Fundamentos de Derecho-, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 278.

(6) “El primer paso fue poner de manifiesto la ausencia real de disfrute. Con ironía, puede decirse que el Derecho es como un hotel cinco estrellas: está abierto para todos, pero sólo algunos entran en él; los que pueden pagar la habitación. Existe un umbral de entrada al Derecho que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, contratantes, trabajadores o actores en un procesos. El segundo paso, es mostrar que el umbral fáctico era también epistemológico. Estas exclusiones permanecieron ocultas bajo nuestros esquemas mentales, ya que el modo de ver es el que impide ver, y cuando cambia aparecen otras evidencias” (LORENZETTI, Ricardo, Teoría de la Decisión Judicial, p. 280).

(7) GALBRAITH, John Kenneth, “La Cultura de la Satisfacción”, Emecé Editores, 1992.

reaccionan, y vigorosamente, a la satisfacción y la comodidad inmediatas. Este es el talante predominante... el resultado es un gobierno que se ajusta no a la realidad o a la necesidad común sino a las creencias de los que están satisfechos, perspectiva —la del satisfecho— que condiciona los paradigmas sociales imperantes. Y del funcionamiento de la Justicia también por lo que la “judicialización” no es ni ha sido garantía inexorable de la reparación.

Habrà entonces que también estar atentos porque como bien lo señala Mariana Ripa (8) “...se han ge-

(8) Abogada especializada en la temática de género. Ha sido Diputada provincial y Ministra de Gobierno en la

nerado grandes avances en el reconocimiento desde el discurso jurídico de los derechos de la mujer, no obstante esto, ha tenido un limitado reflejo en la reducción real de la violencia y discriminación de género”. (9)

Aún así todo el camino ha valido la pena y dependerá de cada uno de nosotros honrar el espíritu de las normas fundamentales en aras de la igualdad y no discriminación entre personas. ♦

Provincia del Chubut.

(9) “Humanas con Derecho”, Dunken, Buenos Aires, 2011, p. 38.

COMENTARIO EXEGETICO A LA LEY DE IDENTIDAD DE GENERO

POR GRACIELA MEDINA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La identidad de género. Importancia del reconocimiento del derecho. 3. Conclusiones.

1. Introducción

La ley de identidad de género tuvo su origen en la Cámara de Diputados de la Nación donde fue aprobada el 30 de noviembre del 2011 lo que dio lugar a que pasara al Senado de la Nación Argentina (1) para su tratamiento.

En la Cámara de Senadores fue aprobada por unanimidad con una abstención el día 9 de mayor del 2012.

El texto fue convertido en ley gracias a la labor de las organizaciones de Derechos Humanos, en especial la CHA y es fruto de la evolución constante de la Jurisprudencial (2) Nacional que desde hace

más de 20 años en la viene aceptando las pretensiones de quienes solicitaban la adecuación del sexo y prenombre de origen al género libremente elegido, así como también posibilitando las operaciones y tratamientos no quirúrgicos que permiten la adecuación de género.

En definitiva el objeto de la ley es establecer un procedimiento que les permite a los ciudadanos de nuestro país ejercer su derecho a la identidad sexual sin tener que recurrir a engorrosos, largos, y costosos trámites judiciales ni tener que someterse a ningún escrutinio sobre su salud o sobre su intimidad para vivir de acuerdo a su género.

(1) En la Cámara de Diputados se presentaron diverso proyectos sobre identidad de Género, entre ellos cabe hacer mención del n° de Expediente 8126-D-2010 Trámite Parlamentario 170 (10/11/2010) n° de Expediente 7243-D-2010 Trámite Parlamentario 146 (01/10/2010), n° de Expediente 1736-D-2009 Trámite Parlamentario 029 (16/04/2009) n° de Expediente 7644-D-2010.

(2) Para una evolución de la Jurisprudencia de la Corte Europea ver MEDINA, Graciela "Transexualidad. Evolución Jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre", en La Ley, 22/2/2000. En la jurisprudencia Argentina ver los lineamientos sentados entre otros precedentes en (caso "J.C.P." —año 2001— "Jurisprudencia Argentina" Número Especial Bioética, 2ª Parte, 19/12/2001, pp. 46/54, con nota de Graciela Medina y Héctor D. Fernández, "¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?", pp. 55/65; y caso "R.F.F.", 09/12/2005 en "Jurisprudencia Argentina" Número Especial Bioética, 8/11/2006 —pp. 56/67—, con notas aprobatorias de BROEKMAN, Jan M., "La transexualidad en

nueva perspectiva" —pp. 67/71—, y SESSAREGO, Carlos Fernández, "Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad, pp. 80), Y en especial Hooft Pedro, (Bioética: entre utopías y desarraigos, AA.VV., Coordinadora: Patricia Sorokin, Ad Hoc, ISBN 950-894342-4, Buenos Aires, noviembre 2002, cap. XVI, "La transexualidad en la jurisprudencia. Una fructífera complementación entre Bioética y Derecho", pp. 361. En relación a los precedentes dictados al tiempo que se presentaban los proyectos de ley ver: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala civil y penal; 02/09/2011; R. E. C. c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Mendoza s/amparo; AR/JUR/47688/2011 2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A; 16/06/2011; A., E. A. s/autorización; DFyP 2011 (noviembre) con nota de Carolina Grafeuille DFyP 2011 noviembre), 253, DJ, 16/11/2011, 60; AR/JUR/31787/2011 3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C; 22/03/2011; L. G., A.; DFyP 2011 (diciembre) con nota de Fernando Millán DFyP, 2011 (diciembre), 237; AR/JUR/10726/2011.

La ley aprobada parte de definir que se entiende por género, para luego establecer un procedimiento para que las personas puedan adecuar su sexo y nombre de origen a su género, real, sin necesidad de haber realizado previamente ninguna cirugía ni tratamiento previo y sin requerir intervención judicial, ni patrocinio jurídico alguno; exigiendo solamente la realización de una petición de parte ante el Registro Nacional de las Personas.

Por otra parte la norma impone al Estado la obligación de incluir tanto a las cirugías como a los tratamientos en el PMO y el deber de realizar sin costo las operaciones de adecuación sexual y las terapias hormonales que fueren peticionadas por quienes quieran modificar su género.

La legislación es de avanzada porque permite la adecuación del sexo y del nombre, de menores y mayores de edad, sin requerir la intervención de los jueces, ni ningún tipo de prueba, bastando la decisión personal y autónoma de realizarla. Mientras que la mayoría de las legislaciones precisan la autorización judicial para la realización del cambio, como así también algún tipo de prueba sobre su necesidad la norma Argentina solo requiere una manifestación de voluntad que demuestre el deseo de cambiar de sexo.

El estado se limita a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir de acuerdo al género escogido sin requerir ningún control judicial o administrativo sobre los motivos por los que se requiere el cambio.

Es de destacar que la aprobación de esta norma *deja viejo el anteproyecto de reforma del código civil e impone la necesidad de su reforma sin siquiera haber llegado al estadio de proyecto, porque el anteproyecto prevé que para cambiar el prenombre se requiere la intervención judicial mientras que la norma aprobada en el otoño del 2012 por el Honorable Senado de la Nación Argentina solo requiere de una intervención de carácter administrativo.* (3)

(3) Artículo 69. Cambio de nombre. El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Artículo 70. Proceso. Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de DOS (2) meses. Puede formularse oposición dentro de los Quince (15) días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios.

2. La identidad de género. Importancia del reconocimiento del derecho

A continuación analizaremos por separado cada uno de los artículos de la ley de Identidad de género.

Derecho a la identidad de género

Artículo 1°. Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

- a. Al reconocimiento de su identidad de género.*
- b. Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género.*
- c. A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los prenombre/s, imagen y sexo con los que allí es registrada.*

La ley comienza por reconocer que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género y como consecuencia de este derecho la norma establece que todos tienen la facultad de ser conocidos e identificados de acuerdo a su género real.

Para entender el alcance de la disposición hay que partir de decir que el género se define como un conjunto de normas de comportamiento percibidas particularmente como masculinas o femeninas.

Cuando el género asignado al nacer no se corresponde con el género con el que uno se identifica la persona sufre muchísimos problemas, sociales, económicos, prácticos y de identidad que requieren solución.

Piénsese en una persona que se lo identificó con el nombre Pedro y con el sexo masculino, pero que se siente mujer y para llevar una vida más acorde con sus sentimientos más profundos se ha sometido a operaciones de reasignación sexual y a terapias hormonales que lo muestran externamente con apariencia femenina, difícilmente esta persona pueda salir del país con un pasaporte donde figure su sexo de origen masculino y su nombre de varón que no condicen con su aspecto femenino, también le será difícil conseguir trabajo cuando se presente a entrevistas laborales con una apariencia femenina que no condice con sus documentos identificatorios. Por otra parte si es un profesional que obtenido su título con el nombre de pila de origen y el sexo masculino se le adiciona la cuasi imposibilidad de ejercer la profesión porque no hay identidad entre la persona de aspecto femenino y la que se graduó con nombre de pila y sexo de varón.

Imagínese el estupor de un empleado bancario que llama para que cobre un cheque al Señor Pedro y cuando está esperando que se presente un hombre se aparece una hermosa mujer a quien resulta imposible asociar con el prenombre masculino. Seguramente el empleado bancario no pagará el cheque a la señorita y ésta además de quedarse sin cobrar deberá contarle al funcionario intimidades sobre su condición sexual, y adecuación de género.

Estas razones convencen de la trascendencia de reconocer que todas las personas tienen derecho a ser *tratadas de acuerdo con su identidad de género*, y, en consecuencia que todos deben poder contar con los *elementos que les permitan identificarse con el género* que asumen, para lo cual tienen necesariamente que tener *documentos donde conste el prenombre, la imagen y el sexo que se corresponda con la realidad*.

De no contar con documentos que lo identifiquen con el género que ostentan no van a poder ejercer el derecho a la identidad de género.

Además de contar con documentos identificatorios de su género las personas requieren poder acceder a las terapias que les permiten adecuar su apariencia a su género real y el estado debe poder proveerlas porque si no los únicos que podrían acceder a ese derecho serían las personas que cuentan con los medios económicos para pagar las terapias hormonales y las adecuaciones quirúrgicas.

Art. 2º. Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Origen de la definición.

La definición dada por la norma sigue la letra de los principios de Yogyakarta, estos principios constituyen un importante documento de derechos humanos que establecen los estándares legales que los Estados, y los actores sociales en general, tienen que seguir para detener la violencia, abuso y discriminación ejercidos contra gays, lesbianas, bisexuales, transsexuales, transgéneros, e intersexuales (GLBTI).

Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, surgieron de la reunión de especialistas de las Na-

ciones Unidas realizada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006. En esta reunión de Yogyakarta se trató específicamente el problema de la discriminación de las personas, derivada de su orientación sexual e identidad de género, sujetas a todo tipo de violaciones a sus derechos como persona. La reunión de expertos referida tuvo lugar en la Universidad de Gadjah mada del 6 al 9 de noviembre del año 2006, y en el mismo se aclararon la naturaleza, el alcance y la implementación de las obligaciones y derechos humanos contraídas por los Estados en relación a la orientación sexual y la identidad de género, en virtud de los Tratados y Leyes de Derecho Humanos existentes. (4)

Cabe recordar que en los Principios 1 al 3 se describe el principio de universalidad de los derechos humanos y el de su aplicación a todas las personas sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, así como el derecho de toda persona a ser reconocida ante la ley de acuerdo a su identidad de género.

Según los principios de Yogyakarta (5) se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los aminoramientos.

Por su parte la *Enciclopedia Británica* señala que la identidad de género consiste en la “concepción propia de un individuo sobre si es varón o mujer, distinguido del sexo biológico”.

Alcance de la definición.

La ley parte de reconocer el derecho a la identidad de género, pero como este derecho no está claramente identificado ni en los tratados de derechos humanos, ni tampoco en la legislación interna al legislador le es necesario conceptualizar ese derecho y por ello define la *identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. En el mismo artículo se aclara que la identidad de género puede involucrar la modificación de la apariencia*

(4) (www.yogyakartaprinciples.org/background_sp.def).

(5) http://www.yogyakartapinciples.org/principles_sp.pdf.

o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. (6) También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales

La definición dada por la norma permite distinguir claramente la identidad de género y la orientación sexual e independiza la identidad de género de la sexualidad morfológica constituida por los caracteres genitales que diferencian ambos sexos.

En sentido similar la ley uruguaya 18620 del 2009 establece en el artículo primero el Derecho a la identidad de género diciendo que *“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.”*

El concepto de identidad de género comprende muchos más supuestos que el del transexualismo. Ponemos esto de relevancia porque la mayoría de la doctrina, (7) y jurisprudencia argentina se ha

(6) Artículo 2 de la ley.

(7) Entre otros ver BIDART CAMPOS, Germán J., “La modificación registral del sexo y el cambio de documentación. El derecho a la verdad y la identidad sexual”, LA LEY, 2001-F, 216, y “El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados”, JA, 1990-III-103; CAMPS MERLO, Marina, “Aproximación a la problemática jurídica del ‘cambio de sexo’”, “Proposición de ley española sobre el derecho a la identidad sexual”, ED, 195-862; SANTOS CIFUENTES, “El sexo y la identificación civil del transexual”, La Ley Gran Cuyo, 1999-695, y “Soluciones para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”, JA, 1995-II-385; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”, JA, 1999-IV-889; GHERSI, Carlos A. y BENÍTEZ, Elsa, “El derecho personalísimo a la identidad sexual”, JA, 1998-III-1085; HOOFT Pedro Federico “Bioética y Derechos Humanos”, Depalma, Buenos Aires, 1999, capítulo V “Derecho a la identidad sexual. Amparo. Derechos personalísimos”, p. 259; IGNACIO, Graciela, “Transexualismo, cambio de sexo y derecho de contraer matrimonio”, JA, 1999-I-867; LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, “El derecho a la identidad del transexual”, JA, 2001-IV-479; MEDINA, Graciela, “Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre”, La Ley, 2000-A-1024, y “¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?”, JA, 2001-IV-445; “Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades (Libertad de contracepción de una madre soltera mayor de 18 años)”, JA, 2002-I-553; “BIOÉTICA, LIBERTAD

ocupado del tema del transexualismo mientras que la identidad de género abarca un espectro de casos, que van más allá de la “disforia de género” y son independientes de que se halla o no realizado tratamientos farmacológicos o quirúrgicos para adoptar la fisonomía de un sexo diferente al de origen. (8)

Lo que importa es como una persona siente el género independientemente del sexo que se le haya asignado al nacer por sus caracteres sexuales externos. Y lo trascendente es reconocimiento legal de que la identidad de género que cada persona define para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.

Art. 3°. Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de prenombre e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.

Legitimación

En nuestro país la ley no hace distinción, por lo que cualquier persona, sea de estado civil casada, soltera, viuda, divorciada, con hijos o sin hijos, puede solicitar la adecuación registral.

Así como no se requieren dictámenes médicos tampoco se solicita un estado civil determinado como lo hace por ejemplo la legislación alemana donde, la legitimación para solicitar el cambio de sexo esta limitada a las personas solteras, ya que las personas casadas no pueden hacer el cambio registral, porque se prioriza los derechos del cónyuge y los derechos de los hijos que se pueden ver afectados por este cambio registral.

En definitiva la ley reconoce como derecho universal la facultad de adecuar el prenombre, la foto y el sexo a todos los ciudadanos sin distinción.

Art. 4°. Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de prenombre e

SEXUAL Y DERECHO” en Revista de Derecho de Familia – Revista Interdisciplinaria, T 21. p. 91, Medina, Graciela y Litvin, Melisa “TRANSEXUALES, Trascendente cambio de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos” comentario al fallo “Cristhine Goodwin c. Reino Unido”; PEROTTI, Alejandro Daniel, “Introducción al estudio de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea”, ED, 188-1007; RIVERA, Julio César, “Crónica de un cambio (de sexo) anunciado”, LLBA, 1997-957; SABELLI, Héctor E., “Derecho y transexualidad”, LA LEY, 2002-D, 606; WAGMAISTER, Adriana M. y MOURELLE DE TAMBORENEA, Cristina, “Derecho a la identidad del transexual”, JA, 1999-IV-960.

(8) Ley de identidad de género. Aspectos relevantes. Medina, Graciela. Publicado en: La Ley 01/02/2012, 1.

imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

1. *Acreditar la edad mínima de 18 años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley;*

2. *Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original;*

3. *Expresar el nuevo prenombre elegido con el que solicita inscribirse.*

En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Requisitos

Lo normal en el derecho comparado es que se requieran certificaciones médicas para obtener el cambio de sexo en los documentos de identidad. Este requisito no se exige en esta ley.

Ni la legislación uruguaya del 2009, ni la española del 2007 son tan amplias como la ley aprobada, ya que ambas requieren prueba para obtener la rectificación registral, así por ejemplo, en el artículo 4 de la ley española 3/2007, se exige que se haya diagnosticado la disforia de género y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Por su parte, la ley uruguaya 18.620 establece que la presentación de la demanda deberá estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género del registro del estado civil. (9)

(9) El decreto 196/010 al regular la Ley 18.620 dispuso la integración en el ámbito de la Dirección General del Registro de Estado Civil del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad sexual, la cual tendrá carácter de Comisión Asesora. Dicho equipo estará integrado por un médico psiquiatra, un asistente social y un psicólogo, todos de reconocidas aptitudes y solvencia demostrada, durando dos años en sus funciones (art. 1 dec. 196/010). El decreto dispone que sea competencia exclusiva y excluyente de esta Comisión Asesora realizar el informe técnico psico-social, detallando en forma expresa y fundamentada los argumentos tenidos en cuenta en el art. 4 de la ley 18.620. La solicitud del informe técnico se presentará ante el Departamento Inspectivo de la Dirección General del Registro de Estado Civil, quien remitirá la solicitud a la Comisión Asesora. La Comisión deberá necesariamente realizar entrevistas y podrá disponer de otros mecanismos de investigación y análisis que estime oportunos, teniendo

También requieren prueba la ley italiana 164 de 1992, si bien esta norma no predetermina ningún requisito que deba exigirse para solicitar el cambio, ni exige explícitamente el convencimiento interno de la persona que solicita el cambio jurídico. Sin embargo, eso no significa abandonar el elemento psicológico que deberá ser valorado por el tribunal, junto a las condiciones psicosexuales, la edad y el estado de salud, pudiendo, asimismo realizar las consultas que considere más oportunas a los efectos de evaluar las condiciones psico-sexuales del interesado. (10)

Consideramos que si bien la ley no lo exige, resaltaría oportuno que la reglamentación requiriera consentimiento informado sobre el alcance del cambio a realizar por la importancia que este tiene y el tremendo impacto sobre la salud de quien lo solicita.

Art. 5°. Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de 18 años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de ellos/as, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los derechos del Niño y en la Ley 26.961 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Menores de edad

La ley permite que los menores de edad soliciten el cambio de sexo y de nombre de pila por intermedio de sus representantes y prevé un procedimiento abreviado para que éstos logren la autorización de sus progenitores cuando éstos se la denegaran.

Debe quedar absolutamente en claro que cuando se trata de personas menores de edad la petición debe hacerla el menor y no sus padres, quienes en el

un plazo de sustanciación de la solicitud de ciento cincuenta días corridos, contados desde el día siguiente a la presentación de la solicitud (este plazo puede ser prorrogado por una única vez, mediante solicitud fundada y autorizada por la Dirección General del Registro de Estado Civil) (art. 4 del decreto 196/010). El informe deberá ser adoptado por mayoría de los integrantes. En caso de que haya algún miembro disorde, este deberá dejar constancia escrita en el informe de los argumentos de su disidencia.

(10) TOLDRA ROCA, Ma. Dolors, "Capacidad Natural y capacidad matrimonial. La transexualidad", p. 106, ed. Comares, 1999, p. 148.

mejor de los casos representan al niño en su decisión para modificar el sexo asignado y el prenombre.

Esto implica que los padres en ejercicio de la Patria Potestad no pueden solicitar la mutación, ya que es un acto personalísimo, que debe ser otorgado por el menor y no por sus representantes legales.

Solari se pregunta sobre el tema “¿Cuál es la edad que debe tenerse en consideración para tomar la decisión de cambio de sexo?”, señalando que “ciertamente que la madurez del niño influirá, decididamente, en la solución que deba adoptarse. Cuanto mayor sea la edad y madurez, más decisiva será su voluntad. Emerge aquí la importancia de la capacidad progresiva del niño. Esta última condice con la idea de sujeto de derecho, como superador del régimen interno basado en el esquema tutelar clásico.”

Luego continúa aclarando “En cuestiones como las que nos ocupa creemos que a partir de los 14 años el sujeto puede decidir libremente sobre el cambio de sexo registral, con todas las consecuencias que ello implica. Ostenta la suficiente madurez como para elegir su proyecto de vida, en cuanto a su verdadera identidad de género. Dilatar el cambio respectivo o someterla a la voluntad de los representantes legales ocasionaría un daño irreversible del niño que se encuentra en su pleno desarrollo individual en su vida de relación”. (11)

En general la ley prescinde de la intervención del poder judicial en el trámite de adecuación de género, salvo en el caso de cirugías de menores donde se prescribe la autorización judicial. Expresamente se prevé que “los padres nieguen su autorización los menores de edad para la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar... con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.”

En las cirugías vinculadas a los fenómenos de la transexualidad pueden potencialmente presentarse efectos negativos no deseados, tratándose de un ámbito de reserva, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional (conductas autorreferentes), la decisión en conciencia, *compete en última*

instancia a la propia persona transexual siempre y cuando sea mayor de edad, tratándose de un menor de edad es prudente que el Poder Judicial otorgue la autorización, por tratarse de cirugías de altísimo riesgo e irreversibles, y que comprometen la salud reproductiva *debe efectuarse una prudente ponderación de los riesgos previsibles al igual que de los beneficios esperables*. Y otorgar la autorización cuando prevalezcan los beneficios esperables respecto de potenciales riesgos.

Art. 6°. Trámite. Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de prenombre al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo prenombre. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud la misma.

Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado.

Competencia del Registro Nacional de las Personas para adecuar el sexo, nombre de pila e imagen sin intervención del Poder Judicial

Hasta el momento en nuestro país se requería la intervención de un juez para poder lograr la adecuación de los documentos de identidad de las personas transgénero. En cambio esta ley, no requiere ninguna intervención judicial para lograrlo en la primera petición.

En el único caso que se requiere intervención judicial es en el supuesto de cirugías de adecuación sexual a menores.

Estimamos positivo que no se requiera recurrir a los tribunales para adecuar los documentos a la realidad porque si se trata de un derecho humano, no se justifica que un juez lo determine como tal, ni es necesario que un tribunal autorice su ejercicio.

Por otra parte la función judicial debe ser reservada para los procedimientos contradictorios en los que se diriman controversias, despejándola de las cuestiones no controvertidas que hacen a la autonomía de la voluntad de sujetos libres y capaces. Distinto es el supuesto donde la salud sexual y reproductiva de un menor está comprometida, donde la gravedad

(11) SOLARI, Néstor, “La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género”. Revista PFyS, La Ley, Noviembre 2011, p. 212.

de la situación aconseja una mayor intervención del Estado en aras de proteger el Interés Superior del Menor.

Así si todas las personas tienen derecho a la identidad de género entendida *como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, no se justifica que el poder judicial controle como cada individuo libre y capaz siente su identidad de género.*

Cabe recordar que el principio 3^a de Yogyakarta establece que *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona define para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.”*

La legislación proyectada se aparte de la generalidad de las legislaciones conocidas en relación con el órgano que va a ordenar la modificación del sexo, del nombre y de la fotografía en el documento de identidad ya que en la mayoría de los países es el poder judicial el encargado de hacerlo.

Así por ejemplo podemos citar entre las legislaciones más modernas a la ley Uruguaya 18620 del año 2009 que establece que el trámite para lograr la adecuación de los documentos de identidad se realizará ante los Juzgados Letrados de Familia, mediante el proceso voluntario previsto por el artículo 406.2 del Código General del Proceso.

Entre las legislaciones más antiguas sobre identidad de género que consideran que el órgano competente es el Poder Judicial cabe mencionar la ley de Holanda del 24 de abril de 1985 que insertó cuatro artículos en el Código Civil Neerlandes arts 29^a, 29b, 29c y 29d, donde se determina el procedimiento a seguir para obtener el cambio. Realizados los trámites descriptos, será el juez, quien a su arbitrio, otorgue la concesión jurídica del cambio o la deniegue. La postura judicial dependerá de la prueba sobre la convicción del solicitante de pertenecer al otro sexo y del carácter permanente de la firmeza en su convencimiento. (12)

(12) Art. 29c: 1. La solicitud es aprobada si el Tribunal tiene la opinión de que se haya comprobado a grado suficiente de que el solicitante tiene la convicción de pertenecer al otro sexo que aquel mencionado en su acta de nacimiento, y que esta convicción pueda ser considerada como de carácter permanente, y cuando el solicitante cumpla con las condiciones mencionadas en el primer inciso del artículo 29^a.2. En caso de que el Tribunal apruebe la solicitud para

También en Italia es el juez el encargado de autorizar por medio de una sentencia la atribución a una persona sexo diferente que el que consta en el acta de nacimiento. (13) En similar sentido se expide de la ley alemana del 10 de septiembre de 1980. La legislación alemana contempla dos supuestos con consecuencias jurídicas diversas, para dar solución a las legítimas expectativas de los transexuales: la pequeña solución o también denominada solución por la puerta pequeña (Kleine Lösung) que conlleva el mero cambio de nombre, y la gran solución o solución por la puerta grande (Grosse Lösung) que comporta una transformación jurídica del sexo al que pertenece la persona. (14) En ambos casos el procedimiento se realiza en sede judicial.

Entre las legislaciones que no requieren recurrir al órgano judicial para lograr la rectificación de la mención registral del sexo y el cambio de nombre de pila, tenemos a la legislación sueca. Suecia fue uno de los primeros países en prever, regular y otorgar efectos jurídicos a la adecuación sexual como consecuencia de una intervención quirúrgica.

La modificación exige una autorización administrativa especial que se concede bajo el control de la Dirección General de Previsión Social. (15).

Por su parte la legislación española, establece en el artículo 3 de la Ley 3/2007 al Registro Civil como autoridad competente para conocer de las solicitudes de rectificación registral.

Cabe señalar que nuestra ley se asemeja a la ley española en cuanto no requiere intervención judicial para la rectificación registral, pero al mismo tiempo se diferencia de ella en la prueba, porque en el ordenamiento español, se requiere que le haya sido diagnosticada la disforia de género y que ha sido tratada durante dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (art. 4 Ley 3/2007).

la modificación de la mención de su sexo, este Tribunal en caso de que así lo solicite, tendrá la capacidad de modificar los nombres del solicitante.

(13) El artículo 1 de la Ley 164/1982 regula que “La rettificazione di cui all’art. 454 del codice civile si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”.

(14) TOLDRÀ ROCA, Ma. Dolors, “Capacidad Natural y capacidad matrimonial. La transexualidad”, p. 106, Comares, 1999, p. 151.

(15) TOLDRÀ ROCA, Ma. Dolors, “Capacidad Natural y capacidad matrimonial. La transexualidad”, p. 106, Comares, 1999, p. 140.

Insistimos en ponderar positivamente que el legislador se haya inclinado por elegir al Registro Nacional de las Personas como autoridad competente para conocer de las solicitudes de rectificación registral del sexo y nombre de pila, porque tratándose de un ámbito de reserva amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional (Conducta auto referente), la decisión en conciencia compete en última instancia a la propia persona transgénero.

Con la elección del Registro Nacional de las Personas en lugar del Poder Judicial, se evita que el órgano jurisdiccional incurra en decisiones “paternalistas” que de hecho puedan afectar o incluso cercenar los principios constitucionales que hacen al respecto a la dignidad humana y a la autonomía personal.

Con la decisión del Registro Nacional de las Personas en lugar del Poder Judicial también se evitan las decisiones contradictorias, y las largas esperas a veces motivadas en cuestiones procesales, como por ejemplo cuestiones de competencia. En este aspecto vale recordar que en algunos casos ha llegado a intervenir la Corte Suprema de Justicia para determinar quien era el juez competente para resolver en una cuestión de autorización judicial para realizar una operación de readecuación sexual, y recién después de agotar las instancias para determinar la competencia del Tribunal judicial, se pudo iniciar el trámite para lograr la autorización ante los Juzgados Civiles y Comerciales Federales de la Capital Federal. Con lo cual se demoró 3 años y medios en obtener sentencia de primera instancia en un juicio de amparo. (16)

Cabe recordar que el principio de autonomía de la persona, determina que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida”. (17)

Establece tanto la gratuidad del trámite de adecuación de género, como la innecesariedad de patrocinio jurídico alguno.

En el artículo 6°, el proyecto de ley establece que los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado.

Art. 7°. Efectos. Los efectos de la rectificación del sexo y el /los prenombre/s, realizados en virtud de

(16) Caso “Portatadino” Portatadino Alejandro sobre amparo”; Expediente n° 8.912/2002, Secretaría n° 4, del 22 de setiembre del 2005 Juzgado n° 2 Civil Comercial Federal de la Capital Federal.

(17) NINO, Carlos Santiago. “Ética y derechos humanos” 2ª ed. Astrea, Buenos Aires 1989, p. 204.

la presente ley, serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registros.

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

En todos los casos será relevante el número de Documento Nacional de Identidad de la persona, por sobre el prenombre o apariencia morfológica de la persona.

De la letra de la norma se deduce que el estado civil de las personas no cambia en virtud del cambio de género. Ello así la condición de padre, hijo y esposo no sufre ninguna modificación por el hecho de variar el sexo o el nombre de pila o la imagen en los documentos de identidad.

En este sentido coincidimos con la jurista uruguaya Mabel Rivero quien explica que el estado civil o estado de familia sigue siendo el mismo, sin perjuicio de que tanto sus familiares como los terceros lo llamen por un nombre de pila distinto al originario, nombre de pila que al procederse a la rectificación documental deberá coincidir con su identidad de género.

El estado civil de las personas está sujeto en su regulación a normas estrictas dictadas por el legislador ya que su materia es de orden público, el estado civil no puede quedar sujeto al libre arbitrio de los individuos. (18)

En sentido concordante el artículo 5to de la ley Uruguay 18620 establece que “A los efectos registrales, el cambio de cualquier dato que incida en la identificación del sujeto conforme a esta ley, no implicará el cambio de la titularidad jurídica de los actos inscriptos en la Dirección General de Registros. A estos efectos, el Registro siempre considerará la rectificación como un acto modificativo que deberá vincularse con la inscripción anterior”.

De lo expuesto se desprende que la persona transgénero que adecua su nombre de pila y sexo no altera la titularidad de los derechos y obligaciones ni personales, ni patrimoniales.

Es decir que los derechos y obligaciones jurídicas que tenía Alejandro persistan luego del cambio de nombre de pila y sexo, a cargo de Alejandra.

Cabe preguntarse si la situación de cambio de nombre de pila y sexo puede traer aparejado incon-

(18) RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “En torno a la Ley 18.620 (identidad de género)”.

venientes, en los negocios celebrados en la Argentina y cuya exigibilidad se pretenda en el exterior. Una de las dificultades con la que nos podemos encontrar es la complicación probatoria para aquellas obligaciones no registrables, ya que será un problema para el acreedor, ejecutar a una persona teniendo otro nombre, ya que tendrá que probar que es la misma persona con la cual se obligó el deudor. No podemos olvidar que si bien el nombre forma parte del derecho de identidad, también constituye un elemento de identificación del sujeto, y como tal, debe estar sujeto a una cierta estabilidad.

Otra pregunta que podemos hacernos, es ¿qué sucede con los derechos pensionarios que tiene una viuda, si luego esta cambia de sexo? La pregunta cabe realizarla cuando tenemos un derecho pensionario otorgado a una mujer en su condición de viuda, y luego ella solicita el cambio de nombre y sexo. Si bien cambia su sexo, el cambio registral no alterará los derechos adquiridos, y por lo tanto no debería alterarse este derecho a la pensión, por más que María ahora sea Mario. (19)

Con respecto al derecho a la jubilación cabe preguntarse a que edad se adquiere el derecho a la jubilación de una persona que nació varón y mudó su género a mujer, ¿Esta persona se puede jubilar a los 60 o a los 65 años?

El tema del momento en que se pueden gozar los derechos que establecen requisitos diferenciados entre hombres y mujeres es una de las cuestiones que más problemas jurídicos ha causado aún en aquellos países que permiten el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad.

La cuestión reviste tal importancia que ha llevado a algunas personas a recorrer el largo camino procedimental hasta llegar ante Cortes de Derechos Humanos. Cabe recordar entre otros el caso Goodwin, (20) resuelto por la Corte de Derechos Humanos de Europa. Goodwin era un transexual nacido varón que modificó su género a mujer, cambiando su nombre y sexo en los documentos de identidad de acuerdo al derecho Inglés. Sin embargo cuando Goodwin intentó jubilarse como mujer a la edad de 60 no la pudo

lograr, ya que a los hombres se les otorga a la edad de 65 años. Tampoco pudo beneficiarse de la reducción de prima de seguro que se les cobra a las mujeres, ni de la reducción del precio en el transporte público que gozan las mujeres desde los 60 años porque para estos beneficios se tenía en cuenta el sexo de origen y no el reasignado, ello lo llevó a recurrir ante la Corte de Derechos Humanos de Europa, quien hizo lugar a su pretensión.

La Corte de Estrasburgo advierte que el mero cambio de los documentos de identidad y la adecuación del nombre de los transexuales no les permite a ellos vivir de acuerdo a la identidad que les es propia, y que sufren continuar humillaciones y discordancias en el trato que se les da por haber cambiado de género de forma irreversible. Ya que no obtienen todos los derechos del género adoptado, y deben revelar el género al que ya no pertenecen para múltiples actos de su vida, salvo que se adecuen las partidas de nacimiento.

En un cambio radical de postura en el considerando 91, del caso Goodwin, la Corte expresa que el “ Tribunal no está convencido que el permiso al aspirante para regirse por las reglas aplicables a mujeres, cambiando la fecha de elegibilidad para su pensión estatal, no causará injusticias a otros en los sistemas de pensión nacionales de seguros y estatales. *El Tribunal considera que es razonable que la sociedad pueda tolerar cierta molestia para permitir a individuos vivir con dignidad y conforme a la identidad sexual escogida por ellos, lo que implica un gran costo personal de por sí.*”

Personalmente siempre hemos pensado que al adecuar registralmente los documentos de identidad, se debe poder gozar de todos los derechos del sexo reasignado. Ello así el sexo de origen masculino no influiría para que una vez adoptado el sexo femenino los derechos jubilatorios se obtuvieran a los 60 años en lugar de a los 65, siempre y cuando no se realizara la adecuación con el solo fin de defraudar al sistema jubilatorio, cosa que podría ocurrir ante una ley que no requiere, ni prueba de la disforia de género, ni adecuación física, ni tampoco, tratamientos hormonales previos, ni cambios de apariencia, ni certificados médicos para solicitar el cambio de sexo.

El cambio de sexo en los documentos de identidad y en las partidas, no produce ningún efecto sobre el matrimonio, en cambio en la legislación italiana, la rectificación de atribución de sexo, provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa, en definitiva la resolución judicial de concesión se configura como una nueva hipótesis de disolución matrimonial.

(19) MARTÍNEZ PEREYRA, Carolina. “Adecuación registral de la mención del nombre y/o sexo en los documentos identificatorios. D3799/2010.

(20) Corte Europea de Derechos Humanos, 2002/07/11. Christine Goodwin c. Reino Unido. Fallo comentado por Belluscio, Augusto “Transexualidad. Derecho de los transexuales de casarse. (Jurisprudencia Extranjera)” “La Ley 14/03/2003, 1. MEDINA, Graciela y LETVIN, Melisa TRANSEXUALES, Trascendente cambio de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Comentario al fallo “Christine Goodwin c. Reino Unido.”

Por su parte, en la legislación alemana, uno de los requisitos para la tramitación de la solicitud, es no estar casado. La ley prevé que si la cirugía de reasignación sexual se hubiera realizado con anterioridad a su entrada en vigencia, la entrada en vigor de la ley produce la disolución del matrimonio.

En nuestro derecho, la adecuación del sexo o del nombre de pila no cambia el estado de casado de la persona, pero consideramos que puede ser una causal de divorcio o de nulidad de matrimonio.

La nulidad del matrimonio se producirá si se dan los supuestos del error, y el divorcio a nuestro juicio, puede ser solicitado, por la causal de injurias graves. Reconocemos que ésta posición es criticada en doctrina, porque el ejercicio de un derecho fundamental, no puede ser causal de injurias, (21) pero no encontramos otra solución para la persona heterosexual u homosexual que se caso con alguien teniendo en cuenta su sexo y éste haciendo uso de la autonomía de la voluntad, lo cambió. Evidentemente, no se le puede negar al cónyuge del transgénero el derecho a pedir el divorcio por el cambio de las circunstancias. Advuértase que en materia de injurias, no hace falta la intención de injuriar, para que se constituya la actitud como causal de divorcio. Así por ejemplo, la infidelidad constituye injuria aún cuando el engaño no hubiera sido realizado con intención de injuriar. En el mismo sentido pensamos, que el cambio de sexo y nombre en la partida de nacimiento, constituye una causal de divorcio. De lo contrario, quedaría librado al arbitrio del transgénero el querer divorciarse o no de su cónyuge, con las consecuencias patrimoniales que esto acarrea en un régimen de comunidad legal y forzosa como el que existe en la actualidad en la Argentina.

Art. 8°. La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial.

Cantidad de cambios de sexo.(22)

El sexo de la persona se determina legalmente al tiempo del nacimiento en virtud de la inscripción en el registro civil, dicha declaración se fundamenta en una apreciación morfológica, basada en conocimientos naturales que distinguen el sexo femenino del masculino. Y será esta calificación natural la que va a determinar, inicialmente, el sexo legal o jurídico, sin que exista específicamente, en nuestro ordenamiento,

una reseña sobre lo que jurídicamente se comprende por sexo femenino y sexo masculino. (23)

La ley prevé que ante el Registro Nacional de las Personas se puede realizar un cambio de sexo y nombre de pila de acuerdo a la identidad de sexo ello surge del artículo 8°, que establece que la rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial.

El sexo en realidad no se puede modificar, lo que se cambia es la denominación a los fines de adecuarlo a su identidad de género pero la ciencia no está en condiciones de cambiar el sexo de las personas: existen operaciones -llamadas de reasignación en las que se extirpan los órganos sexuales anatómicos y, mediante prótesis y remedos quirúrgicos, se obtiene una aproximación anatómica al otro sexo. (24)

Art. 9°. Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/a titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada.

No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de prenombre en ningún caso, salvo autorización del/a titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248.

En la ley la confidencialidad se protege de una cuádruple forma: 1°. Para acceder al acta de nacimiento original, se debe contar con autorización de su titular; 2°. Sólo se puede acceder al conocimiento del acta de nacimiento originaria, sin autorización del titular, cuando exista autorización judicial debidamente fundada; 3°. Se exige de publicar en los diarios el cambio de nombre, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 18.248; y en 4° lugar, se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma.

Lo expuesto implica que ni aún en el supuesto de celebración del matrimonio, se dará a conocer el acta originaria de nacimiento, sin autorización del titular.

En el ámbito de la tutela de la persona, la legislación italiana preserva el derecho a la intimidad de quien jurídicamente ha cambiado de sexo. La dispo-

(21) BENITEZ CAORSI, Juan J., "Improcedencia de la rectificación de partida por cambio de sexo", D2320/2009.

(22) Art. 8° La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial.

(23) TOLDRA ROCA, Ma. Dolors, "Capacidad Natural y capacidad matrimonial. La transexualidad" p. 106, Comares, 1999, p. 106.

(24) Fidalgo Cesar, urólogo argentino especialista en operaciones de adecuación sexual en reportaje <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-64262-2006-03-14.html>

sición, en concreto el art. 5-45, de la ley, señala que la declaración del estado civil relativa a la persona que ha obtenido en virtud de sentencia la rectificación del sexo, se expide con la sola indicación del nuevo sexo y el nombre.

En Alemania el derecho a la intimidad está protegido por el artículo 5° de la ley, que prohíbe revelar el nombre anterior, sin la autorización de la persona afectada, a no ser que lo exija el interés público. (25)

Art. 10. Notificaciones. El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de Documento Nacional de Identidad al Registro Nacional de Reincidencia; a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente para la corrección del padrón electoral y a los organismos que reglamentariamente se determine.

La notificación al Registro Nacional de Reincidencia, tiene como fin evitar que el transgénero eluda el cumplimiento de la ley penal o de las sanciones que ésta contempla a la reincidencia.

La comunicación al registro de reincidentes permite que aunque se cambie de prenombre y de sexo, se mantenga una unicidad personal en lo relativo a los delitos penales.

Por su parte la notificación del cambio del Documento Nacional a la Secretaría del Registro Electoral, permite tanto la corrección del padrón electoral, como la continuación de la personalidad a los fines de sancionar las violaciones a la ley electoral.

Art. 11. Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de 18 años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento.

(25) Art. 5. Cuando la resolución, mediante la cual se haya producido el cambio de nombre del solicitante, sea firme, no podrán sin permiso del solicitante, hacerse públicos los anteriores nombres, a no ser que lo exija el interés público.

Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

El PMO y el costo de las cirugías de adecuación sexual y terapias hormonales previas.

Una de las cuestiones más controvertidas de la ley es que incluye en el PMO a las cirugías de adecuación sexual y a las terapias hormonales que son de un altísimo costo (26) y que deben utilizarse de por vida para lograr la apariencia de un sexo diferente al de origen. En la actualidad las cirugías de adecuación sexual se realizan en forma gratuita en algunos Hospitales Públicos especializados como el Hospital Ricardo Gutiérrez de La Plata.

Cabe preguntarse cual es el fundamento por el cual las terapias y cirugías de readecuación sexual deben estar garantizadas por la cobertura mínima a la que todo individuo debe acceder, señala Lucas Grosman que no basta con argumentar “que se trata de una cuestión de salud” ya que hay muchas cuestiones de salud que no están incluidas en el mismo....El mero hecho que los tratamientos a los que se refiere conciernan a la salud en general o a la salud reproductiva en particular no es suficiente para concluir que se encuentren garantizados dentro del mínimo que el Estado de garantizar. (27)

Creemos que el fundamento radica en que no es posible ignorar que las personas transgéneros no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se

(26) Si bien los costos varían de médico a médico para tener una idea podemos afirmar que los procedimientos de metoidioplastia oscilan en costo de cerca de \$2,000usd (por sólo la liberación del clitoris) a \$18,000usd (incluyendo la extensión uretral y los implantes testiculares), y quizá más si se realiza(n) la histerectomía y Ooforectomía al mismo tiempo. A esto hay que adicionar los procedimientos de faloplastia que tienden a ser muy caros (entre \$50,000usd y \$150,000usd) <http://www.disforiadegenero.org/modules.php?name=News&file=article&sid=346>, visitado el 29 de diciembre del 2011.

(27) GROSSMAN, Lucas, “Comentario” en Derecho y Sexualidades Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2009, p. 75.

agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo, según lo expresa la CSJN en el precedente *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia*. (28)

Pensamos que el estado debe hacerse cargo del costo de los tratamientos de las personas transgéneros no solamente porque esté en juego su derecho a la salud, ya que como dice Lucas Grossman no todas las necesidades de salud pueden ser satisfechas por el Estado; sino porque la adecuación del género permite rescatar de la marginalidad social a personas que han caído en ella a consecuencia de su disforia y de este modo fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad. (29)

La gravedad de la cuestión reside en que todas las prestaciones en Plan Médico Obligatorio son obligatorias para las obras sociales y para las empresas de medicina prepaga. En efecto la Ley de 26657 de Empresa de Medicina prepaga establece en su artículo 7 que las empresas de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio.

Es necesario poner de relieve que el artículo 10 de la ley 26657 establece la obligación de aceptar en el sistema a todo aquel que lo solicite, sin tener en cuenta la patología preexistente y el costo de la misma. Esta situación puede incrementar el riesgo de los beneficiarios de la medicina prepaga de tal manera que, para poder abordarlo, la empresa aumente la cuota de manera desmedida.

Lo cierto es “que si se pretende que la medicina de financiamiento privado soporte cargas públicas, esto es no relacionadas con la conmutatividad del contrato, es necesario que puedan tener una escala

cuantitativa que permita difundir ese costo” de todas formas pensamos que el elevado costo de las cirugías totales o parciales de reasignación sexual aunque se difunda el costo siempre va a impactar sobre todos los usuarios.

Por otra parte hay que tener en cuenta que cuando se habla de cirugías de adecuación sexual, no se está haciendo referencia a una operación sino a múltiples operaciones. Por ejemplo en el caso de reasignación de sexo en el caso de una persona que nace mujer, pero se siente hombre, se realizan generalmente tres cirugías. En la primera, se hace una mastectomía bilateral: se extraen las mamas y se adapta el tórax para darle un aspecto masculino. En una segunda etapa, se realiza una colpo-anexo-histerectomía, que consiste en extraer vagina, útero y ovarios. En la misma cirugía se colocan dos prótesis testiculares dentro de los labios mayores, que van a simular las bolsas escrotales. También se hace un pene con tejido abdominal y se conserva el clítoris en la base para preservar sensibilidad. En una tercera etapa, se coloca dentro de ese pene una prótesis hidráulica, lo que le va a permitir tener erecciones y mantener una vida sexual activa. (30)

En cuanto a los hombres que desean tener apariencia femenina total deben someterse al menos a tres cirugías a saber: Implante de senos, Orquidectomía bilateral o extirpación quirúrgica de testículos y vaginoplastia, (31) con mas los tratamientos hormonales de por vida y en algunos casos con cirugías en las cuerdas vocales para obtener una voz femenina. Estas pueden ir acompañadas de cirugía de feminización facial que es un conjunto de procedimientos quirúrgicos que modifican el esqueleto facial en mujeres trans, brindándoles una armonía facial más femenina, aportando un gran beneficio en la vida social y emocional de estas Mujeres.

La ley no diferencia entre argentinos y extranjeros como si lo hace la ley Española, con lo cual nuestros hospitales públicos estarían obligados a brindar este tipo de cirugías y tratamientos a todas las personas sin distinción de nacionalidad lo que realmente comporta un exceso en un país que se encuentra en emergencia sanitaria.

(28) Corte Suprema de Justicia de la Nación *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia*; 329:5266 21/11/2006, LA LEY, 2006-F, 730, con nota de Javier Enrique Ayuso; Agustín Griffi; DJ 06/12/2006, 1011 - IMP 2006-23-24, 2991; LA LEY, 2006-F, 783, con nota de Andrés Gil Domínguez; LA LEY, 2007-A, 389, con nota de Laura J. Casas; Alfredo Martín Espíndola; LA LEY, 2007-E, 654, con nota de Néstor P. Sagués; Cita online: AR/JUR/6758/2006.

(29) *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia*.

(30) <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0533/articulo.php?art=26173&ed=0533> Entrevista a Cesar Fidalgo el Urologo especialista en Cirugías de Reasignación sexual de La Plata.

(31) Cuando se realiza una vagioplastia es necesario la dilatación con dilatadores. Si no se lleva a cabo la dilatación, la nueva vagina puede comenzar a estrecharse y cerrarse de forma irre recuperable. La dilatación es para toda la vida, <http://pashb.wordpress.com/operaciones/> consultado el 30 de diciembre del 2011.

Art. 12. Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre distinto al consignado en su Documento Nacional de Identidad. A su sólo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el Documento Nacional de Identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el prenombre elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de elección que respete la identidad de género adoptada.

Utilización de un nombre distinto sin cambio registral

La ley establece que deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad.

Aún antes de realizar el cambio de nombre y de sexo en sede administrativa las personas a su sólo requerimiento, pueden utilizar el nombre de pila adoptado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

El artículo 12 de la ley establece que en aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada

En nuestra práctica como docente universitaria en la Facultad de Derecho de la UBA hemos tenido

un caso de personas transgénero de aspecto femenino que figuraban con nombre de varón. Ante los pedidos formulados el primer día de clase de ser nombrados con sus nombres de mujer les hemos tomado lista durante todo el curso con el nombre de elección y el apellido real, y al final del curso hemos calificado a las alumnas de acuerdo al nombre de origen siempre teniendo en cuenta el documento de identidad sin ningún inconveniente y sin existir legislación alguna.

Creemos que una norma como la aprobada es positiva en casos como el comentado, siempre que se asegure la identidad entre la persona cuyo nombre aparece en los documentos y aquella que se presenta generalmente con un nuevo aspecto invocando el uso de otro nombre y pretendiendo adjudicar efectos jurídicos a actos realizados con un nombre de elección distinto al que figura en los documentos identificatorios.

3. Conclusiones

La ley comentada dota a la Argentina de una normativa integral sobre identidad de género otorgando herramientas eficientes para solucionar los problemas de las personas transgéneros acorde con los principios internacionales en derechos humanos.

Creemos que en la realización gratuita de cirugías la ley debería distinguir entre argentinos y extranjeros como lo hace la ley española, para evitar que los hospitales públicos estén obligados a brindar este tipo de cirugía y tratamiento a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, lo que realmente comporta un exceso en un país que se encuentre en emergencia sanitaria.

Consideramos que la reglamentación debería requerir el consentimiento informado sobre el alcance del cambio a realizar, por la importancia que éste tiene y por el tremendo impacto sobre la salud de quien lo solicita.

La ley es de avanzada, ya que contiene soluciones que superan los modelos que se conocen en el derecho comparado, sobre todo por la no disolución del matrimonio, la innecesariedad de la intervención judicial y el no requerimiento de ningún tipo de prueba para solicitar el cambio tanto de sexo como de nombre de pila, petición que se deja librada a la mas absoluta autonomía de la voluntad particular del interesado. ♦

LA IDENTIDAD DE GENERO (*)

POR ALEJANDRA PORTATADINO

Para comenzar esta lectura comencemos a descubrir el origen de la palabra género, la misma proviene del griego genus (origen) y luego el latín le agregó el Eris (ser), formando el genus eris "*el origen del ser*"... Por lo tanto el género está directamente asociado al ser y sentir de cada ser humano.

Entonces como primera medida tenemos que comenzar a distinguir entre el sexo de las especies macho-hembra, (especie humana hombre-mujer) y el género que es lo relativo a la identidad y entre ella a lo femenino y masculino, que es lo que nos diferencia de otras especies que nos da el carácter, el sentido de ser y el percibirnos a nosotros mismos. Con ese sentido de ser podemos construirnos a nosotros mismos de acuerdo a nuestro género.

En el año 1972 luego de un exhaustivo análisis, Suecia dictó la primera ley de identidad de género y a partir de ese momento otros países han recorrido el mismo camino.

(*) Una gran amiga e incansable luchadora por los derechos humanos y de la diversidad tuvo la amabilidad de invitarme a escribir para esta publicación... espero estar a la altura de los lectores... gracias Graciela por tu gentileza. Primera paradoja: León Tolstoi expresó: "Un hombre es como una fracción cuyo numerador corresponde a lo que él es, mientras que el denominador representa lo que él cree ser. Cuanto más grande es el denominador, más pequeña es la fracción". Sin embargo, con una visión renovada, y como contrapartida a nuestro querido Tolstoi, también podríamos considerar que: "Un hombre es como un número entero, y su género (o lo que él cree ser) como la potencia al que está elevado; mientras más grande es la potencia, más se construye y engrandece a sí mismo..."

Pero hoy nos toca a los argentinos legislar sobre la vida de muchas personas que tenían sus más fundamentales derechos cercenados. Desde Mariela Muñoz operada en Chile en los 80 que pudo obtener su DNI recién en el año 1997, desde allí hasta la actualidad la sociedad ha avanzado poco a poco en comprender realmente el significado de poder llevar una vida digna. Todos nacemos bebés, bebamos, sin el uso de la palabra y el poder expresarnos, nos bautizan y anotan en los registros civiles con el nombre de acuerdo a nuestra anatomía... ¿pero que pasa cuando esa anatomía no responde al sentir de el niño que va creciendo?... Algunas personas sienten estar encerradas en el cuerpo equivocada, otras no se sienten identificadas con su identificación. Entonces comienza a surgir el gran interrogante social, cultural y religioso... incluso la justicia no sabía como responder estos interrogantes.

¿Qué pasa hasta el día de hoy?... El 90% de la población travesti, transexual, transgénero e intersexual se encuentran en situación de desempleo o subempleados en negro. La calle y las zonas rojas son la única alternativa "laboral" que ofrece la sociedad, teniendo que soportar las inclemencias del tiempo y temperaturas que llegan a los 5 grados bajo cero de sensación térmica, a veces tienen que estar prácticamente desnudas para llamar la atención de los clientes, de lo contrario al otro día, no comen. Para aguantar las inclemencias del tiempo, la evasión de la realidad del rechazo social, y el estilo de sub vida que tienen que llevar el consumo de alcohol y drogas es una alternativa que las hace dependientes, con las terribles consecuencias para su salud, bajando su esperanza de vida a un promedio de 35 años.

El derecho a ser y a la identificación como persona es un derecho inalienable, un derecho que comenzó a gestarse en la asamblea del año XIII con la abolición de la esclavitud entendiendo que todos los ciudadanos son iguales. Nuestro preámbulo es bien claro cuando dice *con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer ála defensa común), promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*. Sin embargo hasta el martes 8 de mayo del 2012 no se cumplía en su plenitud.

La identificación es el reflejo de la persona ante la sociedad, se ve representada por un documento otorgado por la nación donde figuran los datos primarios de la misma. Ahora bien desde la ingeniería estamos acostumbrados a resolver problemas de la física con diferentes paradigmas, otorgándoles a los mismos, letras o números para su mayor simplificación y poder realizar los cálculos y ecuaciones que permiten interpretarlos. Incluso las matemáticas han tenido mucha relación desde sus inicios con el desarrollo de la psicología científica moderna. Ya en el siglo XIX, un físico, G. Th. Fechner, y un fisiólogo, E. H. Weber, fundaron esa rama de nuestra ciencia que desde entonces ha venido denominándose psicofísica y cuyo objetivo inicial fue el de establecer las relaciones regulares entre las dimensiones físicas y las psicológicas.

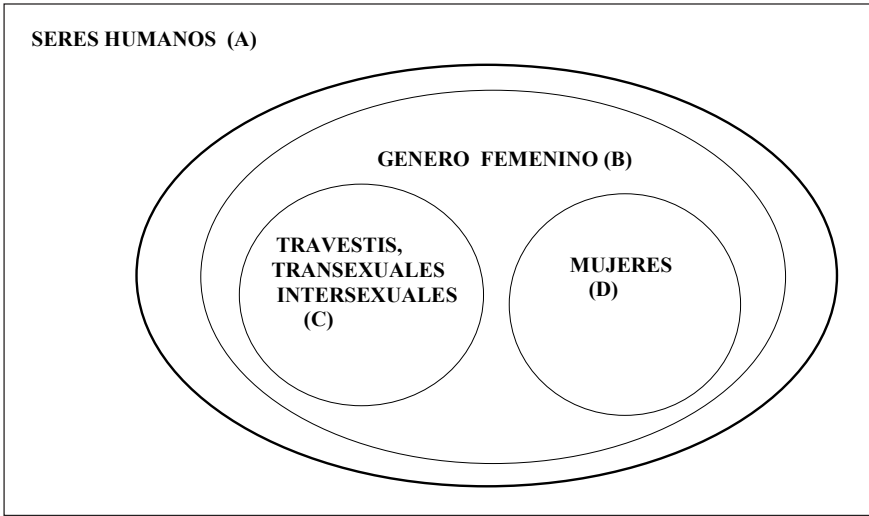
Lo interesante de los elementos matemáticos y algebraicos es que no obedecen a ninguna ideología cultural y sus resultados son libres de cualquier prejuicio. Estos casos no dejan de resultar muy interesantes para la reflexión y el análisis con una mente libre de cualquier prejuicio. Podemos recordar de los estudios secundarios la teoría de los conjuntos que será la herramienta de análisis que utilizaremos y verán que interesantes serán sus resultados aplicados a un paradigma social. Para iniciar este análisis juguemos un poco con una visión conjuntista de la paradoja que expresa que los conjuntos son de dos tipos: los que se contienen a sí mismos como miembros y los que no. Un ejemplo del primer tipo

sería el conjunto de las cosas pensables, pues a su vez es una cosa pensable. Y del segundo tipo sería el conjunto de las personas, pues el conjunto en sí no es una persona y, por tanto, no pertenece al conjunto como miembro.

Consideremos ahora y llamémosle A al conjunto de todos los conjuntos que no se contienen a sí mismos como miembro. ¿Está A contenido en sí mismo como miembro? Si lo está, porque por definición no se contiene a sí mismo, por lo tanto no lo está. Pero si no lo está, por definición, debe estar. Como la mayoría de los lectores de esta publicación han abocado sus estudios al mundo de las letras, y las leyes, para su mayor comprensión haremos los análisis representados por las mismas, y veremos como aplicar divertidamente estos preceptos en el concepto de género. A su vez observaremos como el ser humano es diverso incluso en la propia diversidad.

Tenemos el conjunto (A) que abarca la humanidad (seres humanos), dentro del mismo se encuentra divididos por sexo y por género, ahora bien tenemos que buscar un factor común ya que el estado no puede hacer un documento que simplifique la identificación, no que la complique, vemos que el factor común que identifica a las partes ante la sociedad es el género, El conjunto (C) de mujeres tiene Género femenino, el conjunto (D) Travestis, Transexuales, Intersexuales, tiene Género femenino, ambos son parte del conjunto (A) de los seres humanos. Necesitamos identificar a los seres humanos de acuerdo a su imagen y su nombre ante la sociedad, que herramienta utilizamos, ¿el sexo?, o ¿el género?... si identificamos con el sexo, nos obligaría a violar la intimidad de una persona en cuento a su genitalidad, porque incluso tendríamos que ver las medidas y tamaño en caso de los hombres para ver si es o no la persona, ¿y en que estado tomamos las medidas?, ya que tendría que estar normada la escala de medición. Entonces si el Conjunto (C) y (D) pertenecen al conjunto (B) que corresponde al Género. Mientras que el conjunto (D) no pertenece a (C) y viceversa, el factor común es (B), aplicando el mismo sistema a los masculinos y varones, que queridos míos tampoco se salvan, resulta el método más adecuado con el cual se tienen que identificar las y los ciudadanos.

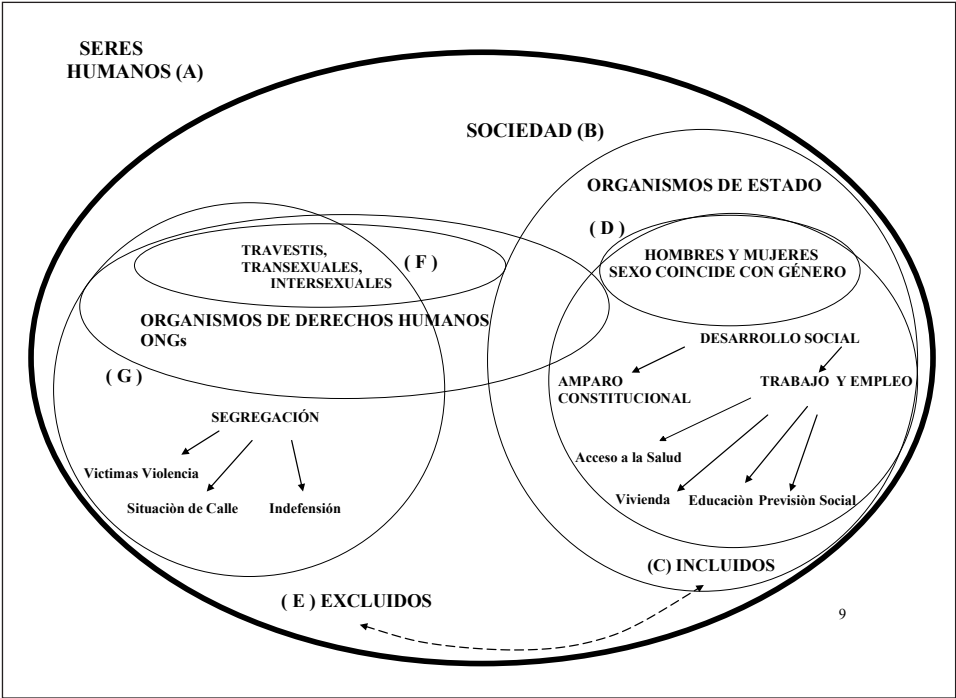
Continúa en página siguiente



Los conjuntos numéricos son agrupaciones de números que guardan una serie de propiedades estructurales, una de sus características es la relación de equivalencia, compuesta por tres pilares que son la Reflexividad donde todo elemento está relacionado consigo mismo. Simetría: Si un elemento está relacionado con otro, entonces ese otro elemento también se relaciona con el primero y Transitividad: Si un elemento está relacionado con otro, y ese otro a

su vez se relaciona con un tercero, entonces el primero estará relacionado también con este último.

Esquema, de mapa social, (en la jerga del análisis de redes es denominado *sociograma*), para representar la realidad social en que estamos inmersos, comprenderla en su extensión más compleja posible y establecer estrategias de cambio para la realidad así comprendida.



Como observamos en el sociodrama tenemos varios conjuntos, el (A) representa al conjunto de todos los seres humanos (E) y (C). Observemos que está incluido el conjunto (B) de la Sociedad y dentro de la sociedad los incluidos representados por el conjunto (C), que son el conjunto de personas (D) de hombres y mujeres cuyo sexo coincide con su identidad de género. Pero queda al margen de (B), el conjunto (E) de los excluidos, ya que no son parte de la sociedad al carecer de los mismos derechos, y ahí es donde está el conjunto (F) Travestis transexuales intersexuales, que pertenecen al conjunto (A), pero también pertenecen al conjunto (E) y no pertenecen al Conjunto (C).

Entonces según el preámbulo que expresa *“promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”* tenemos la primera falacia, ya que esto no es verdad. Todos somos iguales, pero no todos somos iguales. Las ONGs de derechos humanos como la CHA Comunidad Homosexual Argentina, ONG Inscripta en Alto Comisionado de las Naciones Unidas, tienen el origen de su ser y existir la desigualdad que existe en nuestro país, y se ve en el conjunto (G), si bien es parte de la Sociedad y está incluida su trabajo intercepta al conjunto (E) de los excluidos, e incluye el conjunto (F) de personas travestis, transexuales e intersexuales. Expresado en otro gráfico la falta de acceso los medios socioculturales más básicos, votar, salud, ahorro, empleo, vivienda, estudio y formar una familia... todo llevaba al alcoholismo, drogadicción, prostitución y suicidio.

Llegado a este punto, veamos ahora qué pasa con el sexo y el género.

Como primera falacia tomemos nuestros nuevos documentos de identidad y observemos su contenido, detengámonos donde dice SEXO, a continuación

observarán la palabra masculino o femenino, o sea menciona al sexo, pero la descripción es la del género.

Una de las definiciones de Femenino es: Relativo a la mujer: *institución femenina*. Que es propio de la mujer: *ademanes femeninos; tiene un andar muy femenino*, y viceversa con Masculino.

Entonces no hablamos sexológicamente de hombre o mujer, la mujer va a seguir siendo mujer, al igual que el hombre, acá no discutimos el sexo. Todo lo contrario acá se intenta sincerar la imagen y el nombre que la persona representa ante la sociedad y por la cual es conocida, por eso hablamos del género, del ser y sentir de la persona el cual tiene que ser concordante su imagen con la identificación.

Constituye un absurdo intolerable tratar con el género masculino a toda persona que no lo representa ante la sociedad y lo que viene a lograr la recientemente sancionada ley de género es superar esta incongruencia inadmisibles que no aporta ninguna eficiencia a nuestra sociedad: Porque identificar a alguien con un género que no coincide con el real no contribuye a enaltecer ningún valor constitucional.

De allí que corresponda darle a la identificación el valor que le corresponde mediante dos medios: la aceptación del género como lo que representa la persona ante la sociedad, y la justa importancia del sexo como valor de identificación.

El sexo es la privacidad de cada persona y no se exhibe ni en barrio ni en la calle, lo que la gente ve es el género y es lo que tiene que estar de acorde a la identificación.

Pero, como todavía el ser humano es muy etnocentrista y la realidad nos muestra que pese a estar en el siglo XXI, existe una controversia social, encontremos en el género un factor común que no hiera ninguna susceptibilidad. ♦

UNA LIBERTAD MAS, UN DOLOR MENOS

POR GUILLERMO SCHEIBLER

SUMARIO: I. Introducción. II. Reconocimiento legal expreso de la “identidad de género” y derecho a su reconocimiento estatal. III. Requisitos. Modificación del sexo registral sin cirugía. IV. La reiteración de un diálogo virtuoso.

I. Introducción

A partir de los últimos meses de 2010 comenzaron a ingresar a los juzgados de primera instancia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad numerosos amparos de hombres y mujeres que pretendían lograr la rectificación de documentación y registros personales a fin de hacerlos coincidir con su identidad de género autopercebida.

Patrocinadas por letrados de distintas organizaciones de la comunidad LGBT, en las demandas se hacía alusión a los proyectos de ley presentados ante el Congreso Nacional (1) que perseguían la consagración legislativa del derecho cuyo reconocimiento judicial se pretendía.

Se replicó así respecto de la identidad de género, una situación similar a la que se presentó anteriormente en torno al matrimonio igualitario. Es decir, en ambos supuestos, existían ya normas locales de la Ciudad de Buenos Aires que —con las limitaciones propias de su competencia constitucional— reconocían en su órbita ciertos derechos en ambas materias

(2) y, también, se había intentado la vía judicial ante la justicia “nacional” en lo civil.

En efecto, la ley 1004 (3) había consagrado en 2003 las “uniones civiles” sin distinción de sexos y dispuso que para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanasen de toda la normativa dictada por la Ciudad, sus integrantes tendrían un tratamiento similar al de los cónyuges (art. 4º). Por su parte, la ley 3062 (4) había establecido en 2009 que “deberá respetarse la identidad de género adoptada por travestis y transexuales que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identi-

(2) La ley 1004 (B.O.C.B.A. 27/01/2003) consagró las uniones civiles y dispuso que para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanasen de toda la normativa dictada por la Ciudad, sus integrantes tendrían un tratamiento similar al de los cónyuges (art. 4º). La ley 3062 (B.O.C.B.A. 23/06/2009) establece que “deberá respetarse la identidad de género adoptada por travestis y transexuales que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identidad y, a su sólo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión administrativa tanto en la Legislatura de la C.A.B.A. como en las dependencias de la Administración Pública Central local, entes descentralizados, entidades autárquicas, Empresas y Sociedades del Estado y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenga participación” (art. 2º).

(3) B.O.C.B.A. del 27/01/2003.

(4) B.O.C.B.A. del 23/06/2009.

(1) El primero de ellos del año 2007, presentado por la diputada (MC) Silvia AUGSBURGER. Al momento de comenzar la presentación de las demandas de amparo, ninguno poseía aprobación de alguna de las Cámaras, ni dictamen de Comisión.

dad y, a su sólo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión administrativa tanto en la Legislatura de la C.A.B.A. como en las dependencias de la Administración Pública Central local, entes descentralizados, entidades autárquicas, Empresas y Sociedades del Estado y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenga participación” (art. 2°).

A su vez, María Rachid y Claudia Castro habían accionado persiguiendo su derecho a contraer matrimonio, amparo que obtuvo sendos rechazos en primera instancia y Cámara y se tornó inoficioso su tratamiento ante la Corte ante la sanción de la ley 26.618 (Adla, LXX-D, 3065). Respecto de la rectificación de la documentación personal en los términos de la identidad de género autopercebida, si bien existían numerosas sentencias que hacían lugar a los planteos, por lo general ello se supeditaba a la previa realización de una operación de readecuación de genitales, y se lograba tras desgastantes procesos de dilatado trámite, que incluían la realización de múltiples pericias médicas y psicológicas.

En ese contexto se comenzaron a dictar sentencias de diversos tribunales de primera instancia del fuero contencioso porteño (5) con un enfoque diverso al existente, que por lo general fueron consentidas y ejecutadas, por lo que se expidió a los/as actores/as documentación acorde a su identidad de género, con anterioridad a la sanción de la ley por parte del Congreso de la Nación.

No es la aspiración de estas líneas efectuar un repaso de los principales ejes argumentales de esas decisiones —tarea que intentamos realizar en otro trabajo, al que remitimos— (6) sino efectuar algunas provisorias y breves primeras reflexiones en torno

(5) Autos “T, F. c. GCBA s/medida cautelar”, del 19 de noviembre de 2010, de Helena Liberatori; Juzgado CAYT N° 13 “S.D.A. c. GCBA s/amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010, La Ley Online, AR/JUR/87087/2010; Juzgado CAYT N°6, en autos “R.M.E. c. GCBA s/amparo”, Expte. EXP 39.840/0 sentencia de diciembre de 2010” de Andrés Gallardo; Juzgado CAYT N°15, en autos “N.D.A. contra GCBA s/amparo”, Expte.: EXP 41.648/0”, sentencia del 12 de septiembre de 2011 de Gabriela SEIJAS; Juzgado CAYT N°1, “C.D.F. c. GCBA s/amparo”, Expte. EXP 39.455/0”, sentencia del 29 de diciembre de 2011 de Juan Vicente Cataldo; Juzgado CAYT N°9, “F.A.P. c. GCBA s/amparo”, Expte. EXP 40486/0, sentencia del 26 de marzo de 2012, de Andrea Danas, entre muchas otras.

(6) SCHEIBLER, Guillermo, “Justicia porteña e identidad de género”, en la obra colectiva, VON OPIELA, Carolina [Dir.], Ley de Identidad de Género, Bs. As., La Ley, en prensa.

a algunos aspectos del texto legal aprobado, sobre todo a la luz de los fallos que abordaron previamente la cuestión.

II. Reconocimiento legal expreso de la “identidad de género” y derecho a su reconocimiento estatal

El primer artículo de la ley consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, a su libre desarrollo en torno a ella y a ser tratada e identificada consecuentemente.

Se consagra así de modo expreso e indubitable un concepto que permite el reconocimiento integral de derechos de la comunidad trans. Previamente en sede judicial se había considerado para casos concretos que la “identidad de género” ya poseía “fuerza normativa” (7) En algunos casos, (8) se lo hizo de un modo implícito a través de la interpretación conjunta del derecho a la identidad (9) con el derecho a ser diferente y la prohibición de discriminar en razón del género o la orientación sexual, (10) entre otras normas. En otros fallos, (11) a través del repaso de resoluciones de diversos organismos internacionales que nuestro país integra (12) que se refieren a la

(7) Respecto del concepto de identidad de género, se sostuvo que “permite comprender que el sexo asignado al nacer, no coincide con la percepción que los niños y niñas van teniendo sobre sí mismos a medida que crecen. Abarca el sentir más profundo de cada persona, que puede no coincidir con el sexo consignado, así como también, otras expresiones de género como lo son la forma de vestir, el habla y los gestos. Si bien generalmente las personas desarrollan su género en coincidencia con su sexo, esto no ocurre en el caso de los transexuales, para quienes hay una discordancia entre su sexo y su género (cfme. Derechos Humanos e identidad de género - Informe temático, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa —THOMAS HAMMARBERG—, Enero 2010)” (sentencia del Juzgado CAYT N° 13 “S.D.A. c/GCBA s/amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010, LA LEY ONLINE AR/JUR/87087/2010, entre otras similares).

(8) Autos “T, F. c/GCBA s/medida cautelar”, del 19 de noviembre de 2010 o Juzgado CAYT N°6, en autos “R.M.E. c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 39.840/0 sentencia de diciembre de 2010.

(9) Art. 19 de la CN y art. 12 de la Constitución de la Ciudad (en adelante, CCABA).

(10) Art. 11, CCABA.

(11) Juzgado CAYT N° 13, “S.D.A. c/GCBA s/amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010; Juzgado CAYT N°15, en autos “N.D.A. contra GCBA s/amparo”, Expte.: EXP 41.648/0”, sentencia del 12 de septiembre de 2011; Juzgado CAYT N°1, “C.D.F. c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 39.455/0”, sentencia del 29 de diciembre de 2011.

(12) OEA, ONU, Comité de DESC (Observación General N°20). En este último caso, la disposición del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional en tanto consagra

“identidad de género” y también de normas locales (13) que “legalizan” el concepto, se concluyó que si bien la *identidad de género* no se encontraba aún expresamente receptada en la normativa nacional que regía en ese momento la materia del proceso, se trataba de un concepto con amplia aceptación en el marco de los organismos internacionales, en los que incluso nuestro país ha manifestado su preocupación por las violaciones de derechos humanos basadas en discriminación por tal motivo. En el mismo sentido, se afirmó que la problemática que trae aparejada el desconocimiento de la *identidad de género* o la discriminación por esa razón, se encuentra contemplada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto en su marco constitucional como legal.

En paralelo, la ley nacional 26.657 (Adla, LXXI-A, 16) (14) veda la realización de diagnósticos en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de la elección o identidad sexual, decisión legal que no hace más que ratificar la idea de la “identidad de género” como un derecho y no como parte de una “patología” que se debe “demostrar” médica o psicológicamente.

Con esta lógica, se ha resuelto que “resulta evidente que el motivo esgrimido para acceder a la modificación del nombre y rectificación del sexo registral se vincula con aspectos de su más profunda intimidad. Por tal razón, [...] no resultan pertinentes pericias o exámenes, en tanto su realización no sólo no resulta necesaria, sino que constituiría —en el caso— una instancia indebida de escrutinio estatal de aspectos privados de su personalidad.” (15)

De esta manera, la “identidad de género” constituye una expresión más de los derechos que hacen a la protección de la autonomía individual y que caracterizan a nuestro sistema constitucional.

La cuestión se vincula entonces con el derecho a ser quien se es en todas las facetas de la personalidad humana sin restricciones o condicionamientos exógenos. Es decir, a poder ejercer el derecho a la *identidad*, que —como se expuso— se reconoce hoy en día como parte de los derechos personalísimos y

la jerarquía constitucional del PIDESC, en las condiciones de su vigencia, obligaba a incorporar a nuestro sistema de derechos el concepto de identidad de género, aún antes de la sanción de la ley nacional.

(13) Además del ya referido art. 11 de la CCABA, ver también las leyes 2687, 2957 y 3062 de la Ciudad de Buenos Aires.

(14) Promulgada en forma contemporánea a los primeros fallos del fuero contencioso en la materia.

(15) Parafraseando lo que afirmamos en, “S.D.A. c. GCBA s/amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010, ya citados.

que fluye de numerosas disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 11, CCABA; arts. 16, 19, 33 y 75, inc. 19, CN; arts. 3°, 5°, 11 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 7°, 17 y 26 del PIDCP y arts. 2°, inc. 2; 12, inc. 1, del PIDESC, entre muchos otros). (16)

III. Requisitos. Modificación del sexo registral sin cirugía

El artículo 4° de la ley enuncia *taxativamente* cuáles son los únicos requisitos exigibles posibles para ejercer el derecho: a) acreditar la edad mínima de dieciocho años (18), b) presentar ante las autoridades del Registro Nacional de las Personas una solicitud y c) expresar el nuevo nombre de pila elegido. Ésos y sólo esos son los requisitos exigibles. No resultará posible en modo alguno agregar por vía reglamentaria otros que no resulten razonablemente comprendidos en los descriptos. (17) Menos aún y en la misma inteligencia, podría señalarse que la falta de “negación de algún requisito”, puede habilitar incorporar un nuevo requisito “no negado”. (18)

En el último párrafo del artículo 4° de la ley se aclara que, “en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.”

Muchos —quizás la mayoría— de los procesos iniciados ante el fuero contencioso porteño se limitaban a solicitar el cambio de nombre de pila y “sexo registral”. Esto es, a diferencia de la mayoría de los casos judicializados antes de fines de 2010, se requería el cambio de nombre y sexo *sin que tal pretensión fuese acompañada de la solicitud de autorización para la readecuación genital*. Estimo que claramente estos nuevos planteos pretendían romper con el silogismo que por lo general imperaba hasta el momento en la jurisprudencia (19) de otros

(16) Para profundizar sobre el tratamiento de la cuestión del derecho a la autodeterminación y los daños a terceros en la jurisprudencia del fuero, ver en sentencia del Juzgado CAYT N°13, “S.D.A. c. GCBA s/amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010, La Ley Online AR/JUR/87087/2010, entre otras similares; Juzgado CAYT N°15, en autos “N.D.A. c. GCBA s/amparo”, Expte.: EXP 41.648/0”, sentencia del 12 de septiembre de 2011 y Juzgado CAYT N° 1, “C.D.F. c/ GCBA s/amparo”, Expte. EXP 39.455/0”, del 29 de diciembre de 2011.

(17) Por ejemplo, acreditar identidad.

(18) Por ejemplo, el acompañamiento de algún tipo de dictamen o informe médico o psicológico previo para dar curso a la petición.

(19) Probablemente las pretensiones incluidas en las demandas que dieron lugar a esos litigios, fueron planteadas en esos términos.

fueros que asociaba determinado “sexo” con determinados órganos genitales. Así, el cambio de nombre —y, consiguientemente, de sexo registral— sólo era posible “lógicamente”, si se procedía a la cirugía de reasignación. (20)

El reconocimiento legal expreso de la “identidad de género” permite avanzar hacia una más completa protección jurídica de los derechos involucrados al deslindar los términos “masculino/femenino” de las características de los órganos genitales e involucrar una multiplicidad de otros factores. El derecho se hace cargo así de la riqueza de la sexualidad humana (21) cuyas manifestaciones exceden largamente este tradicional concepto binario.

En esa línea, se expuso que “el sistema “tradicional” de identificación por sexos puede resultar altamente conflictivo para un porcentaje de individuos, no sólo intersexuales, sino también aquellos cuya autopercepción difiere de la que se registró al momento de su nacimiento. Al tiempo de nacer una persona, se toma en cuenta su sexo morfológico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comienza a desarrollarse.”(22)

De la mano de este razonamiento, resulta claro entonces que la no correspondencia entre el sexo que expresa la genitalidad y el género autopercebido, no constituye una “perversión”, “desviación”, o quienes la manifiestan “sujetos sexualmente inclasificables” o “errores de la naturaleza”, como frecuentemente se los había descripto desde visiones expresadas en numerosa doctrina y jurisprudencia que no lograba desprenderse de la noción que asimila al estereotipo dominante como parámetro de lo “deseable”, “bueno”, “sano” o “normal”. Se trata, ni más ni menos, que de manifestaciones minoritarias que no hacen sino enriquecer la fantástica pluralidad del género humano, y que —ante su diferencia frente a lo social e institucionalmente “aceptado” en la materia—, se ven (anhelamos poder decir, “se veían”) expuestas

(20) Sin embargo, ha de advertirse que en los últimos tiempos algunos fallos, si bien encadenaban en lo argumentativo la cirugía —que autorizaban— al cambio de documentación, en los hechos no la exigían como condición previa a la ejecución de la manda de rectificación registral.

(21) Al contrario de lo que muchos suponen, no todas las personas que autoperceben una identidad de género diversa a la de su sexo biológico desean efectuar una cirugía de readecuación genital, sin perjuicio de la realización de tratamientos hormonales o cirugías menores para asemejar su apariencia.

(22) Juzgado CAYT N° 15, en autos “N.D.A. c. GCBA s/ amparo”, Expte.: EXP 41.648/0”, sentencia del 12 de septiembre de 2011.

a numerosas situaciones de discriminación o padecimiento personal, que el derecho puede, debe y afortunadamente comienza a contribuir a superar. La cuestión radicaba entonces en qué hacer frente a las situaciones que innegablemente no se amoldan a las categorías que hasta el día en que se sancionó esta histórica ley resultaban hegemonícamente reconocidas por el derecho: Forzar la realidad para hacerla coincidir con nuestras construcciones culturales —entre las que se incluyen las legales, por cierto— o reconocerla, hacerla visible e intentar remover los obstáculos para el pleno desarrollo de las personas involucradas. (23)

Esta concepción (24) permite derivar en la innecesariedad —e incluso, en la ahora expresa ilegalidad— (25) de imponer como condición de acceder a los planteos la realización de una cirugía para los casos en que no fuera deseada.

Ahora bien, en virtud de estas consideraciones y de la conclusión de que se encontraban en juego derechos tutelados por el sistema jurídico, las sentencias previas a la sanción de la ley hicieron lugar a estas pretensiones aún sin que existiese una norma legal o reglamentaria específica o razonablemente afín que

(23) Sentencia del Juzgado CAYT N° 13, “S.D.A. c. GCBA s/ amparo”, Expte. N° EXP 39.475/0, del 29 de diciembre de 2010, entre otras similares.

(24) Si bien se ve enormemente facilitada por la recepción normativa expresa del concepto de “identidad de género” y del “derecho a ser diferente”, estimamos que de todos modos ya fluía de una adecuada interpretación de las normas que rigen todo el edificio constitucional de los derechos individuales (arts. 16 y 19 de la CN, entre otros), máxime al integrarla con el sistema internacional de derechos humanos.

(25) Al respecto, se afirmó que “supeditar la aceptación del pedido de la actora al sometimiento a una no deseada operación de ese tipo, implicaría en los hechos colocarla en la paradójica disyuntiva de someterse a una mutilación física [...] para poder lograr reparar la mutilación institucional o jurídica que importa la identificación estatal con una identidad de género diversa a la que posee. Va de suyo, que el ejercicio de este tipo de conductas por parte del Estado se encuentra vedado en nuestro ordenamiento jurídico, al menos desde 1813” (sentencia del Juzgado CAYT N° 13, del 29/12/2010, ya citada). También se resolvió que ello “derechamente violaría la prohibición de someter a las personas a “tratos crueles, inhumanos o degradantes” (DUDH, Art. 5; PIDCP, Art. 7; PSJ, Art. 5.2). En especial, el Art. 7 PIDCP dispone que “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, concepto que cabe extender análogamente al caso que se trata, a poco que percibamos que tal imposición no deja de ser una alquimia pretoriana para forzar, desde la cultura dominante, homogeneidad allí donde no la hay” (Juzgado CAYT N° 1, “C.D.F. c. GCBA s/ amparo”, Expte. EXP 39.455/0”, del 29 de diciembre de 2011).

lo autorizase. (26) A tal fin se basaron, (27) por un lado en la “garantía reglamentaria” contenida en el artículo 10 de la Constitución porteña que prescribe que la *omisión* o insuficiencia de la reglamentación de un derecho no puede frustrar su ejercicio. Por otro lado, echaron mano de la vieja doctrina de la Corte Suprema por la cual “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido [...] pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”. (28)

IV. La reiteración de un diálogo virtuoso

Quienes tuvimos la fortuna de participar de algún modo de la Convención Constituyente porteña de 1996 no olvidamos la fuerte presencia que el colectivo trans tuvo en las deliberaciones. En aquella ocasión —como hoy— luchaban y se manifestaban en defensa de sus derechos, que por ese entonces se focalizaban principalmente en denunciar y combatir la represión estatal (29) encarnada en los tristemente célebres “edictos policiales” que permitían y hasta fomentaban todo tipo de abusos.

De esa presencia surgió la cláusula transitoria 12ª que ponía una fecha de punto final a la vigencia de esa legislación punitiva. Pero también de esa presencia y esa mágica Convención surgieron las semillas de igualdad que quedaron dispersas por todo el texto constitucional. Esperando, germinando lentamente.

La consagración expresa del derecho a ser diferente, la prohibición de discriminar por razones de género u orientación sexual, (30) el derecho a la identidad de las personas, (31) etc., no es seguramente ajena al

(26) Sin perjuicio de ello, en varias sentencias se expresó la necesidad y conveniencia de un regulación legal en la materia “a fin de evitar dejar librados a los y las eventuales interesados e interesadas a las interpretaciones más o menos amplias o restrictivas que puedan desplegar sobre la materia los diversos operadores del sistema jurídico” (por ej. sentencia del Juzgado CAYT N°13, ya citada).

(27) Sentencias de los Juzgados CAYT N°13, 15 y 1, ya citadas.

(28) Fallos, 239:459; 241:291; 315:1492 y H. 270. XLII.

(29) También, por supuesto, en concientizar sobre la problemática que rodeaba a las personas con VIH (discriminación, mayores recursos para tratamientos, prevención, etc.)

(30) Art. 11 de la Constitución de la Ciudad (CCABA).

(31) Art. 12, inciso 1º, de la CCABA.

hecho de que haya sido en el fuero porteño donde fue posible obtener una respuesta judicial más acorde a las pretensiones de los litigantes. (32)

La derogación de los edictos policiales, la sanción en su momento de la unión civil, luego del matrimonio igualitario y hoy de la identidad de género son las saludables expresiones de un progresivo proceso de crecimiento colectivo de una mayoría de la comunidad que —al menos en estos temas— pareciera que ya no tolera la humillación y postergación del diferente.

Con el reconocimiento de la posibilidad de asumir legalmente la “identidad de género”, como ya sostuvimos en otra ocasión, (33) el régimen jurídico salda en parte sus deudas con la realidad y, como sociedad, tendremos algunos dolores menos y algunas libertades más.

Señalábamos al principio que con el proceso que ahora se cierra con el reconocimiento legislativo del derecho a la identidad de género, se repetía un “procedimiento ya probado” con la ley de matrimonio igualitario. En efecto, en ambos casos, es posible observar la reiteración (34) de un esquema: a) presentación inicial de proyectos legislativos por parte, en general, de legisladores de la oposición; b) activismo de organizaciones de la sociedad civil; c) presentación de demandas judiciales; d) fallos favorables; e) reactivación de los trámites y debates legislativos; f) amplio debate ciudadano, actuación de los diversos grupos de interés a favor y en contra de las iniciativas impulsadas y g) reconocimiento legislativo con amplias mayorías del derecho en cuestión.

Creemos que se ha tratado de una experiencia novedosa y saludable en el marco de nuestras instituciones democráticas que ha generado un diálogo virtuoso en el seno de la sociedad en torno a materias sensibles y en las cuales existían históricas deudas pendientes con amplios sectores de la población. ♦

(32) Señala GARGARELLA que “existe una cuestión que podríamos llamar “psicología judicial” que hace que para el juez sea crucial tener en cuenta si hay algo explicitado o no en el texto constitucional. Por eso es bueno que ciertos contenidos se encuentren incluidos por escrito” (“La gran prioridad es eliminar la desigualdad”, en Revista ADA CIUDAD 4, diciembre 2011, p. 14).

(33) La Ley Online AR/JUR/4161/2010.

(34) Con sus matices, mucho más agitado y debatido el primero; con mayor grado de consenso, el segundo.

REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIDAD AUTOPERCIBIDA (*)

POR CAROLINA VON OPIELA

1. Recientemente, el Congreso de la República Argentina reconoció legislativamente el derecho a la identidad de género y a la atención sanitaria para las personas trans (1). Sin dudas, la puesta en marcha de esta legislación pro-activa, al potenciar el principio de igualdad, podrá servir como remedio para prevenir la discriminación hacia un colectivo de personas históricamente vulneradas (2). Ello, será un punto de partida para que un cambio social y cultural sea posible. Detrás quedará aquello de “no tener en cuenta” a esta parte de la población. Para la militancia social trans, “el futuro ya llegó” y es tiempo de replantearnos seriamente la percepción que por tradición se tiene sobre la decodificación de la sexualidad y la asignación cultural al género. En las próximas líneas, intentaremos reflexionar

sobre algunas implicancias de lo que entendemos como un nuevo paradigma de la identidad en diversidad.

2. La legislación específica sobre identidad de género, es sin dudas una de las medidas institucionales más propicias para remover los obstáculos (3) que cotidianamente encuentran las personas trans, para el pleno goce de sus derechos constitucionales (4). Tal legislación promueve garantizar la dignidad en el trato, la libertad y autonomía de las personas trans, en condiciones de igualdad. En ella se endilga especial respeto por la identidad de género autopercebida y el nombre elegido (arts. 9, 12, 13); además, se inhibe el sometimiento a terapias abusivas y/o compulsivas y garantiza el derecho al libre desarrollo personal, que hace a la propia determinación sobre el cuerpo. También, la legislación alude como principio general a la desjudicialización; ello, tanto desde el plano registral de la identidad trans, para garantizar el cambio de nombre de pila, la rectificación del sexo/género, la stampa de la imagen identitaria coherente con la expresión de género, la rectificación material de las partidas del registro y la generación de otras nuevas y la obtención del DNI actualizado (arts. 1, 2, 3, 4 y 6).

Desde el plano corporal, para garantizar la adecuación del físico de la persona trans (5), se

(*) El presente comentario se basa en otro trabajo más extenso de mi autoría “Transformaciones: La (in) estabilidad del nombre y la identidad autopercebida”; en una obra colectiva inédita: “Ley de Identidad de Género”; para la Editorial La Ley, que se encuentra en proceso de imprenta.

(1) Conforme al proyecto de ley que obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados, el 30 de Noviembre del 2011 sobre los proyectos 7243.7644 y 8126-D-10, en el orden del día (OD) N° 2913 y aprobado por Senado el 9 de mayo del 2012, conforme el expediente N° 75/11, en el OD 269/12.

(2) Al respecto, nuestro más Alto Tribunal se ha expresado, advirtiendo que *“no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia”*. CSJN, Caso “ALITT”, resuelto el 21 de noviembre de 2006, ver en LA LEY 2007-A, 389.

(3) Conforme lo dispuesto en el Art. 75, inc. 23, de nuestra Constitución Nacional.

(4) Los documentos de identidad/identificación que acreditan la condición de ciudadano/a, tienen como función servir de vehículo para la protección de los derechos fundamentales de toda persona. Por ello, es común asociar la carencia de documentos con la pobreza, inequidad y exclusión social.

(5) Las excepciones están dadas para los casos de personas menores de 18 años, cuando sus representantes legales

les asegurará la protección integral de la salud, garantizando la oportunidad de acceso, en forma pública y gratuita, e incluyendo los tratamientos hormonales y/o las intervenciones quirúrgicas (totales y parciales) para adecuar el cuerpo, de acuerdo a la identidad de género autopercebida; con más todo lo relativo al cuidado de la salud en un sentido amplio, involucrando al Sistema de Salud Público, Privado y de Obras Sociales (art. 11), lo cual deberá ser determinado por la autoridad de aplicación, pues la ley resulta ser inédita en este aspecto.

Así las cosas, en Argentina, toda persona puede solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de prenombre e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (art. 1). Las únicas limitaciones admitidas por la ley, encuentran su quid en la propia autonomía de la voluntad y en las excepciones estipuladas expresamente por un límite étéreo, el de 18 años de edad (art. 5), que hacen a la condición de niñez y a la aplicación de un régimen especial coherente con su protección, que deberá desplegarse en consonancia con su autonomía personal progresiva (6). Probablemente, el mayor desafío lo encuentre quien oficie de “abogado del niño”.

3. Para hacer efectivo el cambio de nombre y el acceso a la actualización de la documentación de identificación personal, se procura un trámite accesible ante un organismo de la Administración Pública. En forma sencilla, podrá ser la propia persona interesada quien origine el trámite con una simple solicitud, expresando su voluntad y determinando el nombre de opción de acuerdo a su identidad de género. Asimismo, para el curso de la tramitación descrita -fortaleciendo la accesibilidad- se dispuso que no será precisa la intermediación de gestor alguno, ni patrocinio letrado; a lo que se le suma la garantía de gratuidad para la rectificación registral prevista. Y se ha dejado en claro que, para dar curso al trámite, no podrá requerirse al

por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de ellos/as; y cuando se haya completado la rectificación registral de personas de cualquier edad conforme al reconocimiento de su identidad de género y quiera modificarla nuevamente; que serán resueltos en instancia judicial.

(6) Por lo que deberá considerarse que dilatar el cambio de identidad respectiva o someterla a la voluntad de los representantes legales ocasionaría un daño irreversible del/a niño/a que se encuentra en su pleno desarrollo individual en su vida de relación. Conf. SOLARI, Néstor E., “La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género”; DFyP 2011 (noviembre), 01/11/2011, p. 209.

solicitante la acreditación de ninguna intervención quirúrgica por reasignación genital, ni tampoco de otras terapias de índole psicológicas o médicas.

Las personas destinatarias de la ley, son todas aquellas que fueron o pueden ser identificadas, registradas y documentadas por el Estado, en los instrumentos que acreditan su identidad (7), de un modo que no coincide con su identidad de género autopercebida.

Ante este panorama, viene a cuento repasar que la acción de “identificación civil”, consiste en una actividad en la que el Estado selecciona atributos propios de una persona para poder individualizarla de modo único, convirtiéndola en un ser inequívoco y diferenciable del resto de los habitantes de la sociedad. Dicho reconocimiento implica una garantía, tanto para el ejercicio de los derechos, como para el cumplimiento de sus obligaciones. (8)

El sistema argentino de identificación se basa en dos subsistemas interdependientes: el registral y el identificatorio. El primer sistema es descentralizado y su ejecución corresponde a las provincias, lo cual se encuentra regulado por la Ley Nacional 26.413 (9) (Adla, LXVIII-E, 3999) norma que en su momento dejó sin efectos al Decreto- Ley 8204/63 (Adla, XXIII-C, 1749) (10). Este sistema es el responsable del registro de los actos y hechos vitales: nacimientos, matrimonios, incapacidades, defunciones. Tiene como productos materiales las partidas o certificados de nacimiento y/o defunción. El segundo sistema es el de identificación, exclusivo y excluyentemente federal, regido por las leyes Nros. 17.671 (11) (Adla, XXIII-C, 1749) y 24.540 (12) (Adla, LV-E, 5739) de identificación del recién nacido. (13) Tiene como finalidad la producción del Documento Nacional de Identidad, sobre la base de una matrícula única (el denominado: “número de

(7) Recordemos que el derecho a la identidad civil de las personas puede pensarse como una llave de acceso a derechos garantizados a partir de la vinculación formal de las personas con los Estados. Así, la identidad/identificación permite que las personas sean visibles para las políticas públicas diseñadas con el fin de superar la vulneración de sus derechos.

(8) BARBOSA MOREIRA, Marcio; Prólogo de la revista “Historia de la identidad de los Argentinos”. *Caras y Caretas*. Cuaderno N° 11, Buenos Aires, enero de 2011

(9) B.O. 06/10/2008.

(10) B.O. 03/10/1963. Derogado por el art. 95 de la ley 26.413 (Adla, LXVIII-E, 3999).

(11) B.O. 12/03/1968.

(12) B.O. 22/09/1995

(13) La Ley 24.540 es modificada por su par, la 24.884 (Adla, LVII-E, 5540).

DNI”) y las técnicas de identificación dactiloscópica (creadas por Juan Vucetich). A su vez, el sistema identificatorio es la base para la confección del Padrón Electoral, de acuerdo con lo provisto por la ley 26.571 (14) (Adla, LXX-A, 99). Ambos sistemas se autoalimentan, se apoyan mutuamente y en conjunto conforman el sistema de identificación en Argentina.

Sobre este punto no cabe soslayar que la designación del órgano de aplicación (art. 4) y el trámite (art. 6) señalado en el texto de la norma, no ha de resultar del todo feliz desde un plano estrictamente técnico; toda vez que parecen confundirse las competencias que les son propias al Registro Nacional de las Personas (RENAPER) -organismo nacional- y el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas -organizado por los Gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, que hacen a distribuciones propias de la forma de Estado federal. Tal extremo, seguramente hallará su armonía en la reglamentación de la norma, para garantizar buenas prácticas que pudieran remover de hecho los obstáculos que se presentaren ante las solicitudes de reconocimiento de la identidad de género autopercibida.

4. Ahora bien, el marco jurídico nacional se ha desarrollado incorporando disposiciones que conducen a políticas sociales inclusivas, especialmente respetuosas de la diversidad y promoviendo la universalidad del derecho a la identidad. Entonces, es posible comprender que cuando se reconoce el derecho a la identidad de género y al libre desarrollo personal a “toda persona” (arts. 1, 3, 11 y 13), la legitimación alcanzaría a las personas trans argentinas y extranjeras que habitan el suelo argentino y a todas las personas argentinas sea cual fuere el lugar donde se domiciliaren; ello fundado en la garantía de igualdad vigente en nuestro Estado Constitucional de Derecho (15).

Claro está que de ocurrir el reconocimiento de la identidad en los términos de la ley, en lo que atañe a las persona extranjeras, sería solamente en su DNI, dado que el Pasaporte es expedido por el país de origen con la información proveniente

de los asientos registrales que son propios a su legislación. Con lo cual, una vez reconocida la identidad de género de una persona trans por el Estado argentino, si ella decidiera transitar más allá de los límites territoriales de este país, deberá asumir los estándares internacionales en la materia, soportar un trato distinto y/o litigar en su país para lograr el reconocimiento de su identidad de género y la modificación de sus partidas, lo que pudiera fomentar un foco de incidencia reformista a favor de la ampliación de derechos para el colectivo trans en otras legislaciones.

5. Los requisitos para la imagen fotográfica en el DNI, ya han sido establecidos por la Resolución 356 (16) en cuanto establece que: “...*La imagen debe carecer de alteraciones o falseamientos de las características faciales, sin que ello vulnere o afecte el derecho de identidad en sus aspectos de género, cultura o religión*” (art. 5). Actualmente, la Ley de Identidad de género viene a fortalecer la libertad de expresar el propio género tal cual como cada persona la siente, desestructurado los lineamientos tradicionalmente asociados a las personas con una concepción binaria respecto al sexo/género.

6. Por otra parte, lo relativo a la elección y reasignación del nombre también merece un comentario.

El Decreto-Ley 18.248 (17) (Adla, XXIX-B, 1420), consagra la libertad de elección del nombre de pila, pero también las restricciones (18) para elegir; razón por la que no podrán inscribirse: los que sean extravagantes o ridículos; los contrarios a las buenas costumbres; los que expresen tendencias políticas o ideológicas; los que puedan crear un equívoco respecto al sexo de la persona; los nombres extranjeros; los apellidos usados como nombres; y los primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos. Tal extremo, nos hace reflexionar sobre la interpretación de cada una de esas características. La inexistencia de normas en este sentido, ha dado lugar a que sea la jurisprudencia quien marque la línea de limitación a la elección del nombre y a pesar de su evolución (19), sigue siendo bastante restrictiva.

(14) Conf. BARBOSA MOREIRA, Marcio; ob. cit.

(15) Conf: el Preámbulo y los arts. 14, 16, 20, 75 inc. 22 y 23 C.N. Sumado a la ideología plasmada en el régimen de migraciones, dado por la Ley 25.871 (Adla, LXIV-A, 134). Además la Ley 17.671 de Registro Nacional de las Personas (Adla, XXVIII-A, 212), el cual tiene la función de identificar a las personas de existencia visible (art. 1, 2, 7). Su exclusión a razón en virtud de la “nacionalidad” pudiera ser una restricción irrazonable y tachada de discriminatoria en términos de la ley 23.592 (Art. 1) (Adla, XLVIII-D, 4179).

(16) Del 18/02/11 del RENAPER.

(17) Del Poder Ejecutivo Nacional. Sancionado: 10/06/1969 y Publicado en el B.O. 24/06/1969, (Adla, XXIX-B, 1420)

(18) En su art. 3º.

(19) Un ejemplo de antaño, es la ley de Registro Civil de la Provincia de Mendoza, cuyo art. 29, inc. 5º establecía “*que los nombres no pueden ser otros que los que se hallan en los calendarios o los de personas históricas conocidas*” Conf. SALVAT, Raymundo M., “Derecho Civil Argentino. Parte

Asimismo, habrá de procederse con gran cuidado en la apreciación de estos extremos para no caer en la arbitrariedad, ya que los registros civiles están facultados para interpretar si el nombre cae bajo alguna de las causales que permiten rechazar la inscripción de un nombre y, dada la vaguedad de los términos empleados, existe dificultad en precisar los límites de cada una de dichas características, lo que deja cierto margen de discrecionalidad a las decisiones del organismo. Sin dudas, éste sería uno de los desafíos de la puesta en marcha de la ley de identidad de género.

Aunque en el esquema social de nuestro país aún persiste la creencia de que el nombre debiera corresponder a un determinado sexo-género, desde una concepción binaria y en virtud de que el marco legal expresamente prohíbe inscribir un nombre que *"suscite equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone"* (20), tal extremo debiera ser revisado porque la condición de *"sexo"* no puede ser razonablemente valorada como único motivo para justificar el impedimento al pleno ejercicio del derecho a elegir un nombre en condiciones de igualdad, salvo que se demostrase que el peso de los justificativos de la limitación al derecho fueran razonables -test de proporcionalidad en sentido estricto- (21).

Téngase en cuenta que, siguiendo esta lógica, el acto o conducta que restringiera el acceso al derecho a gozar de un nombre perteneciente a una nomenclatura sindicada por sexo/género, bien puede ser calificado de discriminatorio (22) y, a su vez, importaría un menoscabo a la definición autónoma del derecho al nombre. Entonces, para la elección del nombre debiera removerse cualquier obstáculo ligado a una correspondencia sexo-genérica (23).

Tal cosa ocurre, por ejemplo, en algunos regímenes del derecho comparado (24) que se apartan de

General", 10ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, t. I, núm. 623, p. 352., citado por MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La prohibición de elegir nombres extravagantes, ridículos o contrarios a nuestras costumbres", LA LEY, 1979-B, 651.

(20) Art. 3, inc. 1, del Decreto-Ley 18.248/69.

(21) Art. 28, C.N.

(22) Conf.: art. 1 de la Ley 23.592 (B.O. 05/09/1988), sobre "actos discriminatorios".

(23) Afortunadamente, en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, se abandona la formulación hegemónica que previene sobre los "equivocos" respecto al sexo/género (art. 63, sobre "Reglas concernientes al prenombre", del Capítulo 4: "Nombre").

(24) Cabe señalar que en las legislaciones extranjeras el nombre no necesariamente es indicativo del sexo;

dicha asociación. (25) Nótese que la diversidad cultural da cuenta de que conviven otros ritos sobre la estampa del nombre (26) y la riqueza de los diferentes idiomas y usos del lenguaje, evidencia sustantivos nominativos que no pueden identificarse estrictamente en un sentido femenino u otro sentido masculino (27), incluso de ciertos casos en que se asignan nombres que sugieren a un sexo/género opuesto al cual se aparenta, a veces por continuar patrones religiosos (28), sumado a otros casos donde los sustantivos refieren a fenómenos de la naturaleza,

por ejemplo en Colombia, la normativa permite el cambio de nombre sin que esto implique un cambio en la registración del sexo. Sobre esta reseña se recomienda ver: "Revista Nuestra Huella", Registraduría Nacional del Estado Civil, Edición N° 46, Año IV; Bogotá, Diciembre de 2010.

(25) En forma receptiva a los reclamos sociales sobre la identidad de las personas travestis, transgénero e intersexuales, en los últimos años varios países han adoptado medidas pioneras para indicar una expresión del género que escape a dicha concepción binaria: entre ellos, Nepal, Portugal, el Reino Unido, Uruguay y Australia. Además de los países mencionados, también Holanda, Sudáfrica, Alemania, Italia, Suiza, Nueva Zelanda, Turquía, Canadá, Finlandia, Colombia, Bélgica y algunos estados de Estados Unidos tienen regímenes relativos a la identidad de género pero ninguno de ellos equipara el estándar de protección jurídica de derechos como la innovadora legislación que aquí comentamos.

(26) Resaltamos los antecedentes donde *"Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida."* Conf.: Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, Sentencia No. T-594/93; Ref.: Expediente T-22442; Peticionario/a: "C. M. D"; Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali.; Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

(27) Ello puede darse por ejemplo en Australia. Donde se agrega una tercera alternativa 'indeterminada', para quien prefiera escogerla, en el pasaporte. Ver el sitio web de la Oficina Australiana de Pasaportes: <https://www.passports.gov.au/web/sexgenderapplicants.aspx> y también en: http://www.hrea.org/lists2/display.php?language_id=1&id=21668 (Recuperados 27/03/12)

(28) Nominaciones tales como "José María" y "María José", el primero asociado como masculino y el segundo femenino, ambos asimilables al Catolicismo, entre variados ejemplos. Conf. caso "CANO c/ GCBA", Exte. N°: 39455/0, sentencia de diciembre de 2011, Juzgado de Primera Instancia CAyT CABA N° 1; Juez Juan Vicente Cataldo.

como pudieran revelarse de la cosmovisión de algunas comunidades indígenas (29).

Para ser coherentes, de una vez y para el futuro, no estaría mal empezar a aceptar que los nombres no debieran ser determinantes para disponer a la persona que lo inviste en alguna de las categorías de las expresiones de género socialmente aceptadas (30), desde que indefectiblemente no puede sostenerse que con ello está en juego su identificación civil. En efecto, el número de DNI asignado a cada ser humano desde su nacimiento satisface con creces las exigencias de orden público que hacen a la nombre como instituto de derecho público interno, por lo que creemos que la Ley especial de identidad de género vino a remover esta restricción tan irrazonablemente profesada por la ley del nombre.

Al presente, existe una oportunidad magnífica de revisar éste y otros aspectos no menos degradantes de la condición humana. Justamente, el anteproyecto de reforma del Código Civil, suprimiría el Decreto-Ley 18.248/69, lo que consideramos sumamente acertado: primero, porque el cuestionado decreto del régimen de facto de Onganía merece ser actualizado por una ley de la democracia (con la cosmovisión de la Argentina del siglo XXI); y segundo, porque el nombre de las personas estaría resguardado por una innovadora legislación de fondo, que habría de renovar institutos del derecho civil, resultando sin dudas un avance en el reconocimiento de derechos en diversidad.

(29) Recordemos que los nombres pertenecientes a pueblos originarios fueron receptados por la norma en el texto del Decreto-Ley 18.248, modificado por Ley 23.162 (B.O. 30/10/1984), en el art. 3º bis.: “Podrán inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen lo dispuesto por el art. 3, inc. 5º, parte final”.

(30) Una decisión en dicho sentido, facilitaría el respeto por las personas intersex desde la niñez y su autonomía.

Sin embargo, cabe observar que el contenido de las disposiciones sobre el nombre mantendría algunos ejes derivados del Decreto-Ley 18.248/69, fundamentalmente en lo atinente al “cambio de nombre” (31), toda vez que seguiría en vigencia la valoración del “principio de inmutabilidad” como pauta general, y el “justo motivo” como excepción, sin dejar de lado la necesidad de recurrir a la intervención de un/a juez/a para su interpretación.

Entendemos que con la entrada en vigencia de la Ley de Identidad de Género, sería aconsejable hacer el ejercicio de replantearnos la “vigencia” de dicho parámetro y revisar la redacción del texto del artículo que regula las “reglas concernientes al prenombre”.

7. Nuestras instituciones democráticas reconocieron el derecho a la identidad de género de las personas trans, con ello se les expresa –ni más ni menos– que las considera con la misma dignidad que al resto de la ciudadanía, en condiciones de igualdad.

Para celebrar la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, incumbe insistir en el hecho de que cada persona debe ser reconocida por el Estado con el carácter plural de su propia identidad, dentro de una sociedad igualmente plural; respetando su autonomía, sin coacción, ni controles injustificados sobre todas y cada una de las expresiones de su identidad.

Al reflexionar sobre el reconocimiento de la identidad como cada persona la siente, pudiera hacerse evidente algo que se volvió invisible: el proceso consiste en admitir, poco a poco, que la felicidad no acepta ser desconocida so pretexto de haber sido forjada en el espacio de la diferencia. ♦

(31) Conf.: “Reglas concernientes al prenombre”, del Capítulo 4: “Nombre”, art. 69 del anteproyecto.

SOBRE LA LEY DE DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

POR GABRIELA YUBA

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Palabras finales.

I. Introducción

El pasado 9 de mayo del corriente año 2012, se aprobó en el Congreso de la Nación, la ley de *Derecho a la Identidad de Género*.

La importancia del dictado de esta ley no es un tema menor, dentro del actual contexto social, donde presenciamos y somos protagonistas de cambios en las estructuras y paradigmas establecidos, implicando una nueva mirada, reconocimiento y garantía para los derechos humanos de todas las personas.

Nos enfrentamos a una *sociedad multicultural*, (1) donde la *diversidad* forma parte de nuestra cotidia-

neidad, nos enriquece, forma parte de la cultura. Los principios de *igualdad, libertad y no discriminación* conforman un corpus que requieren mucho más que el respeto del otro: se necesita de un reconocimiento legal específico, herramienta que contribuirá a la consolidación de un Estado de Derecho y a la construcción de la identidad de individuos libres y plenos. La individualidad se reconoce en el otro, desde la dignidad.

Adquiere un sentido ético esa relación de “alteridad”, en tanto escucha al otro, se lo respeta, se lo acepta desde su mismidad. Es ahí donde cobran trascendencia los derechos humanos, en tanto se reconoce al ser humano como un ser digno, que debe ser respetado como persona, valioso en sí mismo.

Libertad, igualdad, no discriminación, solidaridad, hacen a la *dignidad* de la persona, a su pleno desarrollo, a su potencialidad, a la posibilidad de poder construir su proyecto de vida de acuerdo a sus deseos, sus creencias, como también generan responsabilidad, desde esa relación de “alteridad”.

Según Lloveras y Salomón, “...la actual Constitución nacional no contiene en su estricto texto una cláusula expresa de igualdad de género, pero la literalidad en

(1) Resulta interesante la definición de Javier De Lucas: “... multiculturalidad como un hecho social (aunque dinámico, obviamente: la multiculturalidad no es un fait accompli, sino que deberíamos comprenderlo más bien en el sentido de diferentes etapas o manifestaciones en las relaciones derivadas del pluralismo social y cultural) (...) La multiculturalidad (...) más que un modelo, un hecho social. Esto es, la existencia de hecho de las manifestaciones de la diversidad, del pluralismo cultural, es decir, la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales (identidades culturales propias), como consecuencia de diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales, que es lo que designamos como sociedades multiétnicas (...)... Conviene tomar nota de que la multiculturalidad significa nuevos elementos de conflicto, de división, de cambio (...)...” Conf. SPAVENTA, Verónica, Multiculturalismo, derechos humanos, infancia y género,

en RDF 2007-II, mayo/junio 2007, p. 194, Directora: Cecilia Grosman, LexisNexis, Abeledo-Perrot.

la equiparación del hombre y la mujer proviene del bloque constitucional federal...Es decir que constitucionalmente el hombre y la mujer se encuentra absolutamente equiparados, son "iguales" en tanto los tratados de DDHH gozan de la misma jerarquía constitucional que la carta magna..." (2)

Los mismos autores, en torno a la noción de género en el derecho internacional, señalan que la Declaración de Noruega de la ONU, firmada en Ginebra el 1/12/2007, de carácter no vinculante, supone un avance importante en esta materia, "... en orden a perseguir las violaciones a los DDHH, por orientación sexual e identidad de género; entre ellas, la de privar a una persona de su derecho a la vida y de su derecho a vivirla sin violencia ni torturas..." (3) La Declaración de Noruega instaura la noción de diversidad sexual, aunque no titulariza derechos humanos a personas determinadas. (4)

Ahora bien, *el derecho a la identidad* emana en nuestra Constitución Nacional, del artículo 33, que dispone expresamente: *"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.

Sobre los *derechos implícitos (derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad humana, a casarse y formar una familia, derecho a la verdad, a la identidad)*, a partir de la reforma del año 1994, con la incorporación de algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Convenciones, se ha dicho que, la enunciación de derechos se ha extendido de tal modo que el problema ya no es tanto el de reconocer los derechos no enumerados, *sino el de remover los impedimentos que traban su ejercicio efectivo e impiden el empleo de las garantías.*(5)

En ese sentido y con la finalidad de lograr ese reconocimiento de los derechos, existen numerosos precedentes jurisprudenciales que han tratado el tema del derecho a la identidad sexual, diversidad sexual, cambio de nombre, modificación de partida de naci-

miento. (6) Ello, denota la existencia de una realidad cuya atención, no podemos desconocer.

La ley de *Derecho de igualdad de género*, implica justamente una herramienta efectiva, junto con los Tratados y Convenciones internacionales, que garantiza el ejercicio y reconocimiento pleno de los derechos de toda persona, de la protección del derecho de su dignidad como persona humana, del derecho a la salud, derecho a la identidad, (incluye la identidad sexual social), el derecho a la igualdad y no discriminación. (7)

II. Desarrollo

La ley consta de 15 artículos, siendo los puntos destacados los siguientes:

-Se refiere al reconocimiento del derecho a la identidad de género de toda persona, implicando el reconocimiento de su identidad de género, del libre desarrollo conforme dicha identidad y a ser tratada conforme su identidad de género, y específicamente a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto del/los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1). No se trata entonces solamente del reconocimiento de dicha identidad desde lo fáctico, sino también que registralmente, se la identifique según la misma.

Así, al respecto la jurisprudencia ha dicho que *"...la identificación en sí misma —edad, nombre, sexo, estado registrales— no debe confundirse con el derecho a la identidad porque ésta es progresiva, cambiante, actual e histórica, aunque aquella identificación importe un dato más para revelar la identidad. No obstante, el dato registral es de importancia decisiva en tanto a través del mismo, se permite desarrollar la personalidad frente al mundo y conformar la identidad socio cultural del sujeto. A través de la inscripción originaria efectuada al nacer, se produce la legalidad de una instalación que, en el caso de los*

(2) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de Familia desde la Constitución nacional*, Editorial Universi-dad, p. 360, Provincia de Buenos Aires, marzo 2009.

(3) Idem ob. Anterior.

(4) Idem ob. anterior.

(5) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, 4ª edición ampliada y actualizada, t. I, p. 487, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2008.

(6) T.Familia nro.2, Mar del Plata, 2011/06/10, C.C. D. c. Dirección Provincial del Registro de las personas s/ amparo, Cita Online: AR/JUR/40040/2011, en DFyP 2011 (noviembre), 237; Suprema Corte de Justicia de la Prov. De Buenos Aires, en C. H. C. 21/3/2007, LLBA, 2007-997, AR/JUR/4098/2007; Juzgado de Familia nro. 8 La Matanza, M.P.A., 24/8/2010, DFyP, 2011, enero, 286, AR/JUR/67618/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, A.Z.B., 20/5/2009, AR/JUR/31858/2009; y demás fallos y doctrina citada en DFyP 2011, noviembre, 238.

(7) Resulta interesante el fallo de la SC de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en C.H.C., 21/3/2007, 997, LLBA, 2007-997. Cita Online: AR/JUR/4098/2007, donde se declara procedente el pedido de cambio de sexo y nombre, dado que negarle, implicaba una discriminación en razón del sexo, prohibido por la Convención Americana, arts. 1.1, 17.2; 24).

transexuales, comprobada debidamente la nueva identidad sexual del sujeto, y cuando por vía quirúrgica ha adecuado la morfología de sus genitales a los del sexo sentido, el dato registral que produjo aquella primera instalación, debe ser remplazado o corregido, para reflejar la nueva realidad comprobada, armonizando de tal modo, el aspecto estático (sexo legal o registral) con el dinámico (sexo psicosocial) de la persona involucrada (Confr. Santos Cifuentes, "El sexo y la identificación civil del transexual", LLGran Cuyo, 1999-695)..." (8)

-La ley contiene también la definición de *identidad de género* (9) incorporando elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales. (10)

- Sobre el ejercicio: dispone que toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida. (art. 3)

-Se disponen requisitos, que deberán observarse por quien solicite la rectificación registral del sexo, cambio de nombre de pila o imagen, tanto para personas mayores de 18 años, como para personas menores de edad. (arts. 4 y 5).

(8) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores. C. J. A. y otra - solicitan autorización, 21/09/2007. LLC, 2007-1102. Cita online: AR/JUR/5596/2007.

(9) Art. 2: " Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales..."

(10) Otras definiciones en doctrina sobre identidad sexual: consiste en la percepción propia, única y persistente de la individualidad masculina o femenina —sentido de pertenencia a uno de los sexos—, se diferencia del rol sexual o modalidades, comportamiento de los individuos según el sexo. Se tiene dicho que el rol de género consiste en la conducta o expresión externa que un individuo exhibe y que lo identifica ante la sociedad como varón o mujer. Conf. BECKER, J. V. KAVOUSSI. Citado por DOMINONI, Juan F. *Transexualismo¿maternidad de un padre o paternidad de una madre?* Esa es la cuestión, en DFyP 2011 (noviembre), 237.

- *Requisitos*: acreditar edad mínima de 18 años de edad (excepto en el caso previsto en el art. 5); presentar ante el Registro Nacional de las personas u oficina pertinente solicitud expresando encontrarse amparada en la presente ley, solicitando rectificación registral de partida de nacimiento y nuevo documento nacional de identidad conservando el número original; expresar el nuevo nombre de pila elegido que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

-*Requisitos sobre personas menores de edad*: los menores de 18 años deberán efectuar la solicitud a través de sus representantes legales y con la expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de la capacidad progresiva e interés superior del niño (conforme Convención sobre los derechos del niño y ley 26.061) (Adla, LXV-E, 4635). Esto importa el reconocimiento pleno del derecho a ser oído, conforme art. 12 CDN. Deberán contar con la asistencia de abogado del niño (art. 27, ley 26.061). En caso de negativa o de imposibilidad de obtener el consentimiento de alguno de los representantes legales, se podrá recurrir a la vía sumarísima, para que los jueces que correspondan, resuelvan teniendo en cuenta la capacidad progresiva e interés superior del niño.

- El art. 6 dispone el trámite correspondiente: cumplidos los recaudos exigidos por los artículos precedentes, sin necesidad de trámite judicial o administrativo, el oficial público procederá a notificar de oficio la registración de sexo y cambio de nombre de pila al Registro civil que corresponda, expidiéndose un nuevo documento nacional de identidad conforme la nueva partida de nacimiento.

- Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma.

- Los trámites son gratuitos, personales, no requiriéndose abogado o gestor.

-El art. 7 establece los efectos de la rectificación del sexo y el nombre de pila, siendo oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el registro.

- La rectificación registral no alterará la titularidad de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral; ni las provenientes de las relaciones del derecho de familia en todos sus órdenes o grados, que se mantendrán inmodificables incluida la adopción. Será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

- El art. 8 dispone que la rectificación registral una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada *con autorización judicial*.

- El art. 9 se refiere a la confidencialidad: sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada.

No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila, salvo autorización del titular. Se omite la publicación en los diarios conforme art. 17 ley 18.248 (Adla, XXIX-B, 1420).

- El artículo 11 se refiere al derecho al libre desarrollo personal: implica que toda persona mayor de 18 años de edad podrá conforme art. 1 de esta ley, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de autorización judicial o administrativa.

Especifica la ley que no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, para el acceso a los tratamientos integrales hormonales. Se requerirá en ambos casos, el consentimiento informado de la persona.

En el supuesto de personas menores de edad, se rige por el art. 5 para la obtención del consentimiento informado, pero respecto de la intervención quirúrgica total o parcial, se deberá contar además con la conformidad de la autoridad judicial competente, teniendo en cuenta principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. Se prevé un plazo no mayor de 60 días contados a partir de la solicitud para que la autoridad judicial se expida.

- Deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce, tanto los efectores del sistema público de salud, sean estatales, privados o el subsistema de obras sociales. Las prestaciones de salud contempladas en el art. 11 quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio o el que lo reemplace.

- Se establecen pautas de trato digno (art. 12), indicándose que deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, especialmente por niños, niñas y adolescentes. A ese efecto, deberá ser utilizado el nombre de pila adoptado para citación, registro, legajo, llamado o cualquier otra gestión en ámbito público o privado. En circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público, deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

- El artículo 13, dispone en cuanto a la aplicación, la interpretación y aplicación de las normas siempre a favor del acceso al derecho a la identidad de género.

- Se deroga el inciso 4 del art. 19 de la ley 17.132 (Adla, XXVII-A, 44) (que había quedado derogado tácitamente por la incorporación de normas de rango superior - art. 75 inc. 22 CN).

III. Palabras finales

Desde el Derecho Comparado, en la doctrina y jurisprudencia nacional, han existido posiciones favorables tanto para la autorización de intervenciones quirúrgicas tendientes a la adecuación del sexo morfológico, como a la adecuación de los documentos y cambio de nombre. (11)

El derecho de identidad de género involucra (por su contenido personalísimo) el derecho a la dignidad personal, derecho a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, al trabajo, derecho a la integridad psicofísica, a la planificación y construcción de un proyecto de vida, a una adecuada calidad de vida. (12)

La CIDH estableció que *la orientación sexual y la identidad de género* son categorías protegidas por la Convención Americana, bajo el término "otra condición social" establecido en el artículo 1.1 (13) Por su parte, el art. 29 inc. C) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de dicha Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Los Tratados sobre Derechos Humanos, que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN) junto con la nueva ley, brindan un soporte acertado y fundado a una realidad que no podemos desconocer.

El derecho a la identidad de género, requería de una tutela específica.

Un paso más, hacia el respeto de la dignidad de la persona, en su integridad. ♦

(11) RIVERA, Julio César, Crónica de un cambio (de sexo) anunciado, LLBA, 1997-957. Cita: "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", ED, 151-915.

(12) Conf. Conv. Americana de Derechos Humanos (arts. 1.1, 5, 11, 24, 29 inc. C); Declaración Universal Derechos Humanos (arts. 2, 3, 7, 8).

(13) Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. 24/02/2012, CIDH.

LEY N° 26.743

IDENTIDAD DE GENERO. Derecho a la identidad de género: Régimen. Modificación de las leyes 17.671, 18.248 y 26.413.

Sanción definitiva del Senado: 09/05/2012

Al cierre de edición está pendiente la promulgación en el Boletín Oficial

Expedientes: 0075-CD-2011

El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1° - Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento de su identidad de género;
- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;
- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Art. 2° - Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Art. 3° - Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.

Art. 4° - Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:

1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.

2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.

3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

Art. 5° - Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la

ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Art. 6° - Trámite. Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma.

Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado.

Art. 7° - Efectos. Los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

En todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

Art. 8° - La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial.

Art. 9° - Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada.

No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos.

Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248.

Art. 10. - Notificaciones. El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de documento nacional de identidad al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral correspondiente para la corrección del padrón elec-

toral y a los organismos que reglamentariamente se determine, debiendo incluirse aquéllos que puedan tener información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado.

Art. 11. - Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

Art. 12. - Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las

iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

Art. 13. - *Aplicación.* Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano

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

Art. 14. - Derógase el inciso 4° del artículo 19 de la ley 17.132.

Art. 15.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

Muerte digna

- Doctrina
- Legislación

ADMIRABLE CONSECUENCIA DE UN CAMBIO CULTURAL ALGO MAS SOBRE MUERTE DIGNA

POR MARÍA CAROLINA ARRIGONE

SUMARIO: I. Introducción. II. Nuevas ideas hechas ley. III. Conclusiones.

I. Introducción

Algunos años atrás, dediqué varias líneas en apoyo a la ley 4264 (1) de la Provincia de Río Negro (2) que reguló, por primera vez en Argentina, la potestad de los enfermos terminales a obtener el retiro de los soportes vitales, allí denominado como “derecho de abstención”.

Celebré su sanción por considerar al acto legislativo un reconocimiento del Estado a nuevas maneras de concebir los derechos civiles, al permitir acelerar un suceso inminente para los pacientes en estado irreversible, sin dolor ni sufrimiento.

Allí reflejé mi esperanza de que el Congreso tomara el ejemplo, e hiciera realidad este derecho para todos los argentinos y así sucedió. El tema, nada ingenuo ni manso por cierto, fue abordado en el contexto sensible de una sociedad protagonista que aún lucha contra prejuicios y estructuras que la ahogan.

Ya no se podrán cuestionar las razones que esgrima un paciente en estado terminal o bajo una

enfermedad irreversible, para permitirle transcurrir los tramos finales de su existencia sin realizar esfuerzos por prolongarla, por alterar ese estado de cosas frente la remota esperanza de continuar viviendo. Ante esta situación, el Estado declinó al derecho de mantener a esa persona con vida y, al mismo tiempo, le garantizó la posibilidad de hacer efectiva su decisiva voluntad.

II. Nuevas ideas hechas ley

El Poder Legislativo Nacional reformó la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6), que reglamenta el derecho del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Particularmente modificó el inciso e) del artículo 2º, agrego los incisos g) y h) en el artículo 5º, cambió el artículo 6º e incorporó el inciso f) en el artículo 7º, variaron los artículos 10 y 11 y —por último— se agregó el artículo 11 bis.

Este —aparente— pequeño retoque legislativo implica una transformación en el catálogo de los derechos individuales, y expresa el privilegio del que aún goza la autonomía de la voluntad dentro del ordenamiento jurídico. Con él se amplía el ámbito de libertad de los ciudadanos.

El juicio crítico que los argentinos teníamos sobre la vida, la disposición de nuestro cuerpo y las condiciones en las que se considera digno vivir, ya no es el mismo. Cambió el pensamiento de base y por esa razón, la sanción de esta ley se había convertido en un reclamo complejo que involucraba doctrinas

(1) Ley B 4.264 de la Provincia de Río Negro, “Respeto a la calidad de vida y dignidad de los enfermos terminales - Derecho a la abstención o el retiro del soporte vital”. Texto consolidado por el Digesto Jurídico de la Pcia. de Río Negro, Ley 4312 Art. 1 Anexo B (B.O. No 4619, 12-05-2008) - Sancionada el 15/04/2008 y publicada en el B.O. el 12/05/08. Reglamentada por Dec. 839/09. B.O. 18-11-10.

(2) ARRIGONE, María Carolina, “Dejar que suceda” (Comentario a la Ley 4264 de la Provincia de Río Negro sobre Muerte Digna). LLPatagonia 2008 (junio), 303.

(religiosas, científicas, jurídicas, morales) de férrea resistencia a nuevos modelos de vida. De ahí la importancia de su aparición.

Técnicamente permite a los pacientes que presenten una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal y a quienes hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, rechazar los procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o exigir el retiro de cualquier soporte vital, cuando esos medios sean extraordinarios o desproporcionados con relación a la perspectiva de mejoría, así como cuando produzcan un sufrimiento desmesurado (3).

Podrán, además, rechazar los procedimientos de hidratación o alimentación, cuando provoquen como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal, irreversible o incurable (4). Queda claro que la norma no permite de modo alguno la eutanasia, sólo busca evitar el encarnizamiento terapéutico o limitar los vanos esfuerzos curativos.

La ley no exige expresión de causa como condición para que se cumpla la voluntad del paciente, con lo que incrementa las posibilidades de que se ponga en práctica sin obstáculos morales o burocráticos. Se evita, además, que los enfermos o sus familiares —en caso de pacientes moribundos o en estado vegetativo— deban recurrir a órdenes judiciales para quitar el apoyo vital o impedir la aplicación de un procedimiento médico.

El requisito esencial es la previa información clara, precisa y adecuada (conf. artículo 5 de la ley 26.529) del médico al paciente sobre su estado de salud, los procedimientos que le convendría seguir, los objetivos perseguidos y los beneficios esperados. Frente a la negativa del paciente, deberá hacerle saber las consecuencias previsibles y el derecho que la asiste a recibir cuidados paliativos integrales en la atención de su enfermedad o padecimiento.

Bajo estas pautas, el comportamiento del galeno o de la persona que rechace cualquier procedimiento sobre un enfermo terminal impedido de expresarse por sí mismo, ya no será penalmente típico lo que producirá cambios institucionales profundos. No habrá que recorrer el ordenamiento jurídico buscando una causa de justificación para unos y otros, pues el permiso legal existe (5) y con él, está asegurada la libertad y tranquilidad para actuar.

(3) Ley nacional 26.529 “Derecho de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud” artículo 2º, inciso e) párrafo tercero. Ley 26.529 Sancionada el 21/10/09 y publicada en el B.O. el 20/11/09.

(4) Ibídem artículo 2º, inciso e) párrafo tercero *in fine* modificado.

(5) Ibídem artículo 11 bis.

Otro acierto de la decisión legislativa es la regulación de las directivas anticipadas, porque constituyen una excelente posibilidad para quitar el peso de la decisión sobre los hombros de los futuros responsables (6).

La única observación atendible que puede hacerse a la reforma, es la ausente regulación de los casos en que los médicos manifiesten “objeción de conciencia” por razones éticas, religiosas o científicas (como ejemplos), para evitar que el apartamiento del profesional en la atención del enfermo coloque a éste en una complicada situación, y dilate así el cumplimiento de su decisión (7).

Además, la norma tendría que haber contado con una exhortación a las instituciones médicas —ya sean públicas o privadas— de garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que otorga, mediante el abastecimiento de recursos humanos y materiales suficientes. Quizá, su puesta en práctica conlleve alguna regulación sobre estos supuestos.

III. Conclusiones

La reforma a la ley 26.529 trascenderá a sus impulsores, a sus promotores y a sus detractores. Se proyectará en el tiempo como una verdadera garantía a la autonomía de la voluntad, al derecho a decidir sobre nuestro propio cuerpo.

Pero, por sobre todas las cosas, permite desarrollar —para algunos— o hacer real —para otros— una nueva concepción sobre el derecho a la vida, que implica poder declinar de ella sin resistencia, cuando las expectativas de continuar viviendo con dignidad sean remotas y dolorosas. ♦

(6) Ibídem, artículo 11 modificado.

(7) Este supuesto de hecho sí fue regulado la ley 4264 de la Provincia de Río, que en su artículo 12 reza: “El médico del sistema de salud, que manifieste objeción de conciencia fundada en razones éticas con respecto a la práctica médica enunciada en la presente Ley, puede optar por no participar en la misma, ante lo cual el establecimiento del sistema de salud debe suministrar de inmediato la atención de otro profesional de la salud que esté dispuesto a llevar a cabo el procedimiento de información y provisión previsto en la presente. Independientemente de la existencia de médicos que sean objetores de conciencia, el establecimiento asistencial público o privado, debe contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que esta Ley confiere. Los reemplazos o sustituciones que sean necesarios para obtener dicho fin son realizados en forma inmediata y con carácter de urgente por las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda y, en su defecto, por el Ministerio de Salud. La objeción de conciencia debe ser declarada por el médico al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial público o privado y debe existir un registro en la institución de dicha declaración.”

EL FIN DE LA DISTANASIA

COMENTARIOS SOBRE LA MODIFICACION A LA LEY 26.529

POR JORGE CARLOS BERBERE DELGADO

SUMARIO: I. Introducción.- II. Nociones conceptuales previas. III. Los aspectos centrales de la modificación.- IV. Cuidados paliativos (necesidad de ampliación en la reglamentación).- V. Parámetros necesarios para la muerte digna.- VI. Derecho comparado.- VII. Antecedentes provinciales.- VIII. Conclusión.

I. Introducción

En la actualidad las situaciones y escenarios que rodean a la muerte han cambiado substancialmente, podemos decir que hemos ingresado en la era de la *muerte tecnológica* donde a través de un soporte vital en las prácticas médico asistencial, se logra reemplazar las funciones de nuestros órganos, enfrentándonos lo que podríamos denominar como *muerte intercedida*.- Esta circunstancia produce en oportunidades la aplicación de procedimientos excesivos que llegan a prolongar la vida innecesariamente manteniendo artificialmente las funciones vitales, generando frecuentemente formas de muerte con sufrimiento, encarnizamiento terapéutico atentatorio con la dignidad humana.-

Como consecuencia de ello, y luego de largos debates bioéticos, el Congreso de la Nación acaba de sancionar la llamada “Ley de Muerte Digna” que en realidad viene a significar una modificación o un agregado de aspectos que habían sido incorporados en la ley 26.529 (1) sobre los “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” sancionada en el año 2009. En dicho texto legal se habían establecido en su artículo 11

el novedoso instituto de las directivas anticipadas sobre la salud (DAS), pero que nunca llegaron a ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo Nacional.

En aquel momento sostuve que dicha reglamentación debía esclarecer algunos interrogantes que había dejado el texto normativo en su versión original del año 2009. Especialmente si las directivas permitían o no la designación de un representante; cuál iba a ser el procedimiento para su registración a los fines de establecer su ejecutoriedad; y recomendé que las DAS no debían requerir de homologación judicial, en función de su naturaleza ligada fundamentalmente a los actos privados protegidos por nuestra Constitución Nacional (2). Con la nueva sanción estos interrogantes fueron zanjados, y se avanzó en institutos con mayor alcance en materia de derechos civiles, propios de la tendencia de la constitucionalización del derecho privado.

Ahora, la reciente modificación implica no sólo la posibilidad de anticipar directivas sobre su salud, sino que establece el derecho, en función a la autonomía de la voluntad, de rechazar *in situ*,

(2) BERBERE DELGADO, Jorge C., “Las directivas anticipadas sobre la salud. La libertad para anticipar directivas sobre su salud y posibles tratamientos. Su encuadre y limitaciones. Un constante debate”; DFyP 2010 (septiembre), 229

(1) LXV- E, 4635

previamente, o a través de terceros, lo que se denomina como el encarnizamiento terapéutico o la distanasia.

Podrá decirse que la modificación podría haber avanzado más en materia de *cuidados paliativos*, cuestión en la que estoy de acuerdo. Para ello, podía haberse tomado como antecedente la reforma del artículo 184 de la Ley General de Salud mexicana que adicionó el artículo 166 Bis la ley en Materia de Cuidados Paliativos. Sobre este punto, avanzaremos más adelante.

La temática en cuestión también puede leerse como un avance en materia de derechos civiles, incorporándonos en la grilla de países que respetan la última voluntad de la persona. Otros autores complementan este avance a un conjunto de otros textos legales con lo que personalmente tengo diferencias técnico-jurídicas, y también por qué no, ideológicas.

Del mismo modo, todo avance en materia de derechos civiles también puede leerse desde una lógica en clave económica, vinculada a la correlación fuerzas y a los actores predominantes en ese escenario. Para decirlo con más claridad, todo encarnizamiento terapéutico va de la mano de un encarecimiento de costos que hacen a la rentabilidad de los establecimientos de salud. De allí que el texto legal pone en su justo lugar a la dignidad de las personas, que está por encima de cualquier otro bien jurídico.

También cabe destacar que el derecho a morir con dignidad no debe ser confundido con el pretendido derecho a morir.

II. Nociones conceptuales previas

A los efectos de comprender el texto legal me parece importante recordar algunas nociones conceptuales previas que pueden ser de interés:

La *distanasia* consiste “en el alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona, lo cual en fondo resulta del hecho –ciertamente irracional– de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable en la vida del hombre” (3). La Iglesia Católica, en palabras de Juan Pablo II, admite la Distanasia y define a la obstinación terapéutica “en el uso de medios particularmente extenuantes y pesantes para el enfermo, condenándolo de hecho a una agonía prolongada artificialmente” (4).

Por *ortotanasia* se entiende como “la muerte correcta, a su debido tiempo, sin que se produzca una situación de eutanasia, o sea, sin que se le adelante ni se le procure, pero sin que, tampoco, se la prolongue en situaciones irracionales para el enfermo” (5). Agrega Sambrizzi que se “trata que el paciente tenga una muerte digna, evitando que se lo trate como a un objeto mediante una atención médica de carácter extraordinario” (6).

La *eutanasia* significa “provocar la muerte de un paciente portador de una enfermedad mortal, a su requerimiento y en su propio beneficio, por medio de la administración de un tóxico o veneno en dosis mortal”, conforme la generalidad de la doctrina al respecto.-

En cuanto al *Estado Vegetativo Persistente*: La Asociación Médica Mundial definió al EVP como: “las personas con graves daños en los hemisferios cerebrales comúnmente pasan a un estado de inconsciencia crónico, llamado estado vegetativo, en el cual el cuerpo cíclicamente se despierta y se duerme, pero no expresa evidencia metabólica cerebral o de comportamiento que indique una función cognitiva o que es capaz de responder de una manera aprendida a eventos o estímulos externos. Esta condición de pérdida total cognitiva puede producir graves daños que lleven al coma o que se pueden desarrollar más lentamente, como un resultado final de alteraciones estructurales progresivas, como la enfermedad de Alzheimer, que en sus etapas finales puede destruir las funciones psicológicas del cerebro. Cuando dicha pérdida cognitiva dura más de unas pocas semanas, la condición se llama estado vegetativo persistente (EVP), porque el cuerpo mantiene las funciones necesarias para continuar la supervivencia vegetativa. La recuperación del estado vegetativo es posible, en especial durante los primeros días o semanas después del comienzo, pero la tragedia es que muchas personas en EVP viven por muchos meses o años, si se les proporciona alimentación y otros medios artificiales” (7). No es una condición terminal en sí misma. Este estado vegetativo se lo califica como de *permanente* cuando denota irreversibilidad, tres meses después de una injuria no traumática y doce meses después de una injuria traumática.

A la *muerte cerebral*: Se denomina así al cese irreversible de los hemisferios cerebrales y el tallo cerebral, constituyendo la pérdida irreversible de función de las células cerebrales. La *muerte ence-*

(3) SAMBRIZZI, Eduardo: “Derecho y Eutanasia”, pág. 189.

(4) S.E.; Op. cit, Pág. 196.

(5) S.E.; Op. cit, Pág. 200.

(6) S.E.; Op. cit, Pág. 134.

(7) <http://www.unav.es/cdb/ammhongkong4.html>.

fálica es entendida como el cese irreversible de la actividad vital de todo el encéfalo incluido el tallo cerebral, estructura más baja del encéfalo encargada de la gran mayoría de las funciones vitales. Se comprueba la muerte encefálica mediante protocolos clínicos neurológicos perfectamente definidos y sostenidos por pruebas especializadas.

Las *directivas anticipadas de salud* (DAS); son “la posibilidad de poder válidamente la persona, con carácter obligatorio para los médicos que la atienden, decidir con anticipación a sufrir una enfermedad grave que la haya dejado en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratada en ese supuesto, y qué tratamientos estaría dispuesto a aceptar y cuáles no, como también –análogamente– la de poder designar a un tercero para que, de llegar a encontrarse en la situación señalada (de inconciencia, demencia, etc.) decida en su nombre sobre dichas cuestiones. O, simplemente, para que interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones que la personas hubiera previamente dado para el supuesto en cuestión” (8).

Asimismo, las directivas anticipadas sobre la salud se encuadran en el marco del artículo 19 de la Constitución Nacional (9). Además coincidimos que las DAS tienen su naturaleza jurídica en la noción del acto jurídico expresado en el Código Civil en su artículo 944 (10). Tal como señala Labombarda apuntan a constituir y conservar derechos que impactan tanto en el profesional médico, que debe respetar la voluntad del paciente, como la de sus propios familiares.

Por *consentimiento informado*, la ley de Sanidad española, en su artículo 10 lo define como el derecho a recibir la persona o a través de “sus familiares o allegados información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico, y alternativas de tratamiento”. Nuestro ordenamiento legal la define como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada.

A los *cuidados paliativos* se los define como “el cuidado activo y total de aquéllas enfermedades que

no responden a tratamiento curativo. El control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales” (11).

La Ley General de Salud mexicana define al *tratamiento del dolor* como “todas aquellas medidas proporcionadas por profesionales de la salud, orientadas a reducir los sufrimientos físico y emocional producto de una enfermedad terminal, destinadas a mejorar la calidad de vida”.

Se entiende por *soporte vital* a toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el omento de la muerte, dicho tratamiento esté dirigido o no a la enfermedad de base o al proceso biológico causal.

III. Los aspectos centrales de la modificación

Como aspectos centrales de la modificación de la ley de los derechos del paciente podemos mencionar la incorporación expresa del derecho a rechazar la distanasia; la ampliación del consentimiento informado; la incorporación del consentimiento informado por terceros; la revocabilidad por parte de terceros; la necesidad de homologación de las directivas anticipadas de salud; y la eliminación de cualquier tipo de responsabilidad respecto del profesional interviniente.

1. El derecho a rechazar la distanasia (potestad)

La primera modificación implica el agregado de dos párrafos en el inciso e) del artículo 2 de la ley. Recordemos que en su versión original del año 2009 se estableció el derecho de rechazar tratamientos (médicos o biológicos), con o sin expresión de causa, como así también su revocabilidad. El agregado, en este caso, se puntualiza que “en el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal (12), o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También

(8) S.E.; Op. cit, Pág. 134.

(9) CARNOTA, Walter F., “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”, LA LEY, 2005-F, 52.

(10) LABOMBARDA, Pablo M., “Las directivas anticipadas y su admisión en el Derecho Argentino constitucional y privado”, UNLP 2008-38, 80

(11) La Ley General de Salud mexicana en su artículo 166 Bis. <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>.

(12) Se entiende por *enfermo terminal* a aquel paciente que padece de una enfermedad letal, debiendo ser calificados de esa manera solo a los enfermos que conforme el curso regular, indica que deberían morir en un plazo relativamente breve de días o semanas.

podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

De modo que, previo de constatarse el consentimiento informado, si se tratara de una intervención en los términos del encarnizamiento terapéutico, la persona podrá rechazar estos tratamientos, inclusive los de alimentación e hidratación, siempre y cuando, impliquen la prolongación indefinida de un estado irreversible o incurable.

El segundo párrafo agregado es lo único junto al agregado h) del artículo 5, en rigor de verdad, referido a los cuidados paliativos al señalar que “en todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

2. Ampliación del consentimiento informado

El siguiente artículo modificado es el quinto donde se establece la definición del consentimiento informado. A la versión original se le agrega los incisos g) y h). Esta ampliación de la definición exige que además de ser informado sobre el estado de salud, el procedimiento y los objetivos, los riesgos, la mención de procedimientos alternativos, y las consecuencias previsibles, la persona tiene el derecho a ser informada de su potestad y derecho de rechazar lo que aquí denominamos como el encarnizamiento terapéutico.

Para ello indica que “en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

En caso que el paciente decida rechazar el tratamiento, el nuevo artículo 7 agrega que la declaración de voluntad suficiente deberá ser por escrita y firmada por todos los intervinientes en el acto.

En tanto en el inciso h) es correlativo al nuevo artículo 2 inciso e) y señala “el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

3. Incorporación del consentimiento informado por terceros (supuesto de incapacidad o imposibilidad)

El artículo 6 de la ley 26.529 señalaba que toda actuación profesional requería el consentimiento informado, y para ello en el artículo 7, legislaba respecto de su implementación. El agregado en este caso se refiere para aquellas personas que en el supuesto de incapacidad, o imposibilidad de brindar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado (interpretando el artículo 21 de la ley 24.193) por el cónyuge del paciente; el conviviente de relación de tipo conyugal de no menos de tres años en forma continua e ininterrumpida; cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; cualquiera de los padres; cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; y finalmente y en último orden, el representante legal, tutor o curador.

No obstante, reseña el artículo, que el médico deberá procurar que el paciente participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso.

Cabe destacar que en el caso incapacidad, como por ejemplo, los menores, el profesional deberá también requerir su consentimiento informado. Lo que marca que la incapacidad debe ser de un grado intenso, donde el paciente le es imposible entender el contexto del cual forma parte, habida cuenta de ser el sujeto protagonista de la situación.

4. Revocabilidad por parte de terceros

Recordemos que la revocabilidad de la decisión del paciente podía ser revocada y a estos efectos el profesional actuante debía acatar dicha decisión dejando constancia en la historia clínica. El agregado, en este caso, es que se establece, en el nuevo artículo 10, que la revocabilidad también alcanza a los terceros.

5. Directivas anticipadas de salud (Requisito de homologación)

El artículo 11 en su versión original estableció que “toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes”.

En este caso se agrega que esta declaración deberá formalizarse ante “por escrito ante escribano

público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Antes de ser ley, el proyecto en su versión original, preveía (13) un segundo párrafo donde se avanzaba sucintamente con respecto a las formas y los procedimientos que debían tomarse para implementar dichas medidas. En tal sentido, se indicaba que para ser instrumentadas debían ser confeccionados “tres ejemplares de idéntico tenor, con el propósito que un ejemplar sea destinado al profesional, otro quede en poder del paciente o sus representantes, y el restante se agregue a la historia clínica” (14). Este párrafo fue eliminado en la Cámara de Diputados.

Es decir, el espíritu no apuntaba a judicializar las DAS. La modificación termina por hacerlo generando una situación engorrosa, afectando derechos personalísimos y privados que están protegidos inclusive de la esfera judicial por nuestra Constitución Nacional.

6. Eliminación de la responsabilidad del profesional interviniente

Un agregado fundamental fue el nuevo artículo 11 bis en el que se establece la eliminación de la responsabilidad civil, penal o administrativa del profesional actuante en caso de cumplimiento según obrado por el texto legal.

Sin embargo, el nuevo texto legal sí deja inferir la posibilidad de generar responsabilidad civil en caso de incumplimiento del ordenamiento recientemente sancionado. Es decir, ¿qué sucedería en caso que un profesional interviniente no respetase la declaración anticipada de voluntad por parte del paciente? Un antecedente que viene a colación es un fallo dictado por un caso en materia de Testigos de Jehová. En dicha resolución, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, en el caso “G., C. L. c. Mediconex S.A. y otros” (15) hizo lugar al pedido por daño moral. En este caso se trató de una persona, que a pesar de haber dado una expresa negativa a transfundirse sangre en razón de ser Testigo de Jehová, los profesionales intervinientes, en razón de su delicado estado de salud, de igual modo, concretaron la transfusión.

Para fijar el resarcimiento, el tribunal sostuvo que “a partir del conocido caso “Bahamondez”

resuelto por nuestra CSJN el 6 de abril de 1993, la jurisprudencia mayoritaria admite la objeción a la transfusión de sangre, presentada por pacientes mayores de edad y capaces, fundada en razones religiosas o en la prerrogativa según la cual es posible disponer del propio cuerpo, de la propia vida, y de cuanto le es propio, y esa negativa anticipada resulta obligatoria para sus familiares y médicos y merece respeto y acatamiento”.

Es decir, que la eliminación de la responsabilidad solo se admite en caso de cumplimiento estricto del texto legal. En caso de su incumplimiento, por lo menos, es emergente de resarcimientos en materia de responsabilidad civil. Inclusive, si como en el caso mencionado *ut supra*, el profesional lo hiciera en ocasión de una acción basada en la buena fe y en consideración de uno de los mayores instintos humanos como es el de salvarle la vida a otra persona.

IV. Cuidados paliativos (necesidad de ampliación en la reglamentación)

Quizás uno de los aspectos para señalar de este nuevo texto legal pero que podría ser perfectamente ampliado en su oportuna y debida reglamentación son aquellas cuestiones vinculadas a los cuidados paliativos.

Como señalé *ut supra* el nuevo texto legal se limita a establecer que en ningún caso el derecho de rechazar los procedimientos ello significaría la interrupción de medidas y acciones para el control y alivio del sufrimiento del paciente. Asimismo, la nueva configuración del consentimiento informado agrega el derecho del paciente a saber que el rechazo del tratamiento no implica la interrupción de lo que entendemos como los cuidados paliativos.

En la introducción reseñé como antecedente la Ley General de Salud mexicana, que en su artículo 166 Bis se dedica especialmente a tratar todo lo relativo a esta materia.

Así en su artículo 166 Bis 1 define como cuidados paliativos como “el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo. El control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales”. Asimismo define a la muerte natural como el “proceso de fallecimiento natural de un enfermo en situación terminal, contando con asistencia física, psicológica y en su caso, espiritual”. Y al tratamiento del dolor como “todas aquellas medidas proporcionadas por profesionales de la salud, orientadas a reducir los sufrimientos físico y emocional producto de una enfermedad terminal, destinadas a mejorar la calidad de vida.

(13) LLORENS, Luis R.; “RAJMIL, Alicia B., “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)” LA LEY, 2009-F, 392.

(14) Op. cit.

(15) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, “G., C. L. c. Mediconex S.A. y otros”, 31/05/2007.

Además se establece el derecho al paciente de “dejar voluntariamente la institución de salud en que esté hospitalizado”, de “solicitar al médico que le administre medicamentos que mitiguen el dolor”, y de “optar por recibir los cuidados paliativos en un domicilio particular”.

Se indica, asimismo, que “la suspensión voluntaria del tratamiento curativo supone la cancelación de todo medicamento que busque contrarrestar la enfermedad terminal del paciente y el inicio de tratamientos enfocados de manera exclusiva a la disminución del dolor o malestar del paciente”.

Del mismo modo, en el artículo 166 Bis 16, se dice que “los médicos tratantes podrán suministrar fármacos paliativos a un enfermo en situación terminal, aún cuando con ello se pierda estado de alerta o se acorte la vida del paciente, siempre y cuando se suministren dichos fármacos paliativos con el objeto de aliviar el dolor del paciente”. Aunque se aclara que “en ningún caso se suministrarán tales fármacos con la finalidad de acortar o terminar la vida del paciente, en tal caso se estará sujeto a las disposiciones penales aplicables”.

Por lo que me parece importante que la reglamentación avanzara con cuestiones relativas a establecer:

- 1.- El derecho del paciente a recibir los cuidados paliativos en domicilio particular.
- 2.- Dejar voluntariamente la institución donde está hospitalizados.
- 3.- El derecho del paciente y la obligación del médico de proporcionar medicamentos que alivien el dolor, aun cuando ello significare que se pierda estado de alerta o se acorte la vida del paciente.

V. Parámetros necesarios para la muerte digna

Eduardo A. Sambrizzi (16) da unos interesantes parámetros básicos para fijar un escenario de muerte digna. Tomaremos algunos de ellos y otros los interpretaremos. Quiero dejar en claro que en este caso la dignidad está vinculada al rechazo del encarnizamiento terapéutico, y no a las acciones de la persona que lo llevaron a la muerte, porque por cierto hay muertes más dignas que otras, o al menos, llenas de heroísmo. De lo que aquí se trata es de la persona como paciente.

Ellos son el derecho:

A morir en un ambiente de paz y serenidad: una de las razones que hacen a la dignidad del paciente es a morir en un ambiente en el que no siente

agresividad por parte del contexto y su entorno. De allí, también se desprende el derecho a abandonar voluntariamente la institucionalización a los fines de rechazar o negarse a un tratamiento desproporcionado, y poder recibirlo, inclusive, en su propio domicilio. Podrá discutirse, en caso que en este punto si avanza la reglamentación, si la cobertura de las obras sociales o las entidades de medicina prepaga, alcanza a un cuidado personal en un escenario de fin de la vida en serenidad.

A oponerse que se ponga fin a su vida sin su conformidad: más allá que la ley establece la representación de terceros, por la relevancia de la autonomía de la voluntad, queda en cabeza del paciente decidir o no el rechazo o aceptación del tratamiento.

A no ser objeto de tratamientos desproporcionados a que nada conduzcan: Este es elemento fundamento de los parámetros. Es un derecho conducente y elemental a los fines de llevar el paciente una muerte con dignidad.

A no ser objeto de experimentaciones: Más allá de la enfermedad particular o extraordinario, el paciente tiene derecho a no ser sujeto de experimentaciones, a pesar que eso significare un beneficio en cabeza del conjunto de la sociedad.

A recibir cuidados paliativos: Esto también incluye la obligación del profesional de proporcionarle al paciente medicamentos que alivien el dolor, no obstante, ello signifique un aceleramiento de la muerte. Lo que hay que diferenciar es que deben tener como fin la mitigación del dolor y no la búsqueda acelerada del fin de la vida.

VI. Derecho comparado

1. Italia

Un fallo del Tribunal Supremo en la que dispuso permitir que se le retire a Eluana Englaro una sonda mediante la cual ingería su alimentación e hidratación, generó el cauce para que el Parlamento italiano sancionara el testamento vital, pero con una enmienda que atenta contra su operatividad.

Atribuyéndoselo a presiones de la Iglesia Católica, esta enmienda estableció la prohibición de los pacientes a renunciar a la hidratación y alimentación artificial. Es importante destacar que la legislación italiana entiende a estas acciones como un “apoyo vital” para el paciente.

2. Uruguay

El Congreso uruguayo sancionó la ley “de voluntad anticipada”. Mediante esta normativa la persona puede oponerse a la aplicación de trata-

(16) S.E.; Op. cit., págs. 222-226.

mientos médicos que prolonguen su vida en caso de encontrarse en una situación terminal. Para ello debe realizarse mediante un consentimiento escrito frente a dos testigos o ante un escribano público y luego debe ser agregada a su historia clínica.

Otro punto a destacar es su artículo 8 donde se establece que en el caso que el paciente en estado terminal no haya podido expresar su voluntad “será una decisión del cónyuge, concubino estable o familiares en primer grado de consanguinidad, a propuesta y con el aval del médico tratante” (17). Hay que tener en cuenta que en su artículo 5 se establece “el diagnóstico del estado terminal de una enfermedad crónica, incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente” (18).

3. España

España sancionó la ley 41/2002 en noviembre del año 2002, una normativa que regula los derechos del paciente y que expresamente en su artículo 11 establece que “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

Además entre los años 2000 y 2003 se dictaron leyes similares en doce provincias de España, entre ellas en la provincia de Cataluña que establece tres formas para llevarlas a cabo, mediante un acta notarial, ante testigos o ante los funcionarios responsables de la correspondiente Comunidad Autónoma.

A principios del año 2010, el Parlamento de Andalucía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sanciona la *Ley de Derechos y Garantía de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte*. El 13 de mayo de 2011, el Consejo de Ministros de España, aprueba el anteproyecto de ley de Muerte Digna, donde se pretende aclarar los derechos de los pacientes en situación terminal y las obligaciones del personal sanitario que los atiende, consagra los

derechos a renunciar a un tratamiento médico y al uso de sedaciones terminales aun a costa de acortar la agonía y acelerar la muerte, reconoce el derecho del paciente a que en la etapa final de su vida se preserve su intimidad y la de su familia, a que esté acompañado y a que se le permita recibir el auxilio espiritual que solicite conforme a sus creencias.

4. Francia

En Francia rige la denominada ley Léonetti (19) desde abril del año 2005 que dispone el rechazo al encarnizamiento terapéutico. Expresamente sostiene que un paciente terminal puede limitar o interrumpir el tratamiento siempre y cuando le hayan informado previamente las consecuencias de su decisión. Agrega las directivas anticipadas sobre la salud a través de un documento que es revocable en cualquier momento, y que deben redactadas en un plazo menor a los tres años previos a haber caído el enfermo en estado terminal.

La normativa agrega además el sujeto de la persona de confianza, que tiene un rol y un peso preponderante “sobre toda otra opinión no médica, excepto sobre las instrucciones anticipadas”. La ley, como nuestro texto legal, excluye la eutanasia.

5. Canadá

En Canadá están establecidos los *testament biologique* que se instauran como un contrato que debe inscribirse en los Colegios de Notarios y de Abogados. Se otorgan por escritura pública y requiere de una homologación judicial. Puede ser revocado por el otorgante en cualquier momento. Se recuerda el caso Nancy B (20) donde se le requirió el retiro de su respirador artificial, situación que fue avalada por el Tribunal.

6. Estados Unidos

En los Estados Unidos casi todos los Estados tienen establecido una normativa vinculada a las directivas anticipadas. Uno de los primeros estados en legislar en este sentido fue California con el “Acta acerca de la muerte natural”. Además según Armando Andruet las directivas se encuentran reconocidas por la *Uniform Rights of the Terminally Act* (21) de 1986.

En 1991 se aprobó la *Patient Self-Determination Act* que establece y promueve a que organizaciones sanitarias informen a sus pacientes su derecho a

(17) <http://200.40.229.134/textosaprobados/AccesoTextoAprobado.asp?Url=/textosaprobados/camara/d20061214-27211-0428.htm>

(18) Idem.

(19) PAILLOT, Jean, Centre Français pour la Justice et les Droits fondamentaux de la personne humaine.

(20) S.E.; Op. cit. Pág. 251.

(21) Armando Andruet; citado en S.E.; Op. cit. Pág. 142.

negarse a recibir determinados tratamientos. Del mismo modo Jorge Kiper puntualizó que mediante una ley de Nueva York toda persona puede disponer que una tercera persona tenga el derecho a tomar las decisiones concernientes a su salud (22).

VII. Antecedentes provinciales

1. Río Negro

En la provincia de Río Negro en el año 2007 se sancionó ley 4264 que en su artículo segundo establece que “toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado”.

2. Neuquén

En la provincia del Neuquén en ley sanitaria del año 2005 que como bien señala Taiana de Brandi admite la “ortotanasia” o sea la muerte natural “a su debido tiempo”, distinta de la “eutanasia” y del “encarnizamiento terapéutico”, regula el derecho a ser informado del paciente, a conformar o rechazar total o parcialmente un tratamiento y consagra las “directivas anticipadas” o “instrucciones previas” (23).

La ley establece que las directivas de salud pueden consistir en instrucciones o en la designación de un representante. Prevé además la forma escrita aunque no admite testigos. Como la ley del Uruguay establece que deben ser anotadas en la historia clínica del paciente y resguardadas en un centro sanitario que cumplirá la función de garante de su conservación.

(22) KIPER, Jorge, “La Justicia en la sociedad que se avecina”, 1997, pág. 34, Citado en op. cit., pág. 143.

(23) TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “La nueva ley sanitaria de Neuquén. Una normativa de avanzada”, LLPatagonia 2009 (febrero), 713.

3. Chaco

La provincia del Chaco ha creado el Registro de Actos de Autoprotección y ha sancionado una modificación al código de procedimientos mediante la ley 6.212 que establece que el juez que oficia en un proceso de insania debe requerir oficios al Registro de Actos de Autoprotección, que se encuentra a cargo del Colegio Notarial, de modo de saber si la persona registró un “acto de autoprotección” o propuso un “curador”.

VIII. Conclusión

Entendemos que son decididamente importante y positivos los aspectos centrales de la modificación de la ley de los derechos del paciente, los que podrían resumirse en; 1.- La incorporación expresa del derecho a rechazar la distanasia (incluye cuidados paliativos); 2.- La ampliación del consentimiento informado; 3.- La recepción del consentimiento informado por terceros; 4.- La revocabilidad por parte de terceros; 5.- La necesidad de homologación de las directivas anticipadas de salud; 6.- La eliminación de cualquier tipo de responsabilidad respecto del profesional interviniente.

Sin embargo, entendemos que en su reglamentación deberían agregarse aspectos relativos a: *i.* El derecho del paciente a recibir los cuidados paliativos en domicilio particular. Asimismo, establecer si ello es objeto de cobertura; *ii.* Dejar voluntariamente la institución donde está hospitalizados; *iii.* El derecho del paciente y la obligación del médico de proporcionar medicamentos que alivien el dolor, aun cuando ello significare que se pierda estado de alerta o se acorte la vida del paciente.

En definitiva esta ley de *adistanasia*, estructura una medicina digna, impidiendo la aplicación de prácticas y procedimientos redundantes y excesivos que pueden provocar una muerte inhumana frente al encarnizamiento terapéutico desatinado, donde mas medicina no significa mejor medicina, ni la mayor intervención médica significa mejores acciones médicas en beneficio del paciente, la tecnología no se presenta siempre como algo al que debemos acudir irracionalmente, la dignidad debe privilegiarse presentándose siempre como el límite a los excesos de la ciencia. ♦

LA AUTONOMIA PERSONAL Y LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES A VIVIR CON DIGNIDAD

POR MARÍA ANGÉLICA GELLI

SUMARIO: 1. El derecho constitucional a la autonomía personal y los derechos de los enfermos. 2. La ley de derechos del paciente. 3. Las modificaciones a la ley de derechos del paciente. 4. Los dilemas morales y la responsabilidad ética de los profesionales y las instituciones médicas.

1. El derecho constitucional a la autonomía personal y los derechos de los enfermos

Desde 1853, en la Constitución Nacional se estableció una norma de la que puede —de ella sola— derivarse todo un sistema de libertades y de control del poder. Me refiero al Art. 19 de la Ley Suprema y sus principios de privacidad y legalidad. La disposición permaneció en la Constitución y a través incólume las tragedias institucionales del país, las luchas ideológicas y los enconos políticos, (1) expandiéndose aún en épocas aciagas. (2)

(1) En 1860 se cambió el término “Confederación” por “Nación”. En la reforma constitucional de 1949 la disposición textual pasó a ser el Art. 30, al que se le agregó la frase del anterior y actual Art. 17: “Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley”. El núcleo de la disposición constitucional permaneció, más allá de la amplitud o restricción con la que se la aplicó.

(2) Por ejemplo, para armonizar del derecho a la vida y el derecho a la salud en “Saguir y Dib, Claudia s/autorización”, Fallos 302: 1284 (1980) (1980) (LA LEY, 1981-A, 401).

El ideario del sistema político de la República Argentina, en su más amplia acepción, está allí plasmado en las seguridades de la privacidad y de la intimidad, en tanto las acciones de las personas no ofendan de ningún modo al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Esas acciones privadas —lo son, precisamente, porque no dañan a otros ni afectan el orden y la moral pública— “están reservadas a Dios y exentas de las autoridades de los magistrados”. Dicho en otros términos, la norma constituye un límite infranqueable al obrar del Estado ya sea que actúe por medio de cualquiera de sus autoridades o funcionarios o de particulares que obren por delegación, incluso por sí mismos. Ni la ley, ni la administración, ni los magistrados judiciales, ni quienes actúan por mandato de éstos pueden afectar la privacidad y la intimidad de las personas. Así, el segundo párrafo del Art. 19 de la Constitución Nacional —el principio de legalidad— en tanto dispone que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, implica que no basta con sancionar leyes respetando el debido proceso adjetivo para mandar o prohibir, obligando a las personas a través de dis-

posiciones con legitimidad de origen. Las normas deben, además, respetar la privacidad.

El principio de libertad y autonomía de las personas, tal como se garantiza en la norma constitucional referida, ha suscitado problemas de interpretación respecto del alcance de “acción privada”, “moral pública” y “daño a tercero” y acerca de las limitaciones razonables y ponderadas que el Estado puede imponer al ejercicio de aquella autonomía. Esas cuestiones problemáticas y las soluciones a los conflictos específicos posibilitaron que la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia, crearan y consolidaran reglas de respeto por las *opciones* personales en una sociedad democrática y plural. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debía considerarse y aceptarse en las normas jurídicas y, en su caso, en las decisiones judiciales, la libertad de elegir el propio plan de vida frente a las autoridades y a pesar de las preferencias y reacciones de terceros. Ello, claro está, con los límites establecidos en el Art. 19 de la Constitución Nacional.

De todos modos, el reconocimiento de la privacidad y la intimidad no implica la neutralidad estatal en materia de fines y medios, relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros. La moral pública tiene, no puede ser de otra manera, una dimensión social, reconocida además por los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en el país, en tanto se disponen la dimensión de los deberes convencionales. (3) Por otro lado, aunque se considerara que el orden y la moral pública se subsumen en el daño a tercero y solo se afectan cuando se origina ese daño, la determinación de éste implica emitir juicios de valor. Explicado de otra manera, la medida y extensión del perjuicio, su cuantificación y remedios posibles requieren, en ocasiones —por no decir siempre— optar por un modelo moral. (4)

De lo dispuesto en el Art. 19 de la Constitución argentina pueden derivarse criterios para resolver el problema del resguardo y la defensa de la vida humana sin afectar, por ello, la autonomía personal, la zona de reserva de cada habitante del país, lo que no siempre resulta sencillo de diferenciar. En el caso de los pacientes, de esa norma emerge el derecho a rechazar o interrumpir una terapia específica o a

rehusar medios extraordinarios disponibles por los adelantos técnicos, con el fin de no afectar el respeto debido a dignidad de la persona humana. De tomar, además, “decisiones relativas a su salud.” (5)

El denominado *derecho a morir con dignidad* no se confunde ni asimila a la eutanasia, entendida ésta como toda acción destinada, de modo directo, a procurar la muerte de otro, por piedad y con ayuda de terceros. Aquel derecho implica, en cambio, reservar para el enfermo —o para sus familiares o representantes, si carece de conciencia— la decisión acerca del tratamiento a seguir, o de no continuar ninguno o de ingerir medicinas para atemperar el dolor, aunque, colateralmente, ello lleve a debilitar o extinguir la vida personal. Es, entonces, *un derecho a vivir —y vivir los últimos instantes de la existencia— con dignidad*. Tal como lo sostuvo la Suprema Corte de los Estados Unidos la diferencia entre una u otra situación se sostiene en los principios jurídicos fundamentales de la *intención* y de la *causalidad*. (6)

En consecuencia, se trata de aplicar el criterio clásico de distinción entre los actos médicos realizados con *el fin de obtener un resultado*, de los tratamientos realizados *a pesar del resultado* —en ocasiones secundario o eventual— que pudiera producirse, por ejemplo en términos de cuidados paliativos sobre el enfermo, con la finalidad de minimizar los efectos que produce la dolencia. (7) De esa manera, si un paciente rechaza el tratamiento médico que se le

(5) Cfr. Art. 11 de la ley 26.529.

(6) Cfr. “Vacco, Attorney General of New York, et. al. v. Quill et al.,” certiorari to the United States court of appeals for the second circuit. Nº 95-1858. Junio 26 de 1997. Puede verse el voto de la mayoría, en traducción, selección y con notas de GULLCO, Hernán en Derechos y garantías. Igualdad ante la ley. Suicidio asistido. Derecho a rechazar tratamiento, J.A. 10 de diciembre de 1997, Nº 6067. Jurisprudencia Extranjera, pp. 18/21. Formulé el análisis del fallo en GELLI, María Angélica, La prohibición del suicidio asistido. Garantía de la igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, LA LEY, 1998-B, 1346.

(7) En 2001, llegó a la Corte Suprema argentina un recurso extraordinario planteado por el defensor de menores, ante la autorización concedida a una mujer embarazada para inducir el parto en un embarazo que casi llegada a los ocho meses. La criatura concebida no había desarrollado el cerebro, por lo que los médicos sostenían que no tenía ninguna posibilidad de vivir. La madre alegaba los intensos sufrimientos psíquicos que la situación le producía. El voto de la mayoría de la Corte Suprema autorizó la medida, señalando que ella no constituía un aborto pues el tiempo de gestación le hubiera permitido vivir al niño, si no hubiera padecido la enfermedad que le aquejaba. El niño murió a las pocas horas de nacer, no a causa del nacimiento adelantado, sino como consecuencia de la enfermedad que sufría. Cfr. consid. 11 del voto de la mayoría en “T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, C.S. T. 421. XXXVI (2001).

(3) Por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, Art. XXIX y ss) Ello más allá de que de todo derecho emergen obligaciones estatales y, también deberes directos o indirectos de las personas.

(4) Examiné esta cuestión de modo más amplio en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, La Ley, cuarta edición ampliada y actualizada, 4ª reimpresión, Buenos Aires, junio de 2011, t. I, Análisis del Art. 19 C.N., puntos 1 y 2.

aconseja o rehúsa continuarlo, muere a resultas de la enfermedad que padece, del curso natural que ésta sigue. En cambio, si ese mismo paciente ingiere una droga letal suministrada por su médico, muere como consecuencia de esta última acción.

Sin embargo, lo que constituye un principio de distinción razonable, comprensible al expresarse con palabras, en algunas circunstancias resulta difícil de aplicar porque la línea divisoria entre una u otra medida es delgada y no siempre se presenta nítida o resulta claro que no se produce un daño a tercero. Por ejemplo, ante personas inconscientes y por ello imposibilitadas de decidir por sí. Aunque parece existir una diferencia entre dejar morir en paz —permitiendo que el curso de la enfermedad surta sus efectos, por un lado— y hacer que el paciente muera —interfiriendo artificialmente en su vida con una acción destinada a matar— por el otro existen situaciones en las cuales los límites se hacen más difusos. Tal el caso del mantenimiento o no de la hidratación o alimentación a enfermos terminales. Más aún si se trata de enfermos incurables pero no en el estadio terminal de su padecimiento.

Debe tenerse en cuenta que los derechos implícitos del Art. 33 introducido en la Constitución Nacional en la reforma de 1860 se sostuvieron, según la Comisión Examinadora de esas enmiendas, en los derechos debidos a la persona humana y que las leyes sólo reconocen. Para que no quedasen dudas se dijo, entonces, que los derechos declarados son ejemplos para ir de lo conocido a lo desconocido, de lo expreso a lo tácito. Así, se estaba suponiendo que de los fundamentos en que se apoyan los derechos implícitos se infería, en lo que aquí interesa, una apertura amplísima para reconocer nuevos derechos y el respeto del *fin* que cada persona tiene derecho a obtener.

Dado que los derechos implícitos, por definición, no están explicitados, su determinación en los casos concretos deja un amplio margen a la discrecionalidad de los magistrados para darles alcance cuando se los invoca en una controversia y, eventualmente, para controlar las leyes dictadas por el Congreso de la Nación o por los estados locales que los limitaran irrazonablemente. Dado que en la identificación y alcance de los derechos no enumerados puede ocurrir que los magistrados judiciales impongan sus propias convicciones morales resulta adecuado al principio de soberanía popular que sean las leyes las que reglamenten los derechos implícitos y los que comprenden la privacidad y la intimidad.

Acerca del derecho a la vida, la jerarquía constitucional de varios Tratados de Derechos Humanos reconocida en la reforma de 1994 aportó, según lo entiendo, mayor protección al derecho a vivir de la

persona no nacida. Es decir, del inicio de la vida y su resguardo. (8)

Ya antes de esa reforma, la Corte Suprema en diferentes etapas de su integración, consideró y protegió los derechos de los ya nacidos a la preservación de la vida y dispuso la responsabilidad de las instituciones médicas al respecto. En ese sentido hizo mérito de la vida como primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva aunque reconocido en la Constitución y las leyes. (9) La Corte mantuvo ese criterio sobre la preexistencia a toda normativa legal, de los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de las personas, responsabilizando a una institución médica que rehusó el ingreso de un enfermo quien no había presentado su carné de afiliado al momento de solicitar la admisión. (10)

El derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad implican obligaciones estatales específicas derivadas de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. La primera de esas obligaciones, referida a la atribución de reglamentar aquellos derechos por parte del Poder Legislativo federal. Tal fue el caso de la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6) y a la reforma a esta normativa aprobada por el Congreso de la Nación en 2012 a fin de establecer mayores precisiones y seguridades sobre los derechos de los pacientes y de las personas en general acerca de las *decisiones relativas a su salud*.

2. La ley de derechos del paciente

La ley de *Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado*, 26.529, estableció como derechos esenciales en la relación entre pacientes y profesionales de la salud, una serie de facultades y seguridades de los primeros que derivan, también, en deberes de los segundos. (11) En el Art. 2º de esa norma se garantizó el derecho a la asistencia, al trato digno y respetuoso de las convicciones personales

(8) Ello a pesar de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, C.S. F. 259. XLVI (2012), sobre el alcance del aborto no punible. Formulé la crítica a ese fallo en GELLI, María Angélica, Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección de la vida (El caso del aborto no punible), Jurisprudencia Argentina, Suplemento, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2012. En prensa.

(9) Cfr. consid. 8 del voto de la mayoría en “Saguir y Dib”, Fallos 302:1284. En la sentencia el Tribunal autorizó un transplante de órganos no autorizado por la ley entonces vigente.

(10) Cfr. “Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor”, Fallos 312:1953 (1989).

(11) Ley 26.529 (B.O. 20/11/2009)

y morales; a la intimidad; a la autonomía de la voluntad y confidencialidad de los datos de salud, en concordancia con lo previsto en la ley reglamentaria del *Hábeas Data*, 25.326 (Adla, LX-E, 5426); (12) a la reserva de los datos clínicos por parte de las personas que intervienen en la elaboración o manipulación de esos datos; a aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos, decisiones revocables y que los médicos deben acatar; a la información sanitaria o a no recibir esa información; a la interconsulta, obtenido información sanitaria por escrito, a fin de lograr una segunda opinión acerca del diagnóstico, pronóstico o tratamiento de la enfermedad; a dictar directivas anticipadas sobre la propia salud, aceptando o rechazando determinados tratamientos médicos a futuro o cuidados paliativos, excepto las prácticas eutanásicas; en el caso de niños y adolescentes, el derecho de éstos a intervenir en las cuestiones relativas a su salud y tratamiento, en los términos de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635). (13)

Esta enumeración y las restantes disposiciones de la ley 26.529 reglamentaban los derechos a la privacidad —como principio de no interferencia estatal o institucional pública o privada, sobre la autonomía de la voluntad— y a la intimidad de los pacientes en el respeto a sus convicciones socioculturales, al pudor y a la reserva de sus datos clínicos. A la vez, aseguraban el derecho a la salud y a los cuidados paliativos de los enfermos. La ley, tuitiva y respetuosa de la privacidad planteaba, sin embargo, algunos interrogantes acerca del alcance del rechazo de los *tratamientos* o *procedimientos* médicos permitidos y dejaba un margen de apreciación o discrecionalidad a los profesionales de la salud y a los pacientes sobre qué medios debían de incluirse en los tratamientos o procedimientos susceptibles, sobre todo, de ser interrumpidos o no prestados.

La dolorosa situación de una niña en estado vegetativo y las peticiones de su familia para que esa situación no se mantuviera artificialmente, motivaron la revisión de la ley 26.529 y la modificación y ampliación de la normativa que acabo de referir en términos muy generales.

3. Las modificaciones a la ley de derechos del paciente

La ley 26.529 fue modificada, ampliando el margen de autonomía de los pacientes y sus familiares o representantes, para decidir acerca de los tratamientos y procedimientos médicos posibles que se autorizaban a rechazar.

(12) Ley 25.326 (B.O. 2/11/2000).

(13) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 26.061 (B.O. 26/10/2005).

Las enmiendas se refirieron a procedimientos específicos que antes no se consignaban y que suscitaban dudas acerca de la viabilidad ética de rehusarlos o interrumpirlos con consentimiento médico y un recaudo de seguridad antes las posibles *directivas anticipadas* que pueden dictar “todas las personas capaces mayores de edad”. Por otro lado, las reformas dispusieron una cláusula específica sobre exención de la responsabilidad de los profesionales médicos que intervinieran en las decisiones previstas y según los recaudos establecidos en las disposiciones que reformaban la ley 26.529. Pero se mantuvo la responsabilidad que establece el Art. 21 de esta última normativa.

3.1. La regla general y la regla específica acerca de los derechos del paciente

La reforma legal mantuvo el principio de la autonomía personal de los pacientes. El derecho fundamental a decidir sobre los tratamientos, intervenciones quirúrgicas y procedimientos posibles de aplicar para beneficio de su salud y dignidad. El derecho a la información sanitaria adecuada y el derecho a no recibirla. La intervención de los niños y adolescentes en las cuestiones relativa a su salud y tratamiento. El derecho disponer directivas anticipadas sobre la salud con expresa prohibición de la eutanasia. Hasta allí la regla general para todas las personas.

La reforma introducida establece una regla específica sobre derechos de los pacientes *en determinadas situaciones*.

3.2. Los derechos específicos del paciente

El nuevo inc. 2) del Art. 2º de la ley 26.529 incluyó un párrafo disponiendo que los pacientes con:

- Enfermedades irreversibles;
- Enfermedades incurables;
- En estadio terminal o que
- Hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, previa información fehaciente, tienen derecho a rechazar:
- Procedimientos quirúrgicos;
- Reanimación artificial o
- Al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado;
- Al rechazo de procedimientos de hidratación o alimentación cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable;
- A revocar esas decisiones

La norma referida tomó partido por el derecho del enfermo o lesionado —si se encuentra conciente o de sus familiares según el orden establecido en la ley de ablación de órganos, si no lo está— a rechazar tratamientos médicos en casos de que esos procedimientos no aporten mejora alguna, sino el mantenimiento de la situación anterior o resultan desproporcionados, es decir, no apropiados, en relación a los beneficios para el enfermo que se esperan obtener. La ley establece que pese a ese rechazo, el paciente tiene derecho a recibir cuidados paliativos, a las medidas que le proporcionen el máximo de confort posible en esa instancia dolorosa de su vida. Pero, además, el legislador decidió incluir en el derecho a rehusar la aplicación sobre sí, de mecanismos no naturales de hidratación y alimentación. Al disponerlo de esa manera, el legislador consideró que estos mecanismos constituyen formas de soporte vital *artificial*. La cuestión es dudosa porque, por otro lado, prescindir de esos procedimientos podría interferir con los cuidados paliativos debidos a todo paciente, sobre todo cuando éste —y es casi la situación general que se produce— no puede decidir por sí mismo.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, antes de ahora, había denegado el permiso para cesar en la aplicación de sistemas de hidratación y alimentación que recibía una paciente en estado vegetativo. (14) La reforma a la ley de Derechos del Paciente ha incluido de modo expreso la posibilidad de rehusar esos mecanismos cuando “el único efecto sea la prolongación en el tiempo del estado terminal irreversible e incurable”.

La decisión legislativa ya tomada por el Congreso plantea dos problemas médicos de implicancias éticas: a) la determinación del estado terminal irreversible e incurable y, b) establecer si, acaso, la hidratación y la alimentación artificiales son parte del confort y cuidados que se deben a todo enfermo —como el abrigo y la limpieza—. En este caso, quizá resulte obligatorio proporcionar aquéllos, como parte de esos cuidados paliativos. Como se ha sostenido, la alimentación tiene un alto valor simbólico, por ello resulta tan difícil quitarla a un enfermo, aún en

estado terminal. (15) Según lo entiendo, la determinación de qué es y hasta dónde debe administrarse un tratamiento médico en interés y beneficio real del paciente, deviene esencial para tomar estas decisiones e informar a los enfermos y a sus familias y dejarlos decidir con la libertad —la escasa libertad de la que se dispone en esas terribles circunstancias. (16) He ahí la necesidad de conductas éticas y responsables por parte de los profesionales médicos.

Acerca del derecho del paciente —o sus familiares— a prestar un consentimiento informado, la reforma incluyó dos nuevos incisos en el Art. 5º, referidos a los pacientes que atraviesen alguna de las situaciones detallada en el inc. e) del Art. 2 que se indicaron en los párrafos anteriores, antes de rechazar los procedimientos médicos extraordinarios allí consignados (inc. g), y al derecho de recibir cuidados paliativos (inc. h). Respecto al inciso g) se trata de una ponderación, difícil, inquietante, sobre todo cuando el consentimiento deben prestarlo los familiares. Esa información debe brindarse con suma rigurosidad para no inducir eventuales rechazos, en especial de familiares en un grado de parentesco más lejano.

Finalmente se mantiene, como no podía ser de otro modo, el derecho de revocar las decisiones tomadas por el paciente o sus familiares de consentir o rechazar los tratamientos médicos. Este derecho se ha ampliado con la modificación legal, pues se suprimió en el Art. 10 la facultad de los profesionales médicos de no acatar la revocación del rechazo de un procedimiento, si no se mantienen las condiciones de salud del paciente que aconsejaron el tratamiento rehusado en su oportunidad.

3.3. Las formalidades requeridas y la exención de responsabilidad médica

Del consentimiento informado acerca de los derechos que asisten al paciente —en caso de padecer enfermedades irreversibles o enfermedades incurables, de encontrarse en estadio terminal o que haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual

(14) Cfr. “S. M d C”, SC Buenos Aires, 5/2/2005. Con análisis crítico de GHERARDI Carlos R., Permiso para morir en la Justicia Argentina, La Ley Actualidad, Buenos Aires, 20 de diciembre de 2007. El autor cuestiona severamente los métodos de soporte asistencial empleados sobre enfermos en estado vegetativo permanente, en olvido de los fines de la medicina que debe procurar el bien del enfermo. La traducción de ese imperativo tecnológico que considera violatorio de los derechos del paciente sería, para Gherardi, “porque se puede [hidratar o alimentar mecánicamente], se debe [hacerlo aunque ello no tenga efecto positivo alguno en la cura del enfermo]”.

(15) Cfr. la evolución médica acerca del valor de los métodos de hidratación y alimentación artificiales en personas en estado vegetativo en HOOFT, Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 94 y ss. Según lo considera este autor, tales pacientes ya no sufren hambre ni sed (pero ¿lo sabemos, realmente?) y el retiro de los soportes alimentarios no constituyen actos de eutanasia contraria, ésta, a la tradición médica en la República Argentina.

(16) He examinado esta cuestión en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, La Ley, cuarta edición ampliada y actualizada, 4ª reimpresión, Buenos Aires, junio de 2011, T. I, Análisis del Art. 33, pp. 492/93.

situación— de rechazar procedimientos quirúrgicos o de reanimación artificial; de que se le retiren medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado; de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable, deberá dejarse constancia por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

Ante las delicadísimas cuestiones que reglamenta, la reforma a la ley de Derechos del Paciente, incluyó una cláusula que exime de responsabilidad en los siguientes términos:

“Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de “la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, “derivadas del cumplimiento de la misma”. (17)

En párrafos anteriores indiqué que no obstante esa nueva disposición, no se modificó el Art. 21 de la Ley 26.529, redactado de esta manera:

“Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los “profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas” (Adla, XXVII-A, 44).

La armonización entra ambas disposiciones será ardua porque, ya se sabe, en uso del acceso a la jurisdicción consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional y en los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los eventuales afectados podrán reclamar por el “obrar en desacuerdo con las disposiciones de la ley de *reforma* de los Derechos del Paciente” o por “incumplir la ley de Derechos del Paciente”. En consecuencia queda por delante una difícil armonización interpretativa. Y si surge alguna incompatibilidad entre ambas normas —Art. 11 *bis* y Art. 21— quizás enfatizar los términos del primero por ser posterior, claro que sin pretensión derogatoria porque el legislador cuando examinó la ley, no lo derogó.

(17) Cfr. Art. 11 bis, incorporado a la ley 26.529.

3.4. Las directivas anticipadas y sus límites

Las directivas anticipadas se incluyeron en la ley de Derechos del Paciente en noviembre de 2009. La norma disponía y dispone:

“Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrá como inexistentes”. (18)

El sujeto que puede otorgar esas directivas es toda persona capaz mayor de edad, por lo tanto sana o enferma. Las directivas comprenden todo lo relativo a la salud de las personas, incluye en consecuencia todo tipo de tratamientos y da cabida, aunque no se lo mencione expresamente, al derecho a la objeción de conciencia ya admitida por los tribunales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (19)

A esta norma la ley de reformas le incorporó el siguiente párrafo:

“La declaración de voluntad deberá formalizarse ante escribano público o juzgado “de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha “declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”. (20)

Este nuevo párrafo suscitó reservas por el eventual encarecimiento del trámite para disponer directivas anticipadas. No obstante, los recaudos estrictos para emitir directivas anticipadas o para revocarlas devienen imprescindibles, sobre todo en las personas sanas que obren en consecuencia de alguna objeción de conciencia. Los dilemas pueden presentarse cuando el objetor carece de conocimiento, un familiar pone en duda el mantenimiento de la creencia y solicita —ante una directiva presentada en la que el paciente rehúsa de modo expreso eventuales transfusiones de sangre o plasma— que se realice la práctica.

Al momento en que esto escribo, un tribunal de segunda instancia consideró un caso similar e hizo lugar al respeto de la directiva otorgada en 2008 por

(18) Art. 11 de la ley 26.529.

(19) Cfr. “Bahamondez, Marcelo”, Fallos 316:479 (1993) (LA LEY, 1993-D, 130) y, en especial, consid. 13 del voto en concurrencia de los jueces BARRA y FAYT, acerca del derecho a no ser transfundido de un Testigo de Jehová. Debe señalarse que al momento de emitirse sentencia la cuestión era abstracta porque el actor ya había abandonado la institución sanitaria, circunstancia que los jueces señalaron expresamente.

(20) Nuevo párrafo incorporado al Art. 11 de la ley 26.529.

un paciente, que habiendo sido herido de bala, permanecía en estado de inconsciencia. El fallo —que suscitó debate en los medios de comunicación— dio por válida la constancia documental de la directiva, acompañada en *copia simple* y aplicó al caso, el Art. 11 de la ley 26.529 según el texto anterior a la reforma, con respaldo, se sostuvo, en el Art. 19 de la Constitución Nacional. (21)

Caben algunos interrogantes acerca de cómo se otorgó y ante quien la mentada directiva. El fallo de la segunda instancia no lo esclarece. En cuestiones tan delicadas en el que está en juego la vida de una persona, todo recaudo acerca de su voluntad no viciada y el mantenimiento de ésta, es poco.

4. Los dilemas morales y la responsabilidad ética de los profesionales y las instituciones médicas

La ley 26.529 y su reforma, tiende a respetar, jurídicamente, la autonomía, la intimidad y la dignidad

de las personas. De todos modos se mantienen las exigencias éticas tanto para no inducir el rechazo como la aceptación de mecanismos extraordinarios de mantenimiento de la vida. Aunque con razón los profesionales de la salud puedan rechazar la expresión “encarnizamiento terapéutico”, porque estaría fuera de toda ética encarnizarse con los pacientes, lo cierto es que en ocasiones se persiste en aplicar procedimientos extraordinarios, dolorosos y sin destino.

Las reformas, a pesar de la más precisa reglamentación que se dispusieron acerca de cuales tratamientos se pueden rechazar, dejan un margen de interpretación y discrecionalidad médica quizás imposible de evitar. Se ha vuelto a desestimar la eutanasia, en línea con el juramento hipocrático que todavía nos interpela a su cumplimiento en el origen y en el fin de la vida. Distinguir cuándo un tratamiento constituye una práctica eutanásica requiere un compromiso ético, más allá de las normas o las exenciones de responsabilidad jurídica. ♦

(21) Cfr. “A. N., J. W. s/medidas precautorias”. CN de Apel. en lo Civil de la Capital Federal, sala A, mayo de 2012.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL MEDICO EN LA MUERTE DIGNA

POR CARLOS A. GHERSI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El consentimiento informado. 3. El derecho personalísimo del paciente y/o familiares 4. Responsabilidad de los médicos. 5. Actuar conforme a ley. 6. La objeción de conciencia. 7. Conclusión.

1. Introducción

Señala con acierto Ronald Dworkin: “los profesionales admiten que en determinadas condiciones los pacientes piden morir ... ante el sufrimiento ...” (1) y nosotros agregaríamos *la muerte es el hecho previsible, la incógnita, el alea, el riesgo es como sucederá.*

En esta inquietud está la aversión al *sufrimiento propio*, no como egoísmo, sino como la *secuencia normal y ordinaria* de todas las especies al dolor y como *solidaridad* frente a aquellos seres que nos rodean.

La decisión de evitar el dolor y sufrimiento propio y el ajeno no es fácil, es por supuesto la decisión más difícil en la vida de los seres humanos (y obviamente en otras especies), porque como secuencia lógica acaba con aquella y siempre quedará para el propio o para los que nos rodean la duda —no científica— de si desde los sentimientos existía una mínima posibilidad de sortear ese momento y volver a vivir dignamente, obvio que es imposible de evitar este pensamiento (desde los sentimientos).

Es por estas y otras razones que las sociedades deciden con mesura estas cuestiones y cuando la

deciden no quiere decir que resulte impuesta sino solo una facultad del derecho personalísimo sobre la vida y la muerte.

2. El consentimiento informado

El derecho del paciente a saber su estado (Ley 26.529 de LDP) y que ahora se refleja también en esta ley que comentamos es un *derecho personalísimo* que le permite asumir los riesgos que la ciencia médica establece para cada alternativa científica y asumir la decisión.

Hemos sostenido que la persona cuando se transforma en paciente psicológicamente deja de estar en plenitud de conciencia y jurídicamente es un sujeto semi-inimputable (art. 821 CC) al menos transitoriamente y ésta en el denominado grupo de vulnerables sociales, culturales y jurídicos, (2) de

(2) MILMANIENE, José, La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. “Todo aquel que concurre a la entrevista médica padece síntomas —reales o imaginarios— que lo sumen en el dolor y la angustia y determinan un estado regresivo y de indefensión, que evoca el estado de desvalimiento que se padece en la niñez, frente a situaciones traumáticas y displacenteras a las cuales no se puede soslayar ni evitar, con el mecanismo defensivo de la huida”. En Tratado de Derecho a la Salud, Gheri - Weingarten. (directores), Vol. I, p. 4, La Ley, Buenos Aires, 2012.

(1) Ronald Dworkin, Dominio da vida, Aborto. Eutanasia e liberdades individuais, pp. 1/2, Ed. Martins Fontes. Sao Paulo, 2003.

allí que su decisión no es de con sentimiento sino de *asentimiento*. (3)

Esto implica mayor responsabilidad de los profesionales en su actuar, ya que ante esta situación, su primer deber es establecer cuán *intensa es la vulnerabilidad y sensibilidad del paciente*, para saber si puede *asumir* ese *asentimiento* o se encuentra *bloqueado* y necesita ser *completado* o ser *suplido* por los familiares en el orden establecido por las normas pertinentes.

Todo lo expuesto precedentemente, como también lo establece con mejor precisión esta ley, que la anterior de derechos del paciente) tiene que ser *volcado en la historia clínica* con el mayor detalle y precisión posible, conforme a las circunstancias y condicionamientos existentes, especialmente el escenario (hospital, clínica, etc.) y ser *firmado* por *los profesionales; los paciente y en su caso los familiares*.

Esto opera en el *hospital público* como *instrumento público* y hay que reargüirlo de falsedad y en el *ámbito de clínicas sanatorios*, etc. es un *instrumento privado* entonces debe ser impugnado, pero en principio en ambos casos hacen *presunción de veracidad*. (El primero con mayor intensidad que el segundo) (4)

Esta *constancia instrumentales* es imprescindible para los profesionales de la salud, en cuanto a la evaluación de las obligaciones, derechos y responsabilidades. (5)

3. El derecho personalísimo del paciente y/o familiares

El derecho personalísimo a la disposición de la propia vida es tal vez el más esencial de todos los derechos personalísimos, pero que se engarza con otro derecho: *el derecho personalísimo derivado al no sufrimiento*. (6)

(3) GHERSI - WEINGARTEN, Tratado de Doctrina y jurisprudencia de la ley de derechos del consumidor. Vil. I, Art. 2, La Ley, Buenos Aires, 2011.

(4) Tratado de Derecho a la salud. Gheri - Weingarten (directores) Vol. II, WEINGARTEN, Celia, Historia clínica (p. 107); GHERSI Sebastián, Historia clínica falsa (p. 145) La Ley, Buenos Aires, 2012.

(5) PEREIRA CAMPOS, Santiago y GARCIA MARTINEZ, Rafael, Derecho médico y organizaciones de salud. La Ley Uruguay, 2010; GRISSETTI, Ricardo, Nuevas perspectivas de la relación de causalidad, Moglia Ediciones, Corrientes, 2012; GOZAINI, Osvaldo, Tratado de derechos procesal, t. II, La Ley, Buenos Aires 2011.

(6) GHERSI, Carlos, Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos, Cathedra, Buenos Aires, 2010.

Los derechos personalísimos pueden ser *absolutos o relativos* en cuanto a su ejercicio, el primero es cuando su ejercicio no depende de otras personas, el derecho a rezar, a profesar un culto, etc. - en cambio otros no se pueden ejercitar sino con la participación —omisión o acción— de otros.

Este es el caso del derecho *personalísimo a la muerte digna*, depende de la propia decisión o de los familiares y del profesional para el ejercicio, por lo cual esas personas ajenas deben adecuar su conducta a la ley, así, el médico respetar la decisión del paciente, y proceder cumpliendo los requisitos de la normativa legal, etc. (7)

4. Responsabilidad de los médicos

El médico que *informa adecuadamente* sobre los riesgos científicamente posibles: del no tratamiento y/ o las alternativas de las opciones científicas en cuanto a sus riesgos y *registra* estos actos en su *historia clínica*, actos propios unilaterales y los notifica al paciente y/o en su caso a los familiares y éstos también firman la historia clínica, posee para sí la tranquilidad ética, moral y jurídica que su *“obrar”* es conforme a su conciencia, la moral social y el derecho, por lo cual ninguna responsabilidad deberá asumir como secuencia de esos actos.

5. Actuar conforme a ley

Precisamente la ley establece en su último artículo:

Artículo 11 bis. - Ningún profesional interviniente que *haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley*, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Es lo que acabamos de señalar precedentemente.

Consideramos que no se trata de un vil de impunidad, sino la secuencia lógica de un actuar conforme a la ciencia médica, ética, moral y las norma jurídicas vigentes.

6. La objeción de conciencia (8)

Así como alguien tiene el derecho personalísimo de decidir sobre su vida y su muerte, también los profesionales tienen el *derecho personalísimo condicional a la objeción de conciencia*, es decir no cumplir con una determinada manda legal por estar en contra de su valor central y esencial de vida.

(7) WOLFGANG SARLET, Ingo, Dignidade de pessoa humana e direitos fundamentais, Ed. Do Abogado, Porto Alegre. 2010.

(8) GHERSI, Carlos, La objeción de conciencia en Tratado de derecho a la salud. - Gheri - Weingarten (directores) Vol. II, p. 239, La Ley. Buenos Aires, 2012.

La *condicionalidad* es que no puede hacerlo en casos de urgencia, emergencia o cuando no existen otros profesionales en el establecimiento.

7. Conclusión

Se trata de una ley muy esperada, pero que sin duda ofrece posiciones diferentes, propias de la democracia

y la ponderación de valores, religiosidad, distintos, etc. que todas merecen ser respetadas, especialmente cuando la ley no impone, sino que faculta.

Insistimos en un tema central, todo debe estar *registrado* en la historia clínica única arma para los profesionales, en cuanto a calificar su conducta conforme a las pautas legales. ♦

LEGISLACION PSEUDO DIVINA Y MUERTE DIGNA

POR TOMÁS IGNACIO GONZÁLEZ PONDAL

Sumario: 1. Del ayer y el ahora. 2. La llamada muerte digna. 3. Conclusión.

1. Del ayer y el ahora

Se nos ha inculcado hasta el hartazgo que en los gobiernos democráticos gobierna la mayoría; que el representante de ellas debe hacer lo que las tales solicitan; que la voluntad popular tal cosa o tal otra; que el elegido debe realizar lo que la voluntad popular disponga. Pero de sobra sabemos que nunca aconteció así. La realidad es otra y muy distinta. Un grupo minúsculo en comparación con la población de una Nación, gobierna para la mayoría, y no solo lo hace muchísimas veces sin tener presente lo que la mayoría reclama, sino, lo que es peor, sin tener en cuenta el verdadero bien necesario para esa mayoría. En otros términos, lo recto es gobernar exclusivamente en miras al *bien común*, y no por el simple hecho de una pretensión mayoritaria. Y el bien común es apreciable cabalmente tras una *ordenación racional*, y no en el seguimiento del capricho, de lo meramente placentero o del egoísmo camuflado, identificable con el individualismo y el libertinaje. Por eso la ley propiamente es antes que nada una *ordenación racional en miras al bien común*.

Y acontece paradójicamente que, muchos de los que hoy ocupan cargos políticos fundados en la creencia doctrinal de que deben responder a la voluntad mayoritaria, traicionan sus mismísimas creencias puesto que, en los hechos, privilegian a postulados minoritarios atentatorios del recto orden como *ut infra* probaremos.

En una familia integrada por ocho personas, el matrimonio y los cinco hijos mayores, deciden, siguiendo una metodología democrática (mayori-

taria), que para que el menor de diez crezca sano, deben golpearlo permanentemente. Otra familia comulgando con idéntica metodología a la ya expuesta, decidió que matar a su hijo de ocho años era algo loable, puesto que las patologías psíquicas que presentaba les resultaban ya muy insufribles. También hay grupos de personas que, sin apartarse del precitado sistema metodológico, se encargan de hacer “leyes” que sostienen v.gr. que matar a niños encerrados en el vientre materno es un derecho de la mujer, o que un enfermo incurable puede, si así lo desea, negarse a recibir agua y alimento, lógicamente, como era de esperarse, llamando a eso derecho.

Si, como a todos nos consta puesto que es algo evidente, la vida existe, y si, como también es de toda evidencia nadie que pertenezca a la especie humana puede dar vida a un muerto, ¿quién es el dueño, quién el que maneja, quién el que da y el que quita las vidas existentes?

2. La llamada muerte digna

Como es de público conocimiento, el Senado de la Nación Argentina nos dio una nueva “legislación”: la ley de *muerte digna*, se la llama. Entre los comentarios formulados por sus propulsores encontramos que es una normativa muy *humanitaria*. Ahora también es humano no comer ni beber para dejarse morir.

El radical José Cano por su parte afirmó que estamos “...*garantizando derechos y recuperando el rol del arte de curar...*”, y que se “...*atiende a un reclamo social...*”. No se ha dado pruebas fehacientes de que

sea un reclamo social, es más, tratase de algo que apareció muy de imprevisto. Y no es lícito invocar las excepciones para fundar un “reclamo público”. Tocante a la invocada *recuperación*, no alcanzo a ver dónde estaría el arte curativo en maniobras dirigidas a dejar morir, por ejemplo, al que precisamente se sabe no tendrá cura. Si la misma *nova ley* se dirige entre otros a enfermos incurables: ¿dónde por ventura aparece el arte de curar? Aceptar la no hidratación y la no alimentación de quien así lo decide, ¿acompaña alguna suerte de curación? El arte implica un conjunto de reglas dadas para el perfeccionamiento de algo; en el arte curativo entonces consistirán en todas aquellas herramientas enderezadas a lograr la mejoría de la salud del paciente. Pero acompañar a alguien a bien morir cuando ya la medicina no puede hacer nada, es algo allende al arte curativo. Las aseveraciones de Cano las encuentro superficiales e insostenibles.

Aníbal Fernández expresó estar por “...la defensa de los pacientes...” y que “...de ninguna manera...” la ley apoya “...la eutanasia”. Seguidamente se verá si efectivamente no hay cierto apoyo a la práctica consabida.

a) Hidratación y alimentación:

En el artículo primero de la Ley de muerte digna leemos: “*Modifícase el inciso e) del artículo 2° de la ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aque-*

llas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

“La muerte como tal es un paso del que nadie se librará. Llegará sin aviso de hora, minuto y segundo, pero se hará presente. Así las cosas, la muerte como tal no puede ser ni digna ni indigna, sino que es un hecho, una realidad con la cual acaba la vida terrena de todo ser humano.

Pero una cosa es hablar de “muerte digna” que, como ya advertí, es un error, y otra cosa es hablar de morir con dignidad o morir indignamente. En este estadio ya no se hace referencia al paso objetivo e inevitable, la muerte, sino a la disposición anímica de la persona que se enfrenta ahora con esa realidad.

El hombre para que se lo considere, esto es, para que se lo respete en cuanto tal, ha de ser, y ser de tal manera; ¿de qué manera? Ser animal racional. Esta dignidad humana ontológica, puede ser definida entonces como la valoración debida a todo ser humano, por el hecho de ser una criatura procedente del Ser Supremo: Dios.

A su vez, esa dignidad humana ontológica puede quedar arruinada por el comportamiento del hombre. Cuando una persona se comporta de manera contraria a lo que su ser le pedía, es decir, actuar racionalmente, diremos que se animaliza, se degrada o degenera en algo, y estampa un sello difícil de percibir, pero que existe de manera concreta, en el cual se pude leer: renuncio a mi dignidad. Al acontecer esto, decimos que estamos frente a un hombre indigno, porque su conducta lo convierte en tal.

Por lo que, podemos hablar de una dignidad moral, la cual es un valor, que sólo y exclusivamente sólo se alcanza, cuando un hombre se comporta como es debido a su condición; y cuanto más virtuosa sea una persona, tanto más acrecentará ese valor, y, en consecuencia, se volverá más digna; pero más allá de esto, hay un mínimo de respeto que se debe a todo ser humano que, como ya lo advertí, se conduzca conforme a lo ordenado a su ser.

Así las cosas, morir de manera indigna, tiene que ver con haber terminado los días existenciales con actos que, como mínimo, no fueron acordes con lo que exigía la naturaleza racional.”(1)

De modo tal que, como primera aproximación, los que proponen la “muerte digna” para introducir practicas malsanas, como así también los que las practican, en verdad llevan ganancia hacia la indignidad, porque el volverse señores de la vida y la

(1) GONZALEZ PONDAL, Tomás Ignacio, Muerte digna: otra falacia conceptual, otra práctica indigna, LA LEY, Sup. Act. 15/12/2009, 1.

muerte, el decretar cuándo a mi vida le pongo coto, es algo que excede al dominio, al poderío humano, siendo derecho de un Ser superior, y así, por tal motivo, es algo evidentemente contra razón. Luego, algo indigno.

Ciertamente le asiste derecho a las personas que padecen enfermedades terminales para rechazar técnicas o curas que no lograrán nada sino hacer sufrir más al sujeto paciente. En este caso, el dejarlas de lado permite el desarrollo natural de la dolencia hacia el desenlace final, esto es, la muerte. Pero el hombre no tiene derecho para hacer abandono de los medios indispensables para la conservación de su ser, pues tal cosa marcha contra un principio universalísimo de la ley natural como es *la conservación de la vida*. Así las cosas, cuando se dice: *“También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable, se está yendo contra el principio rector indicado, o sea, es una invitación a matarse a sí mismo. Notemos que ni siquiera se hace referencia al sufrimiento, no. Basta con la advertencia de que es algo terminal irreversible o que no tiene cura, para que uno decida por el cuestionado procedimiento.*

A tenor de lo anterior, lo expuesto últimamente en el artículo primero es contradictorio y carente de sentido. Ahí se afirma: *“En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”*. Rechazada la hidratación o la alimentación mínima para cualquier subsistencia posible: ¿puede sostenerse que esto no es una interrupción de las medidas adecuadas de control? Dejar de hidratarse o alimentarse mínimamente, ¿no aporta nuevos padecimientos?

b) La hora de los representantes:

En el artículo segundo de la objetable ley de maras, se hace saber: *“Modifícase el artículo 5° de la ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo. 5°: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y per-*

juicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable ; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

Y en el artículo tercero se completa: *“Modifícase el artículo de 6° de la ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 6°: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”*.

La “ley” faculta a los representantes legales a que den la aquiescencia por uno mismo para que saquen el pasaje hacia la otra vida.

Desde luego que un ser inconsciente, en estado vegetativo, no siente dolor. Sin embargo, ¿por qué se concede a los familiares la posibilidad de decidir el destino del que pasa por el trance difícil? Nos enfrentamos según coligo, con la filosofía del estorbo, que traducida nos anima a considerar como un producto descartable a la persona que, como tal, sería algo incomodo e inservible, y que su conservación produciría más gastos (de todo orden) que beneficios.

No está de más recordar las palabras de Sciacca: *“Una “buena muerte”, en el sentido más fuerte que pueda expresarse, es vivir el momento de la muerte en*

presencia de la vida eterna y con toda la humanidad de la que el hombre es capaz.”(2)

c) Ejemplos:

Para aclarar más el panorama del artículo segundo y tercero y nuestro mensaje, veamos dos ejemplos:

“Mamá” fue la primera palabra que pronunció Terry Wallis, de 39 años, después de casi 19 años de silencio. Al día siguiente, le pidió “una Pepsi”.

A este norteamericano oriundo del pueblo de Big Flat, en Arkansas, le costará comprender, entre otras muchas cosas, que el Muro de Berlín ya es historia, que Internet y los animales clonados ya existen o que las Torres Gemelas fueron derribadas por un tal Ben Laden.

Tras casi 19 años de haber estado inconsciente, Wallis está convencido de que Ronald Reagan aún lleva las riendas de la Casa Blanca.

Pero quizá la sorpresa mayor haya sido descubrir que su hija Amber, que había nacido poco antes del accidente de tránsito que lo dejó entre la vida y la muerte y puso entre paréntesis su conciencia, cumplió recientemente 19 años.

Para los expertos del Centro de Rehabilitación y Cuidados del Condado de Stone, en Arkansas, la lenta y progresiva recuperación de Wallis fue posible en gran medida gracias al interés de su familia que durante todos estos años jamás dejó de incluirlo en sus paseos y encuentros familiares.

En una entrevista que concedió a la CNN, la madre de Wallis, Angilee, comentó que, a pesar de haber quedado cuadripléjico como resultado del accidente, su hijo quiere volver a caminar, quiere ponerse de pie por su hija”. (3)

Claro que lo anterior fue posible gracias a que, como lo manifestó la esposa del accidentado: “Todos sufrimos por la situación, pero nunca perdimos la esperanza”. (4)

Aunque casos no faltan, es interesante lo acontecido con el niño Devon Rivers, el cual luego de 22 meses de permanente estado vegetativo despertó, entre otras cosas por los cuidados maternos, siendo

que: “Durante dos años los médicos dijeron que no había esperanza”. (5)

Para los que no tienen esperanzas, para quienes hacen “leyes” como la que venimos tratando, Carla Rivers deja una lección: “El plan de Dios es más grande que nosotros”. (6)

3. Conclusión

Cuando el hombre se atribuye poderes que no tiene (el de disponer de las vidas es uno de ellos), quíralo o no, se está endiosando, es decir, intenta alcanzar una semejanza con la Divinidad de quien la vida procede; y esa parodia es la que lleva a realizar leyes con pretensiones excesivas: son las leyes *pseudo divinas*.

Entiendo que las reglas del juego no han sido bien expuestas. Nunca nadie sostuvo que hay que encarnizarse con los enfermos, y, sin embargo, se presenta a la nueva ley como un remedio a una problemática básicamente inexistente. Los problemas más complejos, esos que revisten el carácter de excepción, no pueden pasar a ser la regla.

En ética o moral entra a jugar toda la variedad de posibilidades que tiene un enfermo terminal o que no tiene cura. Nunca se aconsejó ni se expuso como doctrina el hacer sufrir al paciente con métodos extraordinarios, encarnizándose con él. ¿Alguien ha visto alguna vez un texto en tal sentido o recuerda diálogo o programa televisivo en donde se asevere eso? ¿A qué entonces la nueva legislación, sino para abrir de a poco puertas mayores a la soberbia humana?

La *Conferencia Episcopal Argentina* expidiéndose sobre la analizada ley, expone: “*Valoramos, por otra parte, la prohibición de la eutanasia.*”

Lamentamos, sin embargo, que entre estos medios se haya incluido el posible rechazo de la “hidratación y alimentación”, como si fueran medios desproporcionados, siendo, por el contrario, un acto humanitario que hace a una muerte digna. Su privación, en cambio, sería una eutanasia pasiva.” Ante tan confusas palabras uno no encuentra qué es lo valorable, porque si se admite la eutanasia pasiva, entonces ¿dónde radica la prohibición de la eutanasia? Admitirla un poco ya no es prohibirla. ♦

(2) SCIACCA, Michael Federico, “Muerte e inmortalidad”, Biblioteca Universal Miracle, 1962, p. 24. Cf. TADDEI, Edgardo, “¡Morir! Nuestra angustia vital”, SPX, Buenos Aires, 2001, p. 52.

(3) www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=510267 Se puede leer también con provecho el caso de la mujer china que despertó después de estar 10 años en coma (www.emol.com/noticias/internacional/.../detallenoticias.asp?...)

(4) Página de internet citada.

(5) www.aciprensa.com/noticia.php?n=14452 - (“Su madre, Carla Rivers, lo visitaba regularmente, lo sometió a terapia física y le hablaba siempre, con la esperanza de que la escuchara y comprendiera (...). En agosto pasado, Carla se dio cuenta de que Devon movía su cabeza siguiendo algunos movimientos. Días después ya respiraba sin ayuda de aparatos. “Devon podría recuperarse por completo o podría ser que lleguemos hasta donde hemos llegado ya. El plan de Dios es más grande que nosotros”).

(6) Página de Internet citada.

LA DIFICULTAD DE LEGISLAR SOBRE EL FIN DE LA VIDA

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

El Senado de la Nación sancionó la ley denominada de “muerte digna” el pasado 9 de mayo de 2012. Esta ley presenta los siguientes alcances:

* *Modificación de la Ley 26.529*: se modifica la Ley 26.529 de derechos del paciente, que es una ley nacional pero que requiere adhesión de las provincias para su entrada en vigencia.

* *Rechazo a tratamientos desproporcionados o extraordinarios en enfermos terminales*: Se modifica el artículo 2 de la Ley 26.529, referido a los derechos y en particular a la “autonomía de la voluntad”, para establecer que “el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado”.

* *Renuncia a la alimentación y la hidratación*: La modificación al artículo 2 de la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6) incluye la siguiente frase: “También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

* *Incorporación al consentimiento informado*: las dos disposiciones antes indicadas se incluyen entre los contenidos que componen el “consentimiento informado”

* *Cuidados paliativos*: se incorpora como parte de los contenidos que se deben informar antes del consentimiento el derecho a recibir cuidados paliativos.

* *Incapacidad o imposibilidad de dar el consentimiento*: se modifica el art. 6 de la ley 26.529 para establecer que en caso de incapacidad de la persona o imposibilidad de brindar el consentimiento, el mismo sea dado por las personas indicadas en la ley de trasplantes de órganos.

* *Forma de las directivas anticipadas*: en relación a lo dispuesto por el art. 11 de la ley 26.529 se agrega la indicación de que las directivas anticipadas se formalicen por escrito ante escribano público o juzgado de primera instancia, con dos testigos. Estas directivas podrán ser revocadas en todo momento.

* *Eutanasia*: se mantiene en el art. 11 la prohibición de incluir prácticas eutanásicas en las directivas anticipadas.

* *Exención de responsabilidad*: se incorpora un artículo 11 bis a la ley 26.529 para establecer que ningún profesional interviniente que haya obrado conforme a esta ley estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del cumplimiento de la misma.

En este breve e inicial comentario, nos proponemos abordar algunas cuestiones particularmente delicadas de la iniciativa.

a. Dificultad de legislar en esta materia: no siempre es posible legislar sobre una temática como la que aquí tratamos. La ley por definición tiene un alcance general y no siempre podrá contemplar *ex-ante* la multiplicidad de situaciones singulares que se presentan. Para resolver el caso concreto singular existe el poder Judicial, que aplicará la prudencia. En este tema del fin de la vida humana, parece difícil legislar sin incurrir en detallismos que no respondan a las situaciones concretas, o bien en generalismos que tengan poca utilidad práctica. La ley que entra en reglamentarismos técnicos pronto puede quedar

obsoleta y la ley que sea muy general puede dar lugar a cualquier decisión.

Por otra parte, diariamente se toman decisiones en las instituciones de salud sobre la base de la legislación vigente sin que haya sido necesaria una ley sobre la materia. El riesgo de positivizar este tipo de decisiones de bioética consiste en pensar que todo tiene que estar definido por ley, como si ello fuera a solucionar los conflictos. En realidad, una ley excesivamente reglamentarista o que abre importantes zonas grises, como ocurre con el problema de la alimentación e hidratación en el texto sancionado, puede significar una mayor conflictividad.

b. Principios: La dificultad para legislar exige, no obstante, claridad en los principios que deben guiar el obrar médico y también el juicio prudencial de abogados y jueces, como así también la tarea del legislador. En esta materia, creemos que hay que considerar algunos principios fundamentales:

- * No matar: se trata del respeto a la inviolabilidad de la vida humana y que prohíbe toda acción dirigida a quitar deliberadamente la vida de otra persona, ya sea por acción u omisión;

- * La licitud de renunciar a ciertos tratamientos desproporcionados con las perspectivas de curación, en casos que la muerte sea inminente e irreversible (encarnizamiento terapéutico).

- * La obligación de proveer siempre (y jamás suspender) la alimentación y la hidratación.

- * La legitimidad de los cuidados paliativos.

c. El rechazo al encarnizamiento terapéutico: la ley sancionada procura delimitar la forma en que se debe proceder al rechazo del denominado “encarnizamiento terapéutico”. Veamos algunos aspectos del tema:

- * *Encuadre diagnóstico:* el primer requisito de la nueva ley es que se trate de un “paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”. De esta forma, se coloca una importante restricción a las interpretaciones sobre quiénes pueden rechazar tratamientos de salud que pudieran poner en riesgo la vida. Queda completamente excluido el suicidio asistido.

- * *Información fehaciente:* el segundo requisito es la información fehaciente, lo que plantea algunas dificultades en términos de su instrumentación, máxime por el estado de salud antes descripto.

- * *Manifestación de voluntad:* el tercer requisito es la manifestación de voluntad. Llama la atención que, tratándose de una reforma de la ley 26.529 no se haya utilizado la terminología habitual de “con-

sentimiento informado”. Sin embargo, se modifica el artículo referido a los contenidos del consentimiento informado para incluir este “derecho” en esa información.

- * *Tratamientos que se rechazan:* la primera parte señala los tratamientos que pueden ser rechazados y que son: “quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital”.

- * *Juicio de proporcionalidad:* este rechazo está condicionado a un juicio de proporcionalidad. No queda claro quién lo realiza. No obstante, pareciera claro que corresponde al médico informar desde su saber si concurren las circunstancias para tal rechazo. El juicio tiende a establecer que esos tratamientos, en la condición de irreversible y terminal de la situación, sean “extraordinarios o desproporcionados en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado”. El tema del carácter extraordinario o desproporcionado ha sido motivo de una larga consideración y parece correcto el encuadre que hace la ley, aun cuando es muy difícil en los hechos apreciar el tema y habrá que estar a cada caso concreto. En cambio, la referencia al “sufrimiento desmesurado” no suele ser mencionada en los textos de bioética que refieren al tema y parece que debe ser encuadrada en el anterior juicio de proporcionalidad. Es decir, para el sufrimiento desmesurado existen los cuidados paliativos, mientras que la posibilidad de rechazo debería estar circunscripta a las situaciones de desproporción en las que no haya perspectivas de mejoría y nos encontremos ante una situación terminal e irreversible.

- * *d. El problema de la alimentación e hidratación:* consideramos que la posibilidad de renunciar a la alimentación y la hidratación incorporadas en la ley configura una situación que no se enmarcan en el rechazo al encarnizamiento terapéutico, pues se trata de medios ordinarios de cuidado. Por eso, podría resultar en una forma de eutanasia pasiva y consideramos negativo este punto de la ley. Sin embargo, la prohibición de la eutanasia contenida en el artículo 11 de la ley 26.529 puede operar como pauta hermenéutica para impedir un cese de alimentación e hidratación que pudiera resultar contrario al derecho a la vida que toda persona merece, y que es exigencia de la dignidad humana.

- * *e. Necesidad de excluir el rechazo de tratamientos por razones económicas:* la ley, al colocar como eje la idea de rechazar tratamientos, parece impulsar ese rechazo o al menos alentarlos. El paciente entra al hospital buscando ser curado y en la ley se esfuerzan en aclararle que puede renunciar a ciertos tratamientos. Existencialmente, la persona puede vivir con angustia tal situación, máxime si su situación económica no es buena y pudiera verse presionado

a rechazar esos tratamientos por meras razones económicas. Sería deseable que la ley no induzca a ese tipo de rechazo que vulneraría el derecho a la vida y la salud.

f. Excesivo énfasis en la autonomía de la voluntad: la autonomía de la voluntad se presenta como el derecho bajo el cual se enmarca esta posibilidad de rechazar el encarnizamiento terapéutico. Sin embargo, nos preguntamos si hay verdadera autonomía de la voluntad en estos casos. Un enfermo terminal vive diversas presiones que, junto con lo dramático de la situación, pueden disminuir su verdadera y plena libertad para tomar decisiones. Por otra parte, en los casos de personas con falta de capacidad, no existe tal “autonomía” y las decisiones son tomadas por otras personas en su nombre. Creemos que el enfoque debería ser un balance más equilibrado entre los deberes médicos y la libertad y responsabilidad del paciente, en lugar de un acento tan marcado y unilateral en la autonomía de la voluntad.

g. Incapacidad de hecho o falta de discernimiento para tomar decisiones: hay una cierta ambigüedad en la norma sobre cómo calificar la “imposibilidad de brindar el consentimiento informado”. Tampoco surge claro cuáles criterios rigen la toma de decisiones de los familiares en caso de enfermos terminales incapaces o imposibilitados. Nuevamente suponemos que se excluirá toda posibilidad de negativa a un tratamiento por motivos meramente económicos.

La sanción de una ley como la que aquí comentamos no puede considerarse de forma descontextualizada. Con ello queremos enfatizar que, si bien

podemos estar de acuerdo con la propuesta de evitar el encarnizamiento terapéutico, no podemos dejar de señalar:

- * que la apreciación de cuándo estamos ante un encarnizamiento terapéutico y cuándo no resulta sumamente prudencial y variable caso a caso;

- * que en consecuencia, la ley sancionada tiene la virtud de proponer algunos lineamientos y criterios, pero también corre el riesgo de ser de tal generalidad que un mal uso pueda dar lugar a situaciones de abuso que precipiten el fin de la vida de personas que de otro modo hubieran seguido viviendo;

- * que ciertamente es negativo que se haya admitido la posibilidad de renunciar a la alimentación y la hidratación y que confiemos en que en la aplicación de la ley se interprete esa disposición de conformidad con la prohibición de las prácticas eutanásicas;

- * que se enfatiza sobremanera la autonomía de la voluntad en la ley de derechos del paciente y que, en la etapa final o terminal de la vida, esa autonomía puede verse seriamente limitada por los sufrimientos físicos o morales o por otras condiciones, entre las que cabe señalar las económicas;

- * que esperamos que esta ley no sea un paso en vistas a una futura legislación sobre eutanasia y suicidio asistido;

- * que las futuras leyes en bioética consideren una promoción más decidida del derecho a la vida de todas las personas y los legisladores dejen de estar buscando formas encubiertas de promover acciones que ponen fin a la vida de las personas. ♦

“MUERTE DIGNA”, LA LEY

POR CALOGERO PIZZOLO

SUMARIO: I. La ley aprobada reforma la ley 26.529. II. ¿Una ley de eutanasia? III. El consentimiento, expresión de la autonomía de la voluntad de la persona.

I. La ley aprobada reforma la ley 26.529

El pasado 16 de mayo el Senado aprobó —por 55 votos a favor y solo cuatro objeciones a artículos en particular— la media sanción de Diputados (1) que incorporó reformas a la ley 26.529 sobre “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud” (2)

La nueva ley —siguiendo el criterio ya existente en el art. 2 inc. e) de la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6) ahora modificado— (3) reconoce expresamente la autonomía de la voluntad como principio, lo hace como fundamento del *derecho a aceptar o rechazar*.

Aceptar o rechazar qué? La ley distingue hoy *dos* modos de expresión de la voluntad: uno amplio —ya contemplado por la citada ley 26.529— y otro, agregado por la reforma, más estricto en cuanto a las formas que deben acompañar dicha expresión. El primero identifica como objeto de la aceptación o rechazo a “determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos”. Es amplio porque basta aquí una *simple manifestación* en uno u otro sentido, ello en razón de que la ley vigente alude a “con o sin expresión de

causa”. Consiguientemente, y de manera coherente con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la ley garantiza la posibilidad de “revocar posteriormente su manifestación”.

El segundo modo de expresión, incorporado por la nueva ley, fuera de la amplitud anterior, requiere que la voluntad sea informada de “forma fehaciente” por el paciente “que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”. El objeto de la acción es aquí, según la ley que tratamos, el “rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado”. La ley también prevé “rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”.

La ley aprobada confirma esta dualidad de modos de expresión a señalar que: “En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente” (4)

(1) En Diputados el resultado había sido 142 a favor y 6 en contra.

(2) Aprobada en 2009, aún sin reglamentar.

(3) Dicho art. 2 reconoce los llamados derechos del paciente, esto es los “derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate”.

(4) La modificación introducida por la nueva ley mantiene la redacción respecto a los niños, niñas y adolescentes. Estos “tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) a los fines de la toma de decisión

La discusión se centra aquí, para una eficaz aplicación de la ley, en establecer que debe entenderse por “enfermo terminal” ya que, como veremos más adelante, esta condición es determinante. Un enfermo es terminal, en opinión de Calsamiglia, si: 1º) su autonomía está tan deteriorada que es incapaz de gozar de sus derechos; 2º) su situación es irreversible, es decir, no existe la posibilidad de recuperación de su autonomía. Un enfermo terminal “tiene muy disminuida su autonomía y carece de la capacidad de organizar su plan de vida futuro. La terminalidad es *fuente de valor y no es una mera definición*”. (5)

El artículo 5 de la ley 26.529 que contiene la definición de *consentimiento informado*, (6) también es modificado por la nueva ley agregándosele dos nuevos incisos. (7) En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo —conforme prevé la nueva ley— podrá ser dado ahora por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

(5) CALSAMIGLIA, A., “Sobre la eutanasia”, en *Doxa*, n° 14, 1993, p. 346. Sin resaltar en el original.

(6) Este consentimiento hace referencia a “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”.

(7) El inc. g) que contempla: “El derecho que le asiste [al paciente] en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable/curable” (en este caso se deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto); y el inc. h) que afirma: “El derecho [del paciente] a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”. Los incisos anteriores refieren: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Estás personas son: a) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) el representante legal, tutor o curador.

Sin perjuicio de lo anterior, la nueva ley prevé que “deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

La nueva ley también completa el artículo 11 de la ley 26.529 —referido a las directivas anticipadas—, agregando al párrafo ya existente, (8) que la declaración de voluntad “deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Por último, la ley que analizamos incorpora el artículo 11 bis a la ley 26.529 que señala: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

II. ¿Una ley de eutanasia?

Lo primero que se impone establecer es si la ley aprobada es una ley de eutanasia. Para llegar a alguna precisión en este punto se debería dejar en claro qué se entiende por eutanasia. Sin embargo, no es una empresa sencilla ya que el término es objeto de grandes controversias en cuanto a su significado al punto de obstaculizar tanto su conocimiento general como su aplicación jurídica.

En *sentido genérico* puede decirse que la eutanasia “suele estar en relación con la finalización de la vida de una persona que sufre en grado sumo y de forma irreversible, ante cuya situación otro sujeto ataja tal sufrimiento, aun a costa de que la primera pierda su vida y en ocasiones a petición

(8) El mismo dice: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

de la misma". (9) Pero esta definición es más bien contemporánea, en el pasado, la eutanasia como práctica constituyó una categoría conceptual tan amplia como difusa que permitía asimilar comportamientos que hoy consideraríamos contradictorios u opuestos entre sí.

Las denominadas "prácticas eutanásicas" formaban parte de las culturas precristianas, en este sentido se citan como primeros ejemplos prácticos de la *muerte dulce*, el episodio bíblico en el cual Amalecito narra a David de qué modo le dio a Saúl, herido de espada por suicidio, la *muerte piadosa*. Además, se afirma que una hermana de Judas Iscariote, conmovida por el suplicio de Jesucristo y quizás por la traición de su hermano, acercó a la boca del moribundo una esponja embebida en vino de Morian con el fin de aliviarle su agonía. (10)

Se han distinguido tres "tipos de eutanasia" a lo largo de la historia: la ritualizada, la medicalizada y la autonomizada. La primera se explica porque todas las culturas se han visto obligadas a ritualizar el fenómeno de la muerte. Estos ritos han tenido siempre por objeto "humanizar" el proceso del morir, evitando en lo posible el sufrimiento; la segunda pone de manifiesto cómo, en muchas culturas, la función del médico ha sido estrictamente eutanásica; y, la última, hace hincapié en la eutanasia tal como se presenta actualmente, es decir, contando con la autonomía del paciente. (11)

La historia enseña que una de las batallas dialécticas de la eutanasia ha sido por alejarse de cualquier *forma eugenésica* donde la persona, en sí misma, es neutralizada como titular de derechos para pasar a ser un objeto de libre disposición de doctrinas que persiguen, por ejemplo, la mejora de los rasgos hereditarios humanos (v.gr. la creación de personas más sanas e inteligentes) mediante varias formas de intervención, o bien el ahorro de los recursos de la sociedad.

En la Roma antigua, la frase atribuida a Séneca para explicar que por eutanasia debe entenderse el "comportamiento dirigido por la razón, que no por

la ira, el apartar de los sanos a los seres inútiles," (12) es emblemático del acoso conceptual que, a través de los tiempos, ha sufrido la eutanasia por parte de la eugenesia. Así pues, parece claro que, tanto en el mundo helénico como en el romano, la eutanasia, en sentido amplio, no fue entendida nunca como un derecho del individuo, sino antes bien como un "derecho-deber de la comunidad de eliminar de su seno a los individuos inútiles y dañosos para el funcionamiento correcto de la misma". (13)

En el Siglo XVII fue Bacon quien, dentro de una connotación específicamente médica, se mostró partidario de procurar al enfermo una muerte dulce y tranquila. Fue precisamente el dominio de la medicina lo que hizo que dicho autor entendiera la eutanasia con la connotación específica de "terapia", esto es, como medida tomada por un médico, incluida en la pericia médica, contando con la posibilidad de acelerar la muerte. Bacon deducía que el alivio del sufrimiento es central en el caso de los cuidados terminales y, consecuentemente, el médico en algunos casos puede acelerar la muerte. Bacon vuelve a definir el papel de la medicina, ya que el deber del médico no es sólo restablecer la salud sino también calmar el mal, incitando a los médicos a aliviar los sufrimientos y los dolores, no sólo cuando pueda haber visos de curación, sino también cuando su intervención pueda servir para procurar una muerte dulce y tranquila. Acusando a los médicos, por un lado, de intervenir y de preocuparse sólo de mantener la vida biológica y, por otro, de no cumplir los propios deberes y las exigencias de la profesión abandonando al enfermo en el momento del fin, solicitaba la terapia del dolor y condenaba, ya entonces, la tendencia al encarnizamiento terapéutico. (14)

Compárese esta visión con el "programa" aplicado en la Alemania nazi donde se conoció la más cruel, aberrante y bárbara práctica que se pueda imaginar, aplicada precisamente bajo el nombre de "eutanasia". Con la consolidación del poder del nazismo, se inició en Alemania el llamado "programa eutanásico" que condujo a la deliberada y sistemática eliminación de miles de vidas (locos, dementes, homosexuales, ancianos, enfermos, disminuidos) en sólo dos años (1939-1941), fundamentado en el principio de la "supresión de seres carentes de valor vital" (*Vernichtung*

(9) MARIN GAMEZ, José Ángel, "Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida", en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, Nr. 54, p. 88.

(10) Véase SIMILLI, A., "Eutanasia", Minerva Medica, 1951, vol. I, nº 65, p. 3.

(11) Cfr. GRACIA, D., "Historia de la eutanasia", en GAFO, La eutanasia y el arte de morir, Madrid, PUPC (Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas), 1990, pp. 13-27.

(12) Véase SENECA, Lucio Anneo, "Sobre la ira", en Diálogos, Madrid, Tecnos, 1986, trad. Carmen Codoñer, libro I, 15.2, p. 81.

(13) MARCOS DEL CARMEN, Ana María, La eutanasia estudio jurídico-filosófico, Madrid, Marcial Pons-UNED, 1999, p. 356.

(14) Idem, p. 22. En especial nota al pie 23.

lebensunwerten Lebens). (15) De este modo, las tesis eutanásicas sirvieron de coartada para la realización de un amplio plan criminal en pro de una raza pura, que debía ser protegida contra toda amenaza de degeneración.

Los nazis “no tenían una política eutanásica, sino genocida. No pretendían ayudar a morir mejor a los enfermos terminales, sino que eliminaban a la gente que ellos consideraban inútiles o enemigos de la sociedad. Es decir, el interés que se preservaba no era el del destinatario de la muerte y la eutanasia se realizaba en contra de su voluntad. En otras palabras, se dañaba a otros sin su consentimiento”. (16)

Volviendo a la ley que analizamos está, como vimos, se aproxima a lo que se conoce como *ortotanasia*. Este concepto, en ocasiones, es identificado con el concepto de *muerte digna* o debida a toda persona coincidiéndose así con el significado etimológico de mismo (orto=recto, tanatos=muerte). Se correspondería, pues, con el neologismo latino *benemortasia*, en el sentido de *bien morir*. También se lo equipara, restringiendo su significado, a la *eutanasia pasiva*, es decir, a la interrupción de la terapia, con la finalidad de no prolongar los sufrimientos que produce la llegada de la muerte en los enfermos terminales o la vida puramente vegetativa inconsciente y carente de perspectivas terapéuticas de mejora.

En el sentido anterior, la ley en rigor impulsa un rechazo a la *distanasia*. Término este que, con frecuencia, se utiliza como contrario a la eutanasia. La *distanasia* coincide de hecho con el llamado *enseñamiento terapéutico*, es decir, con la reiteración de tratamientos que, siendo inútiles desde el punto de vista terapéutico, son aplicados con el fin de prolongar artificialmente la vida de un enfermo que se encuentra en fase terminal. La práctica de la *distanasia* puede llevar a situaciones de extrema gravedad como la utilización del enfermo como un objeto para posibles experimentos científicos.

(15) Hitler, a finales de octubre de 1939, firmaba el siguiente decreto: “El jefe del Reich Bouhler y el Dr. Brandt son los encargados de conceder, a médicos que nombrarán, la autorización necesaria para poner fin a la vida de los pacientes que, según su leal saber y entender, sean considerados incurables previa exploración de su estado de salud, dándoles una muerte piadosa”. Este decreto, en principio pensado sólo y exclusivamente para los “considerados incurables” se extendió más tarde, a todos aquellos que padecieran alguna tara mental o física. Véase HUMPHRY, D. / WICKETT, A., *El Derecho a Morir*. Comprender la eutanasia, Barcelona, Tusquets, trad. por Rosa María Buixaderas, 1989, p. 43.

(16) CALSAMIGLIA, A., “Sobre la eutanasia”, op. cit., p. 343.

Se destaca que el encarnizamiento terapéutico, entre otros, viola el *principio de la proporción* entre costes y beneficios, puesto que exige esfuerzos y gastos desmesurados para un mínimo resultado, como es, el conservar la vida por un breve período de tiempo y en unas condiciones ínfimas (mera vida vegetativa). La ley que analizamos, *repudia* directamente la *distanasia* al disponer, como objeto de rechazo por el paciente, el “retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejora”.

La eutanasia, por otra parte, no debe ser confundida con el *suicidio* donde la muerte es producida por la propia víctima (autoejecución), ya que en la eutanasia, aun suponiendo la coincidencia de voluntades, *quien realiza materialmente los hechos es un tercero*. Por lo que se requiere siempre la presencia de dos sujetos, algo que no ocurre en el suicidio. Además, lo que identifica a la eutanasia no es solo el requerimiento de la víctima, sino sobre todo las *condiciones de la enfermedad terminal, la irreversibilidad de la situación, los sufrimientos físicos y psíquicos*. Así, pues, la posible conexión de la eutanasia con el suicidio es sólo parcial. La eutanasia podría considerarse una forma de suicidio, si bien lateralmente en cuanto que se desea positivamente la propia muerte pero se usa, por así decirlo, a otra persona para ejecutarla.

Un área crítica en cuanto a la conceptualización se abre al comparar la eutanasia con el llamado *suicidio asistido*. Incluso hay quienes señalan que estamos en presencia de un tipo específico de eutanasia: la eutanasia activa. Más allá de las querellas doctrinales en este punto, las cuales exceden el objeto de este trabajo, lo cierto es que la ley que estudiamos claramente no contempla este supuesto. Solo se limita a *garantizar* el derecho a aceptar o rechazar como expresión del principio de autonomía de la voluntad, y no a consagrar una autorización expresa a los profesionales médicos para proporcionar al paciente cualquier sustancia que les genere la muerte. (17)

(17) En este último sentido podemos citar la Rights of the Terminally Ill Act 1995 del Territorio Norte (uno de los Estados federados de Australia). Esta legislación se extendía a cualquier “paciente que en el curso de una enfermedad terminal experimente dolor, sufrimiento y/o malestar hasta extremos inaceptables para él”, de modo que “puede pedir a su médico que lo asista para terminar su vida” (n.4), precisando que asistencia en relación con la muerte o propuesta de muerte de un paciente, incluye la prescripción de una sustancia, la preparación de la misma y su suministro para que el paciente se lo administre, así como la administración de la sustancia al paciente” (n.3). Al año siguiente, sin embargo, la Euthanasia Laws Bill 1996 del Parlamento Federal australiano excluyó expresamente de la competencia de los Estados federados la de permitir

En la eutanasia el *sujeto activo* es —en principio— cualquier persona que procure la muerte al enfermo terminal, actuando por motivos de piedad o humanidad y bajo requerimiento de aquél. (18) En la ley que comentamos, de manera más restrictiva, se habla —si bien genéricamente— de “profesional interviniente”, o sea de profesionales que actúan en el área médica o conectada al área médica. En este sentido, se incorpora el artículo 11 bis a la ley 26.529

“la forma de homicidio intencional llamada eutanasia (que incluye el homicidio por piedad) o la asistencia a una persona para terminar con su vida”. En la misma línea Oregon —Estados Unidos— aprobó por iniciativa popular en 1997 una ley denominada Death With Dignity Act que autoriza a los médicos que cumplan ciertas condiciones a prescribir una medicación que facilite el suicidio a cualquier paciente que así lo solicite y lo confirme por escrito, siempre que sea capaz y mayor de dieciocho años, resida en Oregon y padezca de una enfermedad terminal que le vaya a producir la muerte en seis meses. En Washington —también Estados Unidos— desde 1992 una ley declara que “las personas adultas tienen el derecho fundamental a controlar las decisiones relativas al cuidado de su propia salud, incluyendo la decisión de mantener o retirar un tratamiento vital (life-sustaining treatment) en caso de condición terminal o de inconsciencia permanente”. En esta ley se regulan también las condiciones de un testamento vital cuyo cumplimiento “no constituirá, en ningún sentido, suicidio ni homicidio”. Junto a ello, en noviembre de 2008 se refrendó una ley de iniciativa popular titulada The Washington Death With Dignity Act que, además de excluir expresamente la ilicitud de la eutanasia pasiva o por omisión, ha previsto expresamente que cualquier residente en dicho Estado que sufra de una enfermedad terminal “puede hacer una petición escrita de medicación que el paciente puede administrarse así mismo para terminar su vida de una manera humana y dignificada”. También se puede citar el caso de la legislación holandesa que considera lícito el homicidio-suicidio y la inducción y el auxilio al suicidio cuando tales conductas son realizadas por un médico a petición ponderada e informada de un paciente con “sufrimiento permanente e insoportable” y siempre que estas condiciones sean constatadas por un segundo médico independiente. En condiciones similares a la anterior han legislado Bélgica (2002) y Luxemburgo (2009). Véase por todos los casos citados RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Nr. 89, pp. 13-15.

(18) En este sentido, el Código Penal español en su art. 143.4 en donde se recoge la figura de la eutanasia no especifica el sujeto activo de la conducta: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios a la muerte de otro, por petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.”

el cual señala que: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

Si existe coincidencia entre la ley que analizamos y la eutanasia en lo que se refiere al *sujeto pasivo*. Este no es otro que el paciente con plena capacidad de obrar que, encontrándose en una situación terminal y en perfecto conocimiento de su historial clínico y circunstancias, libre y voluntariamente solicita la muerte con el fin de aliviar sus insoportables dolores. No sólo es necesario aquí que el sujeto pasivo esté ya abocado a una muerte próxima (porque, si no, se estaría más bien ante un supuesto de decisión suicida), sino que es también imprescindible que él mismo solicite expresamente que se haga algo para no retrasar su propia muerte.

Intentando contestar el interrogante propuesto más arriba, como quedo expuesto, la respuesta estará dada por el alcance reconocido al término eutanasia.

Un concepto propuesto apunta a que la eutanasia es “la inducción de la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal entonces no es un caso de eutanasia. Esta está fundada en el principio de que nadie debe ser cruel con los demás. El Estado no puede imponer el sufrimiento a las personas que piden morir. Un Estado que pretenda ser justo desde el punto de vista liberal no puede interferirse en esa decisión porque debe dejar la elección del daño al destinatario”. (19)

Más allá de las múltiples clasificaciones que la doctrina ha intentado y que van variando de acuerdo a los autores consultados, existe una distinción evidente entre eutanasia activa y pasiva, así como —en esta última— un *área autónoma* cuyo fin en sí mismo es luchar contra el ensañamiento terapéutico. Veamos. La caracterización de la *eutanasia activa* (*mercy killing*) viene dada por un *facere* del sujeto agente sobre el sujeto paciente, administrándole drogas que aceleran o producen la muerte del segundo. Mientras que la *eutanasia pasiva* (*letting die*) se caracteriza por un *non facere ad limine*, es decir, por la privación voluntaria de los cuidados precisos de una terapia normal. En uno como en otro caso, el sujeto agente ha de actuar según móvil compasivo, dado que éste es el requisito esencial en la eutanasia.

(19) CALSAMIGLIA, A., “Sobre la eutanasia”, op. cit., p. 345.

El móvil compasivo también está presente en lo que algunos llaman *eutanasia lenitiva*, puesto que aunque no se tenga resuelto el *exitus* (20) sino mitigar los sufrimientos, produce como efecto secundario de esa mitigación el acortamiento de la vida. Sin perjuicio de lo anterior, puede hablarse también de ortotanasia o paraeutanasia —como ya sabemos— cuando se omiten o cesan conscientemente medios extraordinarios o desproporcionados que sólo sirven para prolongar la vida vegetativa de un paciente incurable, es decir, con un proceso patológico irreversible.

En nuestra opinión la ley que comentamos se acerca más a una figura de ortotanasia que la eutanasia como se la considera generalmente. La legislación citada no ha receptado, como vimos, la llamada eutanasia activa, y en cuanto a la pasiva se debe tener presente que la iniciativa no puede partir del profesional interviniente, se necesita del consentimiento fehaciente del paciente o las personas legalmente habilitadas para ello. La ley, por sobre todo, procura cesar el sufrimiento evitando el escarnecimiento terapéutico.

III. El consentimiento, expresión de la autonomía de la voluntad de la persona

Se ha escrito que: “Un derecho que no respeta la autonomía no es un buen derecho. El derecho no puede imponer una determinada conducta a la gente que no hace daño a terceros y que pide morir porque va a morir lentamente o porque no quiere sufrir más”. (21)

En ocasión de comentar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con un caso de eutanasia activa, (22) llamábamos la atención sobre la necesidad de distinguir entre el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación. Divisamos, en consecuencia, dos ámbitos: uno, donde lo que se ejerce es la autodeterminación propiamente dicha que permite al individuo *formarse a sí mismo*, y, otro, el que se deriva de la autodeterminación,

o sea las conductas externas inspiradas en ésta. El primero es una *zona de reserva* al que contribuye, en gran medida, el derecho a la intimidad. El segundo es parte del ámbito público donde se manifiesta un comportamiento individual.

El derecho a la autodeterminación actúa entonces como salvaguarda del individuo frente a las posibles intromisiones del Estado o los particulares en aquella zona de reserva. En consecuencia, en lo que hace específicamente al Estado, existe una firme presunción de ilegalidad en cualquier actitud que vaya más allá de limitar una conducta, penetrando aquel refugio sólo accesible —por regla— a quien su morador admita.

En la sentencia citada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos coincide con el principio de que existen ciertas conductas que atañen al ejercicio del derecho a la autodeterminación que, pudiendo constituir “un riesgo” para la vida de su titular, admiten la injerencia del Estado mediante la imposición de medidas de coacción o de carácter penal atentatorias contra la vida privada. No se duda que ello es procedente cuando, de lo que se trata, es de preservar la integridad física de terceros. Sin embargo, ¿cabría pensar lo mismo cuando el que padece el daño físico es la propia persona que se lo inflige? ¿Qué ocurriría, por caso, con aquellos individuos que impulsados por sus más íntimas convicciones llegan a flagelarse o hacen duras penitencias al punto de poner en peligro su integridad física? ¿Actuar en contra de la voluntad de estas personas no significa desconocer sus convecciones religiosas o morales?

Así como en materias que nos ocupan se debe ser muy cuidadoso de no caer en la tentación de pretender establecer reglas generales abstractas aplicables a cualquier circunstancia sino que hay que atender las particularidades de cada caso. Con la misma atención se debe evitar establecer las mismas reglas generales abstractas para justificar la intromisión de la autoridad pública en la vida privada de las personas. El Estado, esto es fundamental, no puede interponer proyectos de vida autorreferentes según su plan paternalista o perfeccionista. El Estado no es un tutor vigilante que pueda establecer modelos de excelencia para la vida personal de cada persona. Esta, en definitiva, es la única que puede adoptarlos por voluntad propia.

Valoramos no sólo la vida biológica, sino también qué es lo que hacemos con nuestra vida. Tenemos que decidir si cuando hablamos del “valor de la vida” nos referimos sólo a un hecho natural biológico o bien a algo más que depende de nosotros, de nuestra voluntad, y que podemos denominar artificial. Lo que valoramos más de la vida “no es

(20) Exitus es un término latino significa “salida” y se emplea en medicina como simplificación de la expresión más correcta Exitus Letalis, que literalmente significa “salida mortal” o “salida que causa la muerte” o más médicamente “proceso hacia la muerte”. Su uso en medicina (sobre todo en medicina forense y medicina legal) es para significar que la enfermedad ha progresado hacia o desembocado en la muerte.

(21) CALSAMIGLIA, A., “Sobre la eutanasia”, op. cit., p. 339.

(22) PIZZOLO, Calogero, “Entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte: el derecho a la autodeterminación. La cuestión en el último fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en LA LEY, 2003-B, 304.

que seamos seres vivos, que tengamos unas características naturales, sino la conducta y los objetivos que hemos alcanzado en ella. Si el aspecto artificial dota de sentido al valor de la vida, entonces creo que tenemos argumentos para sostener que

la autonomía del yo debe regir el problema de la eutanasia". (23) ♦

(23) CALSAMIGLIA, A., "Sobre la eutanasia", op. cit., 1993, p. 337.

LA MUERTE DIGNA EN EL DERECHO ARGENTINO Y LA LEY 26.529

POR ADRIEL J. ROITMAN

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen jurídico previo a la reforma. III. Ley de Muerte Digna. IV. Conclusiones.

I. Introducción

Una nueva ley en materia de salud ha sido sancionada por el Congreso Nacional. Como suele suceder —cada vez más a menudo— la agenda legislativa se define por las necesidades que la sociedad impone, a través del lugar que los medios le asignan a sus reclamos. En ese contexto, algunos dolorosos casos particulares de reciente difusión, vienen motivando profundos debates acerca de los dilemas éticos que suponen las decisiones ligadas al final de la vida.

La complejidad de la temática —que se encuentra atravesada por niveles de pensamiento moral, filosófico, religioso, bioético y jurídico— convierte el análisis de cada uno de los casos en efusivas contiendas entre diferentes posturas que, en función de su antagonismo, parecen tornarse irreconciliables. Sin embargo, es habitual encontrar entre los medios de comunicación una despreocupada liviandad en el abordaje de los tópicos del momento, realizando entrevistas, informes o secciones especiales que en muchas oportunidades desvirtúan el eje del debate, generando confusiones que, invariablemente, se trasladan al debate social y aumentan la presión sobre los órganos legisferantes, exigiendo nuevas herramientas legales para hacer frente a una problemática.

Durante todo el trámite legislativo durante el cual se debatió la sanción de la ley de muerte digna, se instauró firmemente la idea de existencia de un “vacío legal” al respecto, en el cual se pretendía explicar la

indecisión de los profesionales de la salud —e incluso de los magistrados— a la hora de decidir los pasos a seguir frente a un paciente que desea que se de fin a los procedimientos terapéuticos que sostienen su vida artificialmente, aún cuando los mismos no reportan ningún resultado positivo. Sin embargo, la ley 26.529 (ley de derechos de los pacientes) (Adla, LXX-A, 6) conjugada con otros instrumentos legales, trae consigo algunas previsiones que, en principio, parecerían dar respuesta a varias de las situaciones que diariamente se plantean en las instituciones de salud frente a las complejas decisiones que se toman en el final de la vida. Es en ese marco que cabe preguntarse, ¿existe una laguna jurídica al respecto? El cambio de paradigma que se persigue ¿requería la sanción de una nueva ley? Para dar respuesta a estas preguntas, se impone la necesidad de repasar, al menos brevemente, el régimen jurídico vigente con carácter previo a la sanción de la reciente ley.

Es por ello, que el objeto del presente trabajo radica en contestar los interrogantes planteados, analizando algunos puntos de la ley 26.529 en su texto original, a la luz de las reformas introducidas por la llamada “ley de muerte digna”.

II. Régimen jurídico previo a la reforma

Antes de introducirnos en el análisis de la ley recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, efectuaremos un breve repaso sobre el estado de situación existente con anterioridad, a fin de comparar ambos escenarios contrafácticos, en pos

de determinar si efectivamente resultaba necesario modificar el régimen jurídico vigente para garantizar el respeto de las decisiones de los pacientes ante el rechazo de un tratamiento.

a) Las directivas médicas anticipadas y el consentimiento informado

En primer lugar, cabe mencionar que existe consenso en doctrina acerca de lo que debe comprenderse cuando hablamos de directivas médicas anticipadas (DMA). En ese orden, pueden ser definidas como declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad. (1) En rigor de verdad, el dictado de una DMA, no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la cual se consiente o rechaza un tratamiento (o se delega dicha decisión en un tercero), en diferido, supeditando los efectos de la misma al acaecimiento de una condición allí establecida. Por ello, también le resultan aplicables ciertas previsiones originariamente establecidas para el proceso a través del cual se obtiene el consentimiento informado del paciente.

Llegando a finales del año 2009, se sancionó la ley 26.529, a través de la cual se regularon —por primera vez en una norma nacional— las directivas médicas anticipadas, conjuntamente con los derechos del paciente, el consentimiento informado y la historia clínica. La aplicación de esta norma, plenamente vigente en la actualidad (con las modificaciones que luego se apuntarán), es de orden público para todo el territorio argentino. (2)

Es en el artículo 11 de dicho dispositivo legal que se define y establecen los alcances de las Directivas Médicas Anticipadas. Dice su texto: *“Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a*

cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes.” La incorporación de esta previsión a nuestro derecho positivo, si bien dejó ciertas cuestiones sin resolver (registro de las directivas, revocabilidad, mecanismo para su dictado, entre otras), resultó de un inestimable valor en relación a la temática que se analiza, en tanto no solo reconoció la potestad del paciente para emitir su consentimiento relacionado con tratamientos médicos, preventivos o paliativos hacia el futuro, sino que lo hizo quitándole la carga de expresar sus razones, el por qué de su decisión, la cual forma parte de su seno íntimo y se encuentra estrechamente ligada con su derecho a la autonomía de la voluntad, tal como el propio artículo 2, Inc. e) de la ley se lo reconoce. Decía la norma al respecto, antes de su reciente reforma: *El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.*

Asimismo, desde el Art. 5 de la ley mencionada, el legislador también se ha encargado de delinear las reglas que deben observarse a la hora de dictarse el consentimiento informado, el cual es definido como *la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:* a) *Su estado de salud;* b) *El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;* c) *Los beneficios esperados del procedimiento;* d) *Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;* e) *La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;* y f) *Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.* (Art. 5).

Entonces, como una primera aproximación, cabe concluir que el paciente tenía derecho a aceptar o rechazar un tratamiento (terapéutico, preventivo, paliativo o del tipo que se trate), sin necesidad de explicar las razones que motivaban su decisión, en la medida en que hayan sido debidamente informadas todas las circunstancias que menciona la norma (de manera clara, precisa y adecuada). Por último, la declaración de voluntad vinculada al tratamiento, podía ser efectuada a futuro, a través de una DMA, para el caso de que —acaecida la condición prevista— el paciente no se encuentre en condiciones de decidir.

(1) AIZENBERG, Marisa - REYES, Romina D., El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la Ley 26.529. 14 de febrero de 2011. MJ-DOC-5222-AR | MJD5222

(2) AIZENBERG, Marisa - ROITMAN, Adriel J., Los Derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional, LA LEY, 2010-A, 826.

b) Limitación del soporte vital y eutanasia

Ahora bien, cuando nos encontramos frente a enfermedades irreversibles que requieren la conexión del paciente a mecanismos artificiales de alimentación, hidratación o respiración, o frente a la conexión ya realizada, si aquel declara su voluntad expresamente o ha dejado una directiva médica que cumpla con las previsiones legales, a través de la cual se deja establecida su negativa frente a este tipo de tratamientos, no existen razones jurídicas para no respetar su decisión. Esta es su voluntad, y así se ha encargado de hacerla conocer. Sin embargo, la primera dificultad con la que nos topamos se explica a raíz de una confusión que el propio Art. 11 de la ley 26.529 trae consigo. Como vimos, en su parte final indica que el médico debe acatar la directiva del paciente, *salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*.

En función de lo que expresa la norma, debemos efectuar una distinción que resulta sustancial a los efectos de comenzar a delinear el marco jurídico vigente. La eutanasia propiamente dicha o “muerte misericordiosa” o “piadosa” es la que otro da a una persona que sufre una enfermedad incurable o muy penosa para suprimir la agonía demasiado larga o dolorosa. (3) En este supuesto, nos encontramos frente a una práctica criminal, que puede ser tipificada como asistencia al suicidio (Art. 83 Cód. Pen.) e incluso como homicidio (Art. 79 y ss. Cód. Pen.), según el caso. Parece innecesario, y trae confusión, la inclusión de una previsión semejante en la ley, en tanto ninguna directiva cuyo cumplimiento implique la comisión de un delito puede ser respetada, dado que la misma constituiría un acto nulo, por aplicación del Art. 953 del Cód. Civ. Por ende, aunque la ley no lo diga, ningún valor tendría una DMA que degenera en una práctica eutanásica, por aplicación del derecho de fondo en materia civil y penal.

Es en esta instancia que resulta medular dilucidar el significado que cabe asignarle al retiro del soporte vital, para diferenciarlo con claridad de otras prácticas delictivas.

Cuando hablamos de eutanasia, el paciente no necesariamente se encuentra en estado terminal, sino que el dolor y la agonía que le produce su enfermedad motiva su deseo de morir. En tal supuesto, quien suministra o inyecta el coctel mortal (a modo de ejemplo), introduce una condición determinante en el curso causal para el desenlace final. Esta acción es la que le provoca la muerte al paciente, y es precisamente aquél el resultado que espera el

sujeto que interviene, por razones humanitarias o de piedad. Frente al paciente terminal que se encuentra asistido mecánicamente para respirar, hidratarse o alimentarse, cuyo cuadro terminal es irreversible y su vida se mantiene artificialmente, el retiro del soporte vital no constituye la condición principal que le causa el deceso, sino que es la propia enfermedad la que lo hace. La limitación de la asistencia implica la modificación de un tratamiento terapéutico que ya no reporta resultados positivos, por otro paliativo, que no suponga el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para el mantenimiento de la vida (esto también se conoce como ortotanasia). En este último supuesto, la muerte no se provoca ni se induce.

Discriminados que fueran conceptualmente ambos extremos, resta preguntarse entonces cuál es el factor que impedía —hasta hoy— el respeto de la voluntad del paciente en cuanto esta contenía un rechazo al tratamiento. ¿Existe alguna diferencia entre el rechazo a la conexión a un respirador y la solicitud del retiro del mismo una vez conectado? La negativa se impone. El derecho a la autodeterminación del paciente, reconocido legislativamente, no deja margen para dudar. El conflicto aparece cuando el rechazo implica un agravamiento de su estado de salud o, incluso, la muerte. La actitud del enfermo que no consiente contraría el deber médico de atender la salud del paciente. Entran en tensión el derecho a rechazar un tratamiento (modelo de autonomía) frente al modelo paternalista (beneficencia), que privilegia el derecho al tratamiento (deber de atender la salud). (4)

De ahí surge el obstáculo, motivado en el profundo temor de los miembros del equipo de salud a las posteriores consecuencias judiciales, en caso de reclamo. No es ocioso recordar que, frente a un vacío legal, la concepción que un Juez penal tenga con respecto a la situación, considerándola eutanasia o limitación del soporte vital, tendrá como consecuencia una pena de 8 a 25 años o la absolución definitiva, respectivamente. Si la decisión jurisdiccional ulterior depende exclusivamente del criterio personal del juzgador, la inseguridad jurídica paraliza al médico, aún cuando cuente con el consentimiento de los familiares más cercanos al paciente y con un dictamen favorable del Comité de Bioética Asistencial. Nos encontramos aquí con el nudo principal del impedimento.

III. Ley de Muerte Digna

Finalmente, luego de un debate legislativo que duró cerca de 9 meses, el pasado 9 de mayo de 2012, se sancionó la ley de muerte digna. A través de la

(3) CEPED, Análisis de los Angeles, La eutanasia. Publicado en La Ley Online (citando a Enrico Morselli -L'uccisione pietosa, p. 15)

(4) RUGGIERI, Sandra M., Derecho a la salud: el respeto por la voluntad del paciente. elDial.com - DC658.

misma, se modifican varios artículos de la ley 26.529, incorporando provisiones vinculadas al derecho de los pacientes a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. A los efectos de sistematizar los alcances de la ley, se ordena sistemáticamente cada uno de los puntos centrales de la misma:

a. Naturalmente, al hablar sobre directivas médicas anticipadas, el Art. 11 de la ley es el que sufre la principal modificación, agregándose el siguiente texto: *"La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante Escribano Público o Juzgados de Primera Instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó."*

A la hora de pensar en el proceso de formalización de las DMA, nos enfrentamos con el punto más débil del texto legal. En este sentido, la exigencia de que ésta solo pueda dictarse frente a un escribano o un juzgado de primera instancia, atenta contra la practicidad que debería asistir al paciente para emitir su voluntad anticipada. Hubiera sido de buena práctica haber previsto la posibilidad de que aquella pudiera registrarse en la historia clínica, aún manteniendo el requisito de los dos testigos, con la firma del médico actuante. Este es el mecanismo que la propia ley propone para aquellos casos en que el paciente rechace los procedimientos de hidratación, alimentación artificial o las medidas de soporte vital. En estos últimos supuestos, solo deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. (5)

¿Por qué la disparidad de criterios entonces? Si la DMA, como se ha dicho, no es más que la expresión de voluntad del paciente que se emite en diferido, ninguna diferencia debería existir con el consentimiento informado dictado en tiempo presente a la hora de su formalización.

Asimismo, como se ha dicho previamente, todo consentimiento que presta el paciente frente a cualquier tratamiento debe ser informado. La mera posibilidad de formular la DMA frente a un escribano, asegura la identidad del declarante, más no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión suponen. Este vacío debería resolverse en la futura reglamentación, determinándose el procedimiento para asegurar el suministro de la información necesaria para darle validez a la directiva. En el mismo instrumento, además, tendría que establecerse

el mecanismo a través del cual el equipo de salud accederá al banco de datos o registro de directivas, dado que para respetar la voluntad manifestada previamente por el paciente, la misma debe ser conocida en tiempo oportuno por el equipo de salud.

Por otra parte, mientras que a través de la reforma se pretenden desjudicializar los casos en que se discute la limitación del soporte vital, el legislador termina dando un paso atrás, motivando la intervención de la justicia para el dictado de las DMA. De hecho, en última instancia, para evitar la asunción del costo que supone la intervención de un escribano, los juzgados terminarán absorbiendo la mayoría de los trámites tendientes a formalizar las voluntades anticipadas, provocando un aglutinamiento de expedientes que podría ser fácilmente evitable.

Finalmente, no queda más que admitir que el legislador ha perdido una excelente oportunidad para excluir del Art. 11 de la ley a las prácticas eutanásicas. Esta mención en el texto legal no solo resulta superflua y redundante (tal como se explicó en el punto II - b), sino que trae confusiones que atentan contra el propio régimen que se pretende instaurar.

b) Luego, se modifican los artículos referidos al consentimiento informado. En primer lugar, se agregan dos incisos al Art. 5, en el cual se prevé lo que debe informar el profesional de la salud al efecto de la obtención del consentimiento. De acuerdo al nuevo texto legal, dicha información debe incluir: g) *El derecho que le asiste (al paciente) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.*" Asimismo, se modifica sensiblemente la lista de legitimados activos para consentir, facultándose para ello a los mencionados en el Art. 21 de la ley 24.193 (listado ordinal de autorizados para decidir respecto a la ablación de los órganos del causante o la finalidad de los mismos). De esta manera, y de acuerdo al texto actual de la ley 26.529, en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado, de acuerdo al siguiente orden de prelación, por:

a. El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no

(5) Art. 7, inc. f) de la ley 26.529 luego de la reforma.

menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida;

b. Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años;

c. Cualquiera de los padres;

d. Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años;

e. Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años;

f. Cualquiera de los abuelos;

g. Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;

h. Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;

i. El representante legal, tutor o curador.

No obstante lo dispuesto, se establece que deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Así como el paciente puede revocar su decisión en cualquier momento, los enumerados precedentemente podrán hacer lo propio con la suya según el orden de prelación establecido. Sin embargo, en los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento, fundándolo debidamente y dejándolo asentado en la historia clínica.

c. Por último, se incorpora a la ley como Art. 11 bis, el siguiente texto: *“Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del estricto cumplimiento de la misma.”*

Esta previsión constituye el punto neurálgico de la reforma, en tanto el resto del articulado solo tiende a clarificar el derecho que los pacientes anteriormente ya tenían a partir de lo previsto en la ley 26.529, la Constitución Nacional y el Código Civil de la Nación. Desde la inclusión de este texto, todas las dudas interpretativas deberían quedar disipadas. En la medida en que los profesionales de la salud cumplan con lo dispuesto por la actual redacción de la ley 26.529 (actuando con la diligencia que cada caso requiere, desde ya), ningún reproche del tipo administrativo, civil o penal se les puede realizar. Esto constituye un voto de confianza para el equipo de salud que se enfrente a supuestos en que el paciente en estado

terminal —o su grupo familiar— decida el rechazo de terapias de hidratación, alimentación, reanimación artificial o de soporte vital.

De todas formas, ante la falta de mención en la ley, la reglamentación deberá encargarse de otorgar a los profesionales intervinientes la potestad para declarar su objeción de conciencia en estos casos, creando un registro al efecto, y previendo la obligación de efectuar la correcta derivación del paciente a otro profesional, cuando medien conflictos morales, éticos o religiosos que le impidan llevar a cabo alguno de los actos previstos en la ley.

IV. Conclusiones

El proyecto que ha alcanzado el status de norma nacional, por el cual se modifica una ley existente, ha prevalecido sobre otros que promovían la sanción de un instrumento legal nuevo, independiente. Creo que esta solución es favorable y de buena técnica legislativa, en tanto la dispersión normativa puede generar resultados disvaliosos como producto de interpretaciones confusas. Ahora bien, respondiendo a las preguntas iniciales ¿Es el camino legislativo el indicado para resolver la problemática? O dicho de otra manera, ¿es sustancial la reforma que se introduce a la ley 26.529? La respuesta a estas preguntas debe desglosarse en dos aspectos bien diferenciados para definir la cuestión. En una primera instancia, se podría decir que la incorporación de nuevos preceptos legales que autoricen al paciente -que presenta una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente- a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, no constituye una novedad al régimen vigente. Como vimos, de acuerdo a la normativa existente el paciente ya tenía la potestad suficiente para aceptar o rechazar tratamientos, con o sin expresión de causa. Por ello, podemos afirmar que el reconocimiento de este derecho a través de la ley de “muerte digna”, resulta un tanto superfluo, aunque su incorporación sea un tanto más categórica.

No obstante, hay un punto que adquiere relevancia y merece ser destacado. La previsión que libera de responsabilidad a los profesionales intervinientes que hayan obrado conforme al texto legal, adquiere virtualidad y modifica el estado de situación. En este caso, el cambio es más que significativo, en tanto termina por echar por tierra cualquier tipo de interpretación que conlleve a pensar cualquiera de las conductas descriptas como homicidio, asistencia al suicidio, eutanasia o cualquier otro tipo de acto

criminal. Cumplidos todos los requisitos legales y formales, si cualquiera de los legitimados para consentir rechazan la reanimación artificial o las medidas de soporte vital, el médico podrá respetar la voluntad, sin temor a ser juzgado por hacerlo.

No obstante lo dicho, resulta ingenuo pensar que la sola inclusión legislativa redunde inmediatamente en la aceptación de este tipo de prácticas,

en todo ámbito y en todo momento. El cambio debe ser cultural, idiosincrático. En ese marco, no puede soslayarse que la amplia difusión que la temática ha recibido en los últimos tiempos, ha puesto en un lugar preponderante el debate sobre las decisiones vinculadas con el final de la vida. De esta forma, el cambio propuesto es cada vez más próximo y la reforma de la ley 26.529 constituye una herramienta de inobjetable trascendencia para ello. ♦

MUERTE DIGNA: MODIFICACION DE LA LEY 26.529 SOBRE DERECHOS DEL PACIENTE

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

SUMARIO: 1. Las modificaciones a la ley 26.529. 2. La finalidad buscada con la modificación de la ley 26.529. 3. Con relación a los tratamientos extraordinarios o desproporcionados. 4. En cuanto al rechazo de procedimientos de hidratación y alimentación. 5. Conclusiones.

1. Las modificaciones a la ley 26.529

El proyecto de ley aprobado por el H. Senado de la Nación conocido como Ley de Muerte Digna, consiste en determinados agregados o modificaciones a la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, los que se ocupan, fundamentalmente, del alcance de los derechos que le caben al paciente en el marco de la autonomía de la voluntad, de lo que debe entenderse por “consentimiento informado” y las personas que deben prestarlo en el supuesto de que por su estado de salud aquél no pueda hacerlo, de la revocabilidad de ese consentimiento, de la forma de expresar las denominadas “directivas anticipadas”, y de la eximición de responsabilidad de los profesionales que hayan realizado actos médicos de conformidad a las normas contenidas en la ley 26.529.

En esta nota nos ocuparemos únicamente de los derechos que con fundamento en la autonomía de la voluntad, la nueva ley otorga al paciente para rechazar ciertos tratamientos médicos. Al respecto se han agregado los siguientes párrafos al inciso e) del artículo 2º de la ley 26.529, que establece el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos —con o sin expresión de causa—, así como a revocar posteriormente su manifestación de voluntad:

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuen-

tra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, o de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

2. La finalidad buscada con la modificación de la ley 26.529

La intención de las modificaciones practicadas a la ley 26.529 es, tal como ha sido reiteradamente afirmado, tratar de lograr que todas las personas tengan una muerte digna, circunstancia con la cual, como es entendible, nadie puede estar seriamente en desacuerdo. Es que así como existe un derecho a la vida, también existe un derecho, que corresponde a toda persona y, en particular, al moribundo, de tener una muerte digna, siendo fundamental la solidaridad que debe guardarse para con el enfermo —en especial, con

el enfermo terminal—, no pudiendo desconocerle el derecho a morir con dignidad, sin mengua de no respetárselo como persona.

Son varios los aspectos involucrados en el ejercicio de este derecho, entre los que puede señalarse el de morir con el apoyo de medicina paliativa, en un ambiente de paz y serenidad, acompañado de sus seres queridos y manteniendo una relación enriquecedora con las personas que lo rodean, confortado espiritualmente, en paz consigo mismo y con Dios. No se trata de un inexistente derecho a procurar o hacerse procurar la muerte, sino de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial, sin sufrimientos inútiles o innecesarios.

Una muerte digna requiere, asimismo, evitar que el paciente sea objeto contra su voluntad de experimentaciones y de que se le apliquen técnicas médicas peligrosas o gravosas, teniendo, el mismo, derecho a recibir atención médica para aliviar el dolor o el sufrimiento, aun cuando pudieran eventualmente tener como efecto secundario no querido el de acortar la vida.

El *derecho a morir con dignidad* no está relacionado con el hecho de morir, sino con la forma de hacerlo, constituyendo una cuestión ajena a un por cierto inexistente *derecho a morir*, que es el que pretenden tener quienes dan una importancia exageradamente decisiva a la autonomía y a la libertad del paciente para decidir cuándo se le deben discontinuar los auxilios médicos.

La autonomía y la libertad de las personas son derechos de menor entidad que el derecho a la vida, que es de carácter absoluto y existe desde la concepción hasta la muerte natural (por oposición a provocada), teniendo la autonomía y la libertad claras limitaciones (una persona no puede, por ejemplo, admitir ser vendida como esclava, ni disponer de partes no renovables de su cuerpo). Por lo que cuando la autonomía y la libertad chocan con el valor vida, deben subordinarse a ésta. Cosa que, por otra parte, así ha sido resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2002, en el caso de la ciudadana británica Dianne Pretty, en que dicho Tribunal afirmó el derecho de los Estados de amparar la vida de las personas bajo su jurisdicción, inclusive por sobre el derecho a la autonomía personal de los individuos.

La consagración de un derecho a la vida, que resulta tanto de Convenciones internacionales como del derecho interno de cada país, tiene como alcance el de consagrar la existencia de un derecho inalienable e irrenunciable, de carácter absoluto, que, además, tiene un valor superior al del resto de los derechos, pues su existencia condiciona el efectivo ejercicio de estos últimos. Una vida es valiosa en sí misma, inde-

pendientemente de la voluntad que tenga su titular de seguir viviendo. Y es valiosa no solo para uno, sino también para el prójimo, puesto que en la vida no sólo existen intereses individuales, sino también sociales, por la interdependencia existente entre todos los seres humanos. El derecho a la vida entraña el deber de respetar la propia vida, de la que no se puede disponer, por cuanto el hombre no es dueño de sí mismo ni de su vida, y quien resuelve quitársela, no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma, y con ella, a la libertad que se proclama defender, que ya no puede ser ejercida por quien tomó esa decisión y la ejecutó.

3. Con relación a los tratamientos extraordinarios o desproporcionados

En la disposición más arriba transcripta se establece, con razón, el derecho que tiene todo paciente a que no se lo haga objeto de tratamientos extraordinarios o desproporcionados que a nada conduzcan. En otras palabras, nadie puede estar obligado a que se le practiquen cuidados intensivos que sólo tiendan a lograr una prolongación precaria y penosa de su existencia, o sea, cuidados que constituyan lo que se ha dado en denominar *encarnizamiento terapéutico*, que conduce a un mayor sufrimiento del paciente, o a un sufrimiento innecesario, con lo que se agrede su derecho a morir con dignidad.

La muerte es un hecho inevitable de la vida humana, por lo que no se la puede retardar inútilmente, esquivándola con todos los medios. No puede imponérsele al enfermo cuidados que lo lleven a constituirse en una especie de objeto en manos de la técnica, prolongándose su agonía sin posibilidades de curación, lo que no tiene ninguna finalidad positiva. La medicina debe recurrir a la tecnología como una aliada, pero siempre que sirva a la alta dignidad del espíritu humano. La despersonalización de la medicina por el uso exagerado de medios técnicos, encierra el riesgo de la despersonalización del paciente, tanto en la vida como en la muerte.

Es por ello que coincidimos con la norma en análisis, en cuanto la misma pone en claro el derecho del paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable, o se encuentra en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, a rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados.

4. En cuanto al rechazo de procedimientos de hidratación y alimentación

Distinta es la posibilidad, que se admite en la nueva normativa, de poder el paciente –o las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 en el supuesto de no poder aquél expresar su voluntad– *rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la*

prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Disentimos con esa posibilidad que se le otorga al paciente, dado que la alimentación e hidratación no constituyen un acto médico, sino un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida, puesto que se trata de conductas normales y necesarias que practican todas las personas, estén o no enfermas o se encuentren o no en estado vegetativo, habiendo sido las mismas consideradas como *necesidades básicas del paciente*. (1)

En tal sentido, creemos que aun en el supuesto de que se considere irreversible en un período de tiempo más o menos prolongado la muerte de un enfermo terminal, no resulta moralmente admisible dejar de proveerle nutrición e hidratación, por cuanto ello constituye el soporte básico para la supervivencia, y su eliminación contribuye a acelerar en forma innecesaria su muerte, sin beneficio alguno para el paciente. (2) Por lo que, en principio —o sea, en la medida y mientras se demuestre que cumplen su propia finalidad de procurar la hidratación y la nutrición del paciente—, la supresión de tales elementos constituye, a nuestro juicio, un claro acto de eutanasia omisiva. No obstante, tal como resulta de las respuestas dadas por la Congregación para la Doctrina de la Fe en el año 2007 a preguntas de la Conferencia Episcopal Estadounidense sobre la alimentación e hidratación artificiales, cabe aclarar que, al afirmar que “suministrar alimentos y agua es, *en principio*, moralmente obligatorio, ello no excluye que en alguna región muy aislada o extremadamente pobre, la alimentación e hidratación artificiales puede que no sean físicamente posible, entonces *ad impossibilia nemo tenetur*, aunque permanece la obligación de ofrecer los cuidados mínimos disponibles y de buscar, si es posible, los medios necesarios para un adecuado mantenimiento vital. Tampoco se excluye que, debido a complicaciones sobrevenidas, el paciente no pueda asimilar alimentos y líquidos, resultando totalmente inútil suministrárselos. Finalmente, no se descarta la posibilidad de que, en algún caso raro, la alimentación e hidratación artificiales puedan implicar para el paciente una carga excesiva o una notable molestia física vinculada, por ejemplo, a complicaciones en el uso del instrumental empleado”. (3)

(1) CECCHETTO, Sergio, Curar o cuidar. Bioética en el confin de la vida humana, Buenos Aires, 1999, p. 88. Conf., entre muchos otros, BARONE, Daniel, “La bioética, la muerte anticipada y el derecho”, ED, 218-1059, 2.

(2) Obviamente, en tal caso la muerte no se producirá ni por enfermedad ni por encontrarse en estado vegetativo, sino por inanición y deshidratación.

(3) ED, 225-1109.

Por la razón antes expresada, tampoco se puede afirmar que, aun efectuadas en forma artificial, la alimentación y la hidratación constituyan un tratamiento médico de carácter extraordinario, habiendo señalado Domingo Basso con relación al tema, que cuando un medio artificial se usa para corregir un defecto o como una ayuda de la naturaleza, y no para sustituirla, lo artificial no tiene por qué ser considerado antinatural. Entre otros conceptos, agrega dicho autor que la cirugía, la alimentación por vía endovenosa o por vía enteral con bomba de perfusión continua, la radioterapia, etc., no tienen por qué ser considerados medios extraordinarios por el solo hecho de no ser naturales sino artificiales. (4)

Por otra parte y sin dejar de reconocer que la gastromía constituye un accionar invasivo, entendemos que la práctica de un acto de esa naturaleza, que se realiza con la finalidad de proporcionar alimentación e hidratación a un paciente, no constituye un acto que pueda ser calificado como *distanásico*, consistente en el alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona. (5) También es invasiva, por ejemplo, una simple intervención quirúrgica de apendicitis, la que, no obstante, en modo alguno podría ser calificada como una acción médica desproporcionada o de carácter extraordinario.

Debemos recordar con relación al tema lo expresado por S.S. Juan Pablo II en la Carta de los Agentes de la Salud, sobre que “la alimentación y la hidratación, aun artificialmente administradas, son parte de los tratamientos normales que siempre se le han de proporcionar al enfermo cuando no resultan graves para él: su indebida suspensión significa una verdadera y propia eutanasia” (n° 120) (6) A su vez, en

(4) Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª. ed. ampliada, Buenos Aires, 1993, p. 436.

(5) Según enseña Eduardo Luis Tinant, la distanasia consiste en “la prolongación exagerada del proceso de morir de un paciente, resultante del empleo inmoderado de medios terapéuticos extraordinarios o desproporcionados, que linda con el ensañamiento o encarnizamiento terapéutico, esto es, la situación generada por una obsesiva obstinación médica que excede al deber del galeno de preservar la vida, traducida en un proceder irracional e inhumano —y aún antijurídico— concretado en retardar inútilmente la muerte en casos desesperados, recurriendo a tratamientos absolutamente fútiles, carentes de sentido y de justificación, médica y ética, desde que equivalen a la acción de prolongar una agonía y no una vida” (Antología para una Bioética Jurídica, Buenos Aires, 2004, p. 42, nota 6).

(6) Remitimos a lo expresado en igual sentido por S.S. Juan Pablo II a un grupo de Obispos de los Estados Unidos de América en visita ad limina del 2 de octubre de 1998. Véase, asimismo, entre otros documentos pontificios, la Declaración iura et bona sobre la Eutanasia de la Sagrada

el documento “Respetar la dignidad del moribundo. Consideraciones éticas sobre la eutanasia”, de la Academia Pontificia para la Vida, del 9 de diciembre de 2000, se afirmó, entre otros conceptos, con relación a la línea de comportamiento para con el enfermo grave y el moribundo, que se “deberá asegurar siempre los cuidados ordinarios (que incluyen la alimentación y la hidratación, aunque sea artificiales) y comprometerse en los cuidados paliativos, sobre todo en la adecuada terapia del dolor, favoreciendo siempre el diálogo y la información del paciente mismo”.

Recordamos, asimismo, que en el discurso que pronunciara el 20 de marzo de 2004 a los participantes en el Congreso sobre “Tratamientos de mantenimiento vital y estado vegetativo”, Juan Pablo II sostuvo que aunque se lleven a cabo por vías artificiales, la alimentación y la hidratación representan siempre un medio natural de conservación de la vida, no un acto médico, por lo que su uso se debe considerar, en línea de principio, ordinario y proporcionado, y como tal, moralmente obligatorio, en la medida y hasta que demuestre alcanzar su finalidad propia, consistente en proporcionar alimento al paciente y alivio a sus sufrimientos. El hecho de quitarle el alimento y la hidratación, agregó, termina siendo una verdadera eutanasia por omisión. (7) Es que, como también señaló en dicho documento,

Congregación para la Doctrina de la Fe del 5 de mayo de 1980, así como el documento titulado Algunas cuestiones de ética relativas a los enfermos graves y a los moribundos, del 27 de junio de 1981 del Pontificio Consejo Cor Unum, y la Carta de los agentes sanitarios del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Asistentes Sanitarios, del año 1995.

(7) William Sullivan afirma que los expertos en bioética y salud asistentes al coloquio organizado por el Instituto Católico Canadiense de Bioética celebrado en la segunda parte del año 2004, interpretaron las palabras del Papa con relación a la alimentación e hidratación en el caso de los pacientes en estado vegetativo, en el contexto de la tradición católica, por lo que, cuando en el discurso se afirma que el uso de la alimentación e hidratación deben considerarse, “en línea de principio”, un medio ordinario y proporcionado, no quiere decir “absoluto”, en el sentido de “sin excepcio-

un hombre, aunque esté gravemente enfermo o impedido en el ejercicio de sus funciones superiores, es y será siempre un hombre; jamás se convertirá en un vegetal o en un animal.

5. Conclusiones

En razón de lo hasta aquí dicho, concluimos sucintamente que el hombre tiene derecho a morir con dignidad, debiendo estar atendido con lo que se ha dado en llamar medicina paliativa, en un ambiente sereno y en paz, acompañado de sus seres queridos y confortado espiritualmente, sin que nadie adelante la muerte en forma artificial, y sin sufrimientos inútiles o innecesarios. Lo que implica que no se le puede obligar sino que, por el contrario, tiene el derecho de rechazar los procedimientos extraordinarios o desproporcionados con los que sólo se logre una prolongación precaria y penosa de la existencia.

Creemos, asimismo, que la alimentación y la hidratación constituyen un procedimiento ordinario y proporcionado que, en principio, debe continuar suministrándose al paciente hasta que sobrevenga la muerte en forma natural, la que no debe ser artificialmente adelantada por medio de la supresión de dichos medios, lo cual, a nuestro juicio, constituiría un claro acto de eutanasia por omisión, debiendo señalar al respecto que la propia ley en análisis condena en forma expresa las prácticas eutanásicas. ♦

nes”, sino que se debe permitir la consideración de otros elementos, debiendo esa alimentación e hidratación y otras medidas para mantener la vida, ser evaluadas en términos de beneficio y límite de la intervención para el paciente. Y agrega que en el caso de “los pacientes sin reacción a los que se les puede aplicar la alimentación e hidratación artificiales sin entrar en conflicto con otras graves responsabilidades o con gastos exageradamente costosos o complicadas, la alimentación e hidratación deberían considerarse como algo ordinario o proporcionado, y en cuanto tal moralmente obligatorio” (“Alimentación e hidratación artificiales a pacientes en estado vegetativo, aspectos científicos y morales”, en Internet, www.corazones.org/moral/enfermedad/estado_vegetativo.htm).

DERECHOS DE LOS PACIENTES Y MUERTE DIGNA: COMENTARIO A LA LEY SOBRE EL RECHAZO O LA NEGATIVA AL SOPORTE VITAL

POR PAULA SIVERINO BAVIO (*)

SUMARIO: I. Introducción.- II. La necesidad de una norma explícita.- III. Cuerpo, vida e integridad.

I. Introducción

El Senado argentino aprobó el pasado nueve de mayo, tras cuatro horas de debate, con cincuenta y cinco votos a favor, una abstención y ningún voto en contra, una norma que modifica la Ley 26.529 (Ley de Derechos de los Pacientes) (Adla, LXX-A, 6), la llamada “Ley de Muerte Digna”. En la misma sesión se aprobó la Ley de Identidad de Género, una norma pionera en su tipo, al despatologizar las identidades transgénero, siguiendo la senda marcada por la Ley de Salud Mental. La sanción de la “Ley de Muerte Digna” tuvo una gran repercusión mediática (incluso sustancialmente mayor que la Ley de Identidad de Género, pese a que, en términos jurídicos la primera aportó bastante poco a lo ya regulado en la Ley de los Pacientes de diciembre del año 2010, mientras que la segunda marca una posición de vanguardia a nivel de la legislación mundial) evidenciando una gran preocupación social por la cuestión del final

de la vida y un apoyo prácticamente unánime a la iniciativa legislativa.

Estas normas, así como los procesos participativos que tuvieron lugar a lo largo de su gestación, son un importante paso en la Argentina en el desarrollo de normas vinculadas a la Bioética y los Derechos Humanos.

La norma, de ocho artículos, modifica seis artículos de la Ley 26.529 y agrega uno nuevo, el 11 bis y tiene por objetivo (art. 1, modificación del artículo 2 inc. e) explicitar la inclusión del rechazo del tratamiento médico y la limitación del esfuerzo terapéutico, incluyendo reanimación y medidas de soporte vital, en personas que padezcan “*una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*” cuando estas medidas resulten “*extraordinarias o desproporcionadas*” en relación a la perspectiva de mejoría o generen un sufrimiento desmesurado. Asimismo incluye la posibilidad de “*rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable*”. El rechazo o la limitación del esfuerzo terapéutico podrá ser

(*) Profesora de Derecho Civil I y de Bioética en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho, Facultad de Derecho, PUCP. psiverino@pucp.pe

decidida por el paciente y la ley establece que “*en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido*” (art. 6). Asimismo, estas indicaciones pueden ser previstas mediante Directivas Anticipadas de Tratamiento, siempre que no impliquen “*prácticas eutanasicas*” (art. 11).

II. La necesidad de una norma explícita

Los dispositivos principales relativos al rechazo de tratamiento médico y limitación del esfuerzo terapéutico estaban ya contemplados en el ordenamiento jurídico, reconocimiento como antecedentes el artículo 19 de la Constitución Nacional, La Ley de Ejercicio de la Medicina y la Ley de Derecho de los Pacientes. Esta última norma, que será modificada por la norma aprobada por el Senado y que comentamos, de manera explícita incluye la posibilidad de rechazar tratamientos médicos, la figura del consentimiento informado y las directivas anticipadas de tratamiento médico (1)(2).

Pese al reconocimiento de la autonomía de los pacientes y de la no exigibilidad de aquellas medidas consideradas fútiles, en numerosas ocasiones se han verificado dificultades en el sistema sanitario y el sistema judicial para implementar decisiones que involucraban la limitación del esfuerzo terapéutico, particularmente en relación al retiro de soporte vital de pacientes inconscientes o con autonomía reducida. Un caso que ejemplifica claramente las dudas, objeciones y contradicciones frente a este tema fue el decidido en febrero del 2005 por la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires.

(1) Protección de las decisiones autónomas: artículo 2 e) “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos biológicos, con o sin expresión de causa, así como también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”...

La validez de las directivas anticipadas de tratamiento médico, art. 11: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar tratamientos médicos o biológicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar medidas eutanasicas”

(2) Los artículos 59 y 60 del Proyecto de Código Civil también regulan el consentimiento informado y las directivas anticipadas de tratamiento médico

En este caso (3) se trataba de una mujer que se encontraba en estado vegetativo permanente desde hacía ocho años originado en falta de oxigenación prolongada por trastornos post parto, lo cual derivó en un daño cerebral irreversible, sin requerir asistencia respiratoria, a la que se le proveía de alimentación e hidratación parental para mantenerla con vida. Su esposo solicita la suspensión de la alimentación e hidratación mientras que su hermano y padres se oponen a ello. Pese a que los médicos tratantes y las opiniones de los comités de bioética consultados fueron coincidentes en cuanto a la irreversibilidad del cuadro, la equivalencia de la alimentación con otras medidas de soporte vital, y la moralidad del retiro de estas medidas, la sentencia denegó el pedido en una votación unánime.

Una de las principales objeciones de los jueces convergen en que la posibilidad de rechazar tratamientos médicos, particularmente si con ello se pone fin a la vida, es de carácter personalísimo e indelegable; y que al no existir en el ordenamiento jurídico alguna norma que de manera expresa recepte las directivas anticipadas (la sentencia habla de *living will*) no hay un instrumento que pueda recoger de manera válida la voluntad de la paciente; y tampoco existe ninguna declaración de la que pueda darse fe pública en relación a la decisión que ella hubiera tomado en la situación que le toca enfrentar. Tampoco existe, conforme es señalado por uno de los jueces, una opinión consensuada de su familia sobre la decisión de suspender el soporte vital. Aunado a ello, en la sentencia también se sostuvo la preeminencia del derecho a la vida, el deber de los médicos de proteger la vida biológica y la esperanza, aunque tenue, de recuperación (según la extraña visión de uno de los magistrados), así como el sentido que cabía darle a la atención de un familiar con serias limitaciones.

En la discusión pesó bastante que el soporte vital a suspender involucrara la alimentación e hidratación de la paciente, así se llegó a sostener que “*Ninguna cultura humanista, por más que se alegue que una persona en esta situación no sufre ni siente, puede consentir que una vida por añadidura joven se vaya extinguendo o consumiendo lentamente por abandono de sus semejantes. Por el mero hecho de la alimentación no se fuerza ningún órgano vital exigiéndole un esfuerzo desmedido, ni tan siquiera se lo reemplaza, sino que por el contrario se posibilita su completo y armónico funcionamiento. El alimento opera así como una suerte de combustible*”

(3) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 9 de febrero de 2005, en la causa Ac. 85.627, “S., M. d. C. Insania”.

que demuestra que el “motor” funciona, y que lo hace a satisfacción.”(del voto de Pettigiani)

“Advierte que el requerimiento en autos no se circunscribe a la interrupción del suministro de medicación sino de “... comida y agua, algo que no se puede negar a ningún ser humano...” (del voto de Negri, en referencia a los dichos del Asesor de Menores e Incapaces)

Es importante, debido al valor que se le reconoce a las funciones de brindar alimentos en nuestra cultura y a la polémica que ha existido en torno a si la alimentación e hidratación artificial tienen o no la misma entidad que otras medidas de soporte vital, que el texto de la norma que modifica la Ley de Derechos de los Pacientes despeje este punto, al contemplar el rechazo o suspensión de estas medidas cuando solo posibiliten la prolongación de la agonía.

Por otra parte, y volviendo a la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, es interesante el cuestionamiento que hacen los jueces sobre la subrogación de la decisión para suspender un tratamiento que pueda determinar el fin de la vida. Sin duda, la presencia de un sujeto moral autónomo en plena capacidad de expresar su voluntad impone a los demás una serie de deberes claramente perceptibles, dado el respeto debido a su autonomía y dignidad. ¿Pero cómo garantizar el respeto al sujeto imposibilitado de manifestar su decisión? ¿Qué sucede cuando este individuo ha perdido de modo irreversible la posibilidad de llevar adelante los procesos psíquicos que hacen factible reflexionar y tomar una decisión, así como la facultad de comunicarse con los demás?

Considerando entre otras, estas preguntas, luego del análisis realizado en la sentencia parece difícil ignorar que, en el caso concreto, la negativa determina que la paciente permanezca de manera indeterminada bajo soporte vital, en un estado de estado vegetativo permanente, sin admitir que se pueda subrogar su decisión en este sentido. ¿De qué manera esto puede configurar una acción benéfica?, por el contrario ¿No podría entenderse que esto refuerza una práctica de medicina defensiva? El texto recientemente aprobado contempla la posibilidad de que el consentimiento informado sea brindado por el cónyuge o parientes conforme la prelación establecida en la Ley de Transplantes.

Es un hecho que han habido situaciones en las cuales la negativa se ha fundado en medidas de medicina defensiva. Claros ejemplos de ello fueron los dramáticos casos de Camila Herbón (4) y Melina

González (5), en los cuales si bien existía consenso acerca de las conductas éticamente adecuadas desde algunos sectores se albergaban dudas sobre la procedencia legal de las medidas solicitadas en cada caso (retiro de las medidas de soporte vital y sedación, respectivamente). La medicina defensiva es definida como *“la indicación de un tratamiento médico teniendo en cuenta las necesidades percibidas por un profesional y de resguardar primariamente su responsabilidad personal ante un eventual reclamo por mala praxis o la comisión de un delito, antes que de atender el bienestar de un paciente”*; prácticas que priorizan la protección de la posición del médico frente a un futuro reclamo antes que el respeto de los principios que de otro modo deberían regir la relación médico paciente. (6). Esta conducta, que puede ser tanto individual cuanto institucional, se ha vinculado a distintos elementos tales como a) el temor al fantasma del juicio (mala praxis o daños y perjuicios), b) interpretaciones divergentes de normas referidas a la salud; c) deficiencias de formación -que por cierto no son privativas de la escuela de medicina-; d) la dificultad de muchos profesionales de ajustar su conducta a los nuevos marcos de la relación médico paciente, e) la difusión de la creencia excesiva y acrítica de los beneficios de la tecnología, f) la creciente desconfianza en la relación médico paciente y g) la deficiente respuesta que brinda el derecho como medio de canalizar intereses sociales encontrados. (7)

Una de las expresiones que adoptó la medicina defensiva ha sido la solicitud de una autorización judicial ante casos no requeridos por la ley; ello pudo observarse en temas tales como anticoncepción quirúrgica voluntaria, aborto terapéutico, rechazo de tratamiento médico y limitación del esfuerzo terapéutico.

La tendencia hacia la “juridización” del acto médico genera una ruptura irreparable en la relación médico-paciente, vínculo caracterizado por la *fiducia*. (8) Al renunciar el médico a su espacio

regional_0_538746222.html (consultada el 14 de mayo 2012)

(5) Argentina regula la muerte digna tras la lucha de dos madres. Diario El País, Sección Sociedad, edición electrónica, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/10/actualidad/1336609082_311598.html (consultada el 14 de mayo 2012)

(6) GHERARDI Carlos y GHERARDI Natalia, *La medicina defensiva: un problema social*, en SOROKIN Coord. *Bioética: entre utopías y desarraigos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 515.

(7) *Ibíd.*

(8) Señala Mainetti que la juridización de la relación médico paciente es un generador de la medicina defensiva,

(4) Muerte digna, el pedido de una mamá llegó al Senado. Diario Clarín, Sección Sociedad. <http://www.clarin.com/sociedad/Muerte-pedido-Camila-prensa->

de decisión, deja al paciente -que hasta es momento había depositado en él su total confianza y expectativas-, en una situación de abandono. La juridización (9) también afecta a los médicos, que en aras de esta “seguridad” han cedido espacio de decisión al poder judicial -por ende al Estado- en un ámbito que podría cuestionarse si es el propio (10) del juez. (11) En un muy reciente fallo sobre aborto terapéutico la Corte Suprema de la Nación advierte sobre las autorizaciones judiciales: “se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización (12)”; “este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida.” (13)

Así las cosas, la nueva norma, al explicitar la inclusión de las decisiones sobre el final de la vida, mejora las condiciones de seguridad jurídica de los profesionales de la salud intervinientes en el proceso constituyéndose como una medida idónea para eliminar barreras u obstáculos que algunas interpretaciones restrictivas pudieran hacer de la facultad de rechazar o suspender tratamientos médicos. El artículo 11 bis establece claramente que “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.” Al respecto, y sobre la sentencia reciente que venimos comentando, la Corte expresó: “En consecuencia, y descartada la posibilidad de una

a la que define como una forma de mala práctica moral. MAINETTI, José A. (h.), *Bioética Ilustrada*, La Plata, Quirón, 1994, p. 87.

(9) MAGLIO, Ignacio, *Guías de buena práctica legal en VIH/SIDA*. Buenos Aires, Arkhetipo, 2001.

(10) En un interesante fallo, el juez manifiesta que no le corresponde a él decidir entre dos vidas, que esa decisión le compete al médico y a la madre, rechazando la necesidad de autorización, ED, 117-423.

(11) “[no hay norma que establezca otorgar una venia judicial] para cuestiones, que como al presente están exclusivamente subordinadas a criterios de la ciencia médica” en Expediente 3658/01 “Torres Estela Marys y otros c/ GCBA s/ amparo” sentencia del 25/10/01 con comentario aprobatorio de Antón y Sas, op cit. nota 29.

(12) CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13 de marzo de 2012, F.259 XLVI.

(13) Ib.

persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.” (14)

Más discutible resulta la modificación del artículo 11, que exige que: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”. Compartimos las objeciones a esta disposición, en cuanto que este requisito bien puede operar como un obstáculo para hacer efectivos la voluntad y los derechos del sujeto introduciendo dificultades de carácter económico o logísticas; y que, basado en las experiencias llevadas adelante en importantes centros de salud, debería contemplarse la posibilidad de un trámite sencillo que permita elaborar e incorporar las Directivas Anticipadas de Tratamiento a la historia clínica.

El análisis que se desprende de la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del 2005 evidencia además lo recurrente de una cuestionable interpretación que alguna doctrina realiza de las normas sobre la indisponibilidad de la vida o la integridad (15). Esta comprensión considera que la vida es un valor absoluto que debe ser preservado por encima de cualquier otro valor y las intervenciones sobre el cuerpo, incluyendo la limitación o rechazo de tratamiento, deben ser cuidadosamente monitoreadas, cuando no directamente prohibidas, en la medida en que podían afectar la vida o la integridad del sujeto. Esta corriente ha denominado “eutanasia pasiva” a “la interrupción o no iniciación de un tratamiento que aunque podría retrasar el momento del fallecimiento, no proporcionaría durante ese período unas condiciones de mínima calidad vital” (16). Un elemento a resaltar de la norma es que despeja finalmente cualquier duda sobre la consideración de la limitación de esfuerzo terapéutico como “eutanasia pasiva”, que ha sido sostenida por alguna doctrina dando lugar a confusión y promoviendo prácticas de medicina defensiva.

(14) Ib.

(15) SIVERINO BAVIO, Paula. “A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo, un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley junio de 2011.

(16) LORENZO SALGADO, José Manuel, “Algunas consideraciones sobre el artículo sobre el art. 143.4 del Código Penal” en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005 p.153 citado por REY MARTINEZ, op. cit, p. 21.

III. Cuerpo, vida e integridad

Se ha sostenido que el derecho a la vida protege la existencia. Y esta existencia será comprendida como subsistencia biológica, en la medida en que solo un ser humano vivo puede ser titular de deberes y derechos. Para la ley, la muerte es un hecho “natural” con consecuencias jurídicas que pone fin a la persona como sujeto de derechos, por lo tanto, el permitir, adelantar o propiciar la muerte implicaría no solo la extinción de un ser viviente sino la de un sujeto de derecho. Y es allí donde la supervivencia de la “personalidad jurídica” pareciera enfrentarse al ser humano que la aloja, en la encrucijada de un cuerpo sufriente, un cuerpo que será interdicto, sustraído al individuo en aras de su protección. *“Al ubicar a la persona en un cuerpo biológico y al construir derechos de defensa de la vida biológica universal es que los derechos quedan imbrincados a la biología y al cuerpo como entidades de control, supervisión y tutela”* (17) En definitiva, la biopolítica por sobre la bioética. Sostener que el derecho a la vida protege la existencia, sobre todo si esta existencia es meramente biológica, lleva a una concepción casi parasitaria del individuo, que debe sostener este valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, su identidad, su humanidad misma, en razón de que es el antecedente material que lo soporta, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a esta existencia, que no solo es biología sino fundamentalmente biografía. Una vida biológica anclada a un cuerpo que la sostiene pero, que en el cuerpo sufriente, agonizante, lo trasciende reclamando ser protegida aún a instancias de la persona que la aloja sin poder tomar decisión sobre ella y a la cual solo le cabe esperar mansamente la llegada de la muerte “natural”. Ello

(17) MUJICA, Jaris, *Microscopio*, de la bioética a la biopolítica, Lima, Promsex, p. 101.

considerando además la paradoja de que nada hay de “natural” en la muerte intervenida.

El cuerpo es un espacio existencial, y como tal, está atravesado de todas las vicisitudes y particularidades imaginables del quehacer y el pensar humano. Lo caracterizan, a la vez, su plasticidad y la aún inevitable finitud de la materia. En cuanto espacio contenedor y generador de fenómenos vinculados a lo humano, está inevitablemente sujeto a escrutinio o control y eventualmente condenado a la interdicción de sí mismo en aras de la tutela de bienes considerados más trascendentes. El cuerpo no es un algo exterior, separable mecánica o materialmente del sujeto, no es un cosa ni una realidad per se, es la condición que imprime corporeidad a la vida humana (18). Es nuestra primera y principal coordenada de identificación (19). Es soporte material del ser y un elemento constitutivo de la identidad del sujeto a través del cual existe y co-existe, en la medida que la unidad soma-cuerpo es *“el más valioso e inmediato instrumento con que cuenta nuestro ser libertad para que sus proyectos y dimensiones se realicen en el mundo exterior”* (20).

Ello explica el reconocimiento que la nueva norma hace de estos espacios de libertad para poder tomar decisiones sobre el modo de transitar el final de la vida; vida que será protegida por el derecho en cuanto biología y biografía, sustrato e identidad. ♦

(18) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1995, p. 290.

(19) LAMAS, Marta, “Cuerpo e identidad” en *Género e Identidad, ensayos sobre lo masculino y lo femenino*, ARANGO; LEÓN; VIVEROS; compiladoras, Bogotá, TM Editores, Ediciones Uniande, UN Facultad de Ciencias Humanas, 1995, p. 62.

(20) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Los veinticinco años del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Motivensa, 2009, p. 380.

LA SITUACION DEL NIÑO ANTE LAS LEYES DE MUERTE DIGNA E IDENTIDAD DE GENERO

POR NÉSTOR E. SOLARI

SUMARIO: I. Introducción. II. La capacidad. III. La figura del abogado del niño.

I. Introducción

Recientemente, el parlamento argentino, en una misma sesión, ha dado sanción a dos leyes, muy difundidas en la opinión pública durante su tratamiento legislativo. Se trata de la denominada ley de “Muerte Digna” y la de “Identidad de Género”.

Desde distintas aristas y perspectivas, ambas leyes están íntimamente vinculadas con el derecho humano de toda persona a ser tratada y reconocida como tal.

Como consecuencia de la distinta capacidad que ostentan las personas, la situación jurídica de los mayores y menores de edad siempre ha sido un eje de distinción por parte del legislador, cuando reglamenta los derechos y obligaciones en general. En estas leyes no ha sido la excepción. En particular, nos ocuparemos de la situación jurídica de los menores de edad ante la existencia de dichas leyes.

Parece claro al respecto que toda persona mayor de edad —es decir, a partir de los dieciocho años— podría decidir sobre decidir, en ejercicio de sus propios derechos. La duda surge cuando el sujeto que pretende ejercer dichos derechos sea un menor de edad. En tales situaciones, la cuestión reside en determinar en qué circunstancias y alcances podrá ejercerse el derecho conferido en las referidas leyes.

Tanto la ley de “Muerte Digna” como la de “Identidad de Género”, abordan específicamente la situación del niño, es decir, de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

De acuerdo a ello, se prevé que de tratarse de un menor de edad se tendrá en consideración la capacidad progresiva del niño, de conformidad a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061 (Adla, LXV-E, 4635).

La redacción del mismo, respeta y garantiza los derechos del niño, acorde con la idea de sujeto de derecho.

En la ley de “Muerte Digna” se siguen los lineamiento de la ley 26.529 (Historia clínica y consentimiento informado) (Adla, LXX-A, 6), sancionada en el año 2009, en donde se contemplaba expresamente la situación de los niños, en el inc. e, del art. 2º, bajo el título de *autonomía de la voluntad*: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.”

Con esta reforma, el inc. e del art. 2º quedó redactado así: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o pro-

cedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.”

En lo que compete a los niños, se mantienen los lineamientos del texto anterior, dándole participación al menor de edad, pues tienen derecho a intervenir y ser escuchados en los términos de la ley 26.061. Su voluntad deberá tenerse en cuenta, a los fines de decidir al respecto. Se consagra, de esta manera, la capacidad progresiva del sujeto menor de edad.

Sin embargo —hay que destacarlo—, en el sistema de la ley, será el representante legal del niño quien, en definitiva, aceptará o rechazará la terapia o procedimiento médico o biológico en cuestión, en ejercicio de la representación legal.

Entiendo que hubiere sido conveniente introducir la posibilidad de que el sujeto, en los casos que nos ocupa, a partir de los dieciséis años sea quien decida sobre tales terapias o procedimientos.

La ley de “Identidad de Género” también dedica específicamente normas sobre la situación de los menores de edad. Se diferencia según estemos en presencia de un mayor de edad o de un menor de edad. En principio, se debe acreditar la edad mínima de dieciocho años (conf. art. 4º) para la solicitud de la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila o imagen, cuando no coincida con su identidad de género autopercebida.

Sin embargo, se contempla la hipótesis de que dicha solicitud sea de un menor de edad, en cuyo caso deberá ser efectuada por el representante legal, aunque con expresa conformidad del menor (conf. art. 5º).

En el Proyecto de la Diputada Diana Conti y otros (1) se contemplaba expresamente la situación de los

menores de edad a partir de los 16 años, destacándose la idea de que es la propia persona quien debería tomar la decisión al respecto. Surgía, claramente, la aplicación de la capacidad progresiva del sujeto, pues no obstante su condición de sujeto incapaz, se le reconoce la suficiente entidad como para lograr el cambio respectivo. Se contemplaba, además, la particular situación de aquellas personas entre los 14 y 16 años de edad.

Sin embargo, ha prevalecido el criterio de establecer como línea divisoria la mayoría de edad -18 años-, para diferenciar las distintas situaciones jurídicas, en punto a la capacidad del sujeto. En efecto, el texto sancionado, en su art. 5º, bajo el título *Personas menores de edad*, prescribe: “Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.”

Por lo tanto, en lo que respecta a la capacidad del sujeto, se exige la intervención de los representantes legales, las que deben contar con la conformidad del menor de edad. También aquí emerge la aplicación de la capacidad progresiva del menor de edad, para su debida intervención en la toma de decisiones.

A mi entender, la relación jurídica establecida es equívoca, pues el acto jurídico debería ser realizado por el sujeto de derecho involucrado —menor de edad, en el caso—, es decir, quien solicita la rectificación registral y el cambio de nombre e imagen.

En efecto, el menor de edad es quien debiera dar el correspondiente *consentimiento* y, en todo caso, los representantes legales la autorización, en ejercicio de la patria potestad.

(1) Proyecto de los Diputados Diana Beatriz Conti; Vilma Lidia Ibarra; Laura Alonso; Victoria Analía Donda Pérez; Martín Sabbatella; Marcela Virginia Rodríguez; Remo

Gerardo Carlotto; Paula Cecilia Merchan; Juliana Di Tullio; Margarita Rosa Stolzberger; Claudia Fernanda Gil Lozano; María Luisa Storani. (Nº de Expediente 8126-D-2010).

II. La capacidad

Sabido es que la Convención sobre los Derechos del Niño provocó un cambio sustancial en el régimen legal interno en cuanto refiere a la capacidad del sujeto.

El sistema tutelar está basado en la negación de derechos fundamentales del niño, siendo alguien que merece protección y dirección por parte de sus representantes legales. La figura de objeto de tutela es visible en esta ideología. En cambio, en el régimen de la Convención, y sin perjuicio de la representación legal, el niño tiene derechos y garantías que deben respetarse para decidir sobre cuestiones personales y patrimoniales que lo afecten. Lo cual significa que el niño debe intervenir activamente en las cuestiones que le atañen. (2) Por aplicación de ello, emerge el concepto de capacidad progresiva del sujeto.

Con ello, se pone en crisis el concepto jurídico tradicional de la división estática entre capacidad-incapacidad que caracterizó históricamente a la cultura jurídica. Desde otros campos del saber, se cuestiona este criterio estático cuando estamos en presencia de cuestiones atinentes a la salud. La puesta en crisis de ese concepto jurídico ha generado la inclusión de una nueva noción en la relación médico-paciente, cual es el de la “competencia”, de origen claramente bioético y no jurídico. En este sentido, la *competencia* de un sujeto es la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se halla sometido y, de esta manera, discernir las consecuencias para asumir una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores.

Cabe determinar en cuestiones como las que nos ocupa el rol de los padres –o sus representantes legales– en el sentido de la incidencia que ostentan, en ejercicio de la representación legal.

La tensión que se presenta entre la patria potestad y la autonomía de la voluntad del sujeto menor de edad, lleva a precisar en qué medida y alcance los padres pueden decidir sobre sus hijos menores de edad y, por otro lado, si los niños pueden decidir autónomamente sobre tales tópicos.

Por lo demás, el sistema de equilibrio entre la patria potestad y la capacidad progresiva, en el aspecto que nos convoca, debe contemplar esencialmente un régimen que, en la medida de lo posible, evite la judicialización de la misma.

Sabido es que la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una participación e intervención del niño en todas las cuestiones que le atañen, sin

perjuicio de su condición de su incapacidad hecho. Se instala y focaliza la influencia de la voluntad de los niños en las decisiones que deben adoptarse respecto de sus personas y de sus bienes. Se consagra así un importante protagonismo del niño, en cuanto le reconoce mayor intervención en los actos que le competen y afectan.

Este reconocimiento implica destacar la autonomía de la voluntad del sujeto, a pesar de su condición de menor de edad, (3) acorde con la nueva concepción en la materia, superando el clásico binomio capacidad-incapacidad.

Aplicando los lineamientos del instrumento internacional y de la ley 26.061, y a la luz de tales principios, consideramos que en materia de identidad de género, cuando se trata de personas menores de edad debe tenerse en cuenta su decisión y voluntad para producir el cambio de sexo. Es decir, el *consentimiento* debe ser otorgado por el niño y no por sus representantes legales. Aquí la patria potestad, a mi entender, no llega a justificar la decisión de sus representantes legales, en ejercicio de la misma, dado que se trata de un acto personalísimo.

Lo avala la circunstancia de que estamos ante un derecho personalísimo, constitutivo de la dignidad de toda persona de poder elegir y decidir libremente.

Determinado que se trata de una decisión propia de la persona que pretende el cambio registral —precisamente, estamos hablando de *identidad autopercebida*—, debemos preguntarnos cuál es la edad que debe tenerse en consideración para tomar la decisión del cambio de sexo.

Ciertamente que la madurez del niño influirá, decididamente, en la solución que deba adoptarse. Cuanto mayor sea la edad y madurez, más decisiva será su voluntad. Emerge aquí la importancia de la capacidad progresiva del niño. Esta última condice con la idea

(3) Cabe recordar, al respecto, lo preceptuado en la ley 26.529 (Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado), bajo el título de Autonomía de la Voluntad: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.” (inc. e, art. 2°). La ley, en consonancia con los nuevos paradigmas en la materia, consagra expresamente la capacidad progresiva del sujeto menor de edad. Y ello resulta atinado, pues, la decisión acerca de la disponibilidad de su propio cuerpo no puede quedar enmarcado dentro de la representación legal sino en el ámbito específico del derecho personalísimo del sujeto.

(2) Al respecto, puede verse SOLARI, Néstor E., “La niñez y sus nuevos paradigmas”, p. 9, Ed. La Ley, 2002.

de sujeto de derecho, como superador del régimen interno basado en el esquema tutelar clásico.

En cuestiones como las que nos ocupa creemos que a partir de los 14 años el sujeto puede decidir libremente sobre el cambio de sexo registral, con todas las consecuencias que ello implica. Ostenta la suficiente madurez como para elegir su proyecto de vida, en cuanto a su verdadera identidad de género. Dilatar el cambio respectivo o someterla a la voluntad de los representantes legales ocasionaría un daño irreversible del niño que se encuentra pleno desarrollo individual en su vida de relación.

De ahí que, no obstante su condición de incapaz, sujeto a representación legal, su voluntad debe ser respetada para decidir, *administrativamente*, el respectivo cambio registral. Destacamos el aspecto “administrativo”, pues se debe evitar, en lo posible, la judicialización para llevar adelante el cambio registral.

Es decir, la solicitud del cambio de sexo se inscribe en el concepto de autodeterminación del sujeto. De tal modo, los padres —o sus representantes legales— no podrían decidir en contra de su voluntad o querer interno. Expresa, por lo demás, la efectivización del derecho a la dignidad de la persona.

III. La figura del abogado del niño

La ley de “Identidad de Género” introduce expresamente la figura del abogado del niño, lo que resulta un acierto, porque compatibiliza con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y con la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Asume un papel fundamental en esta ley la figura del abogado del niño, porque refuerza la idea de sujeto de derecho, al otorgársele la defensa técnica en el procedimiento para el correspondiente cambio registral.

En verdad, el reconocimiento del niño al patrocinio letrado está enmarcado en el sistema de derechos y garantías. En este contexto, surge claramente que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (4)

como la ley 26.061, (5) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, garantizan la figura del abogado del niño en todas las causas judiciales en donde intervengan menores de dieciocho años de edad.

Por lo tanto, el derecho a ser asistido por un letrado, integra una de las garantías mínimas del procedimiento, de conformidad a lo preceptuado en el inciso c, del art. 27 de la ley 26.061. Tal designación debe garantizarse desde el comienzo mismo de cualquier cuestión en que se halla involucrado el niño o la niña, pues el inciso de referencia consigna expresamente “desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo”.

Asimismo, este derecho debe efectivizarse a pedido de parte o aún de oficio. El juez tiene facultades de ordenar que se designe un letrado patrocinante, en cumplimiento de la ley, dado que el último párrafo del art. 2º de la ley 26.601, establece: “Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. La misma ley prevé las consecuencias de las medidas adoptadas, ante la omisión de los mismos (art. 1º, tercer párrafo, ley 26.061).

En consecuencia, estamos en presencia de una garantía mínima del procedimiento, tanto administrativo como judicial, instituido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, prevista como defensa técnica de sus derechos en el proceso judicial. En tal sentido, dichas disposiciones exigen que el abogado del niño actúe en condiciones de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua.

(5) El art. 27, denominado Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos, establece: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

(4) En el instrumento internacional, la figura del abogado del niño aparece en cuestiones relacionadas con aspectos penales. En efecto, el art. 37, inc. d, señala que todo niño privado de su libertad tendrá derecho “a la asistencia jurídica”. Asimismo, el art. 40, inc. b, apartado ii, prescribe que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantiza que “dispondrá de asistencia jurídica”. En verdad, la asistencia jurídica que habla la Convención sobre los Derechos del Niño no es sino el patrocinio letrado, debiéndose aplicar en todas las situaciones en donde el niño se encuentre involucrado.

Esta distinción, por lo demás, surge expresamente en el decreto 415/2006, que reglamenta la ley 26.061, en su art. 27, despejando toda duda al respecto. (6)

Por lo tanto, la asistencia técnica, consistente en la designación de un letrado patrocinante, es un derecho del niño, previsto tanto a nivel constitucional como infraconstitucional, que no puede omitirse, sin violar elementales garantías constitucionales.

Asimismo, el derecho al patrocinio letrado es de todo niño, independientemente de su edad, sin distinguir entre menores y mayores de catorce años, como se ha pretendido. (7) Cuando la ley 26.061 hace referencia al patrocinio letrado en todo momento alude a “niños”, sin distinguir edades. Es decir, el derecho del niño a tener un abogado no se halla

(6) Dice el primer párrafo: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público.”

(7) Al respecto, puede verse nuestro trabajo: “El derecho del niño al patrocinio letrado”, Doctrina Judicial 2007-1-602.

condicionado a su capacidad para elegirlo sino como garantía de su derecho a la defensa en juicio.

Acorde con esta perspectiva, la ley de “Identidad de Género”, en el art. 5º, en su primer párrafo, última parte, determina: “*Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño previsto en el artículo 27 de la ley 26.061*”

La previsión legal puede calificarse de acertada y novedosa. Es *acertada* porque la misma se inscribe en la moderna tendencia de considerar al niño como sujeto de derecho, garantizándole su derecho a la defensa técnica. Por lo demás, resulta *novedosa* porque la figura del abogado del niño se la asocia con el procedimiento judicial, propiamente dicho. Con esta inclusión, la iniciativa fortalece el criterio de la ley 26.061, al señalar que la defensa técnica del niño, como garantía mínima del procedimiento, comprende tanto la faz judicial como la administrativa, tal como prescribe la ley.

En definitiva, su intervención en el ámbito administrativo viene a reforzar y garantizar el cumplimiento de las previsiones de orden constitucional y de las leyes internas vigentes. ♦

LA MODIFICACION DE LA LEY 26.529

POR NELLY A. TAIANA DE BRANDI Y MARITEL M. BRANDI TAIANA

En muchos aspectos, la constitucionalización de los tratados de derechos humanos en 1994 incentivó la labor científica interdisciplinaria, motorizó la sanción normativa e iluminó la actividad jurisdiccional en aras a asegurar la operatividad de aquéllos.

En noviembre de 2009, la sanción de la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6) sobre los *“derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”* constituyó un hito destacado en la prosecución de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Si bien el reconocimiento expreso se circunscribe al plano de la salud, la interpretación armónica y teleológica de la norma dentro de nuestro derecho positivo permite colegir su extensión a cuestiones de la vida diaria y aún inherentes a la administración del propio patrimonio.

Significó el rescate y actualización de paradigmas que están en el ser del hombre desde sus orígenes aunque en tantos tramos de la historia opacados, y aún quebrantados, por concepciones hegemónicas, paternalistas, autoritarias que han pretendido anteponer el *saber*, la *decisión omnipotente* de terceros, de la familia primero, del Estado después y del médico por último a la libertad y dignidad del hombre, a la inviolabilidad de la persona, al reconocimiento de su calidad de tal por sobre diferencias transitorias o permanentes y grados de discapacidad, y al reconocimiento de la voluntad individual.

Nunca es menos *cosa* y más *sujeto de derecho* el hombre que en la senectud o en la enfermedad, más aún en la *enfermedad crítica*, crónica o no, esa que compromete su supervivencia en un tiempo eventualmente cercano, debido a alteraciones de una o más funciones de sus órganos o sistemas, expuesta

a un sufrimiento físico, psicológico y/o existencial insoportable.

Esa persona vulnerable es el sujeto fin y a quien protege la Ley 26.529 al liberar al médico de su *obligación de curar a cualquier precio* y reivindicar como su misión actual el *curar, acompañar, paliar y confortar*. ¿Existe acaso una mejor forma de observar a Hipócrates *“no entraré en casa de mis pacientes para su mal”*?

La ley garantiza la *interlocución médico-paciente* y la sujeción de aquel a la decisión del segundo en una relación en la que si bien no hay igualdad existe *simetría ética*.

Para que el paciente consienta es menester que esté inteligible y suficientemente informado. He ahí el *“consentimiento informado”* que garantiza la ley 26.529 en sus capítulos II y III.

Al enumerar los *“derechos del paciente”* en el artículo 2° del capítulo I, la ley plasma normativamente el reconocimiento por la comunidad de los *derechos personalísimos* con existencia anterior al derecho positivo, los enumera y los declara sujetos a su disposición en calidad de único titular. Solo en forma supletoria admite la intervención del tercero: el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el guardador de hecho y los familiares en forma sucesiva (art. 4° texto original).

Con remisión a la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) reconoce el derecho de los niños y adolescentes a participar en el procedimiento de decisión que será más determinante según su entendimiento. La interpretación armónica de la ley permite inferir la titularidad de iguales derechos en el enfermo incapaz.

Para así entender era suficiente recurrir al artículo 475 del Código Civil que dispone: “*Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces*”.

Tan personalísimos e invulnerables son para la ley los “*derechos del paciente*” que prioriza la voluntad de éste por sobre toda otra cuando ha sido manifestada con anticipación al momento de la práctica médica y ha devenido discapaz para resolver en esa instancia (art. 11 texto original). La ley hace el reconocimiento explícito de las “*directivas anticipadas*” o *actos de autoprotección*, cuya legalidad y validez han defendido y fundamentado estas autoras desde 1996, han sido incorporadas por iniciativa del doctor Julio César Rivera al proyecto de referencia al Código Civil, Decreto 468/92, se mantienen en el proyecto de reforma actualmente en trámite y han sido reconocidas legislativamente por las provincias de Río Negro, Neuquén, Chaco y ahora por Chubut en 2011.

No obstante, como operadores del Derecho, creemos que se está perdiendo, en la inminente Reforma del Código Civil, una oportunidad casi única de incorporar como vehículo jurídico para la manifestación de las directivas anticipadas el denominado “*poder preventivo*” entendido como instrumento idóneo en el que puede subyacer un acto de autoprotección, cualquiera sea su contenido, —distinto del habitual contrato de mandato— sujeto a reglas específicamente previstas ad-hoc referidas a la irrevocabilidad del mismo por una discapacidad sobrevenida, la posibilidad de, bajo determinados parámetros, ser revocado por el propio discapaz y a los supuestos y consecuencias de la renuncia por parte del apoderado. A nuestro entender, resulta insuficiente la letra del artículo 60 con relación a la posibilidad de conferir mandato, frente a la regulación específica del contrato de mandato y del poder como instrumento.

Recientemente, el 10 de abril de este año, el Congreso Nacional produjo un nuevo avance fundamental en la materia complementando la normativa sintéticamente expuesta al profundizar los alcances de los derechos del paciente y reforzar el carácter operativo de la ley cuya reglamentación, prevista en el artículo 24° del texto originario nunca llegó.

Concurrentemente con la noción de autonomía que la ley traduce en el derecho del paciente a decidir o rechazar prácticas médicas y del paciente menor de edad a *intervenir* en la toma de decisión médica, la norma modificatoria reconoce al *paciente que “presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”* —a

nuestro entender paciente critico—, como dueño de la transición entre la vida y la muerte, con derecho a rechazar la *obstinación terapéutica*, la realización de tratamientos o prácticas extraordinarias, desproporcionadas o que le “*produzcan un sufrimiento desmesurado*”, incluso los “*procedimientos de hidratación o alimentación*”. La ley reconoce al paciente el derecho a rechazar el *encarnizamiento terapéutico* y a optar por la “*ortotanasia*” aunque no utilice la palabra en su texto. Desconocemos si existe legislación extranjera que utilice este término aprobado en 1993 por la “Conferencia Episcopal Española” para distinguir la “*muerte a su tiempo*” de la “*eutanasia*” como conducta dirigida al “*acortamiento intencional de la vida*”.

A su vez, las resoluciones que se tomen en este sentido no suponen interrumpir “*las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente*”.

El artículo 5° de la ley indica los requisitos y extensión en cuanto al contenido que debe observar la “*información médica*” para ser considerada adecuada y la norma modificatoria incluye la información al paciente de su derecho a rechazar los tratamientos *distanásicos* enumerados, y aún “*procedimientos de hidratación y alimentación*” que a nuestro entender dudosamente caben en el concepto de distanasia, como así a exigir “*cuidados paliativos*”.

El artículo 6° de la ley de base consagra la obligatoriedad del “*consentimiento informado*” prestado por el paciente con carácter previo a la actuación médica. La modificación legislativa precisa en el mismo artículo que, en caso de la incapacidad o imposibilidad para prestarlo, pueden hacerlo las personas indicadas en el artículo 21 de la ley 24.193 (Adla, XLIII-B, 1344), que en su modificación —ley 26.066 (Adla, LXVI-A, 9)— incorpora al “*representante legal, tutor o curador*”, siempre que no exista manifestación expresa previa del discapaz.

Debemos detenernos en el texto del referido artículo 21° que reza: “En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma: a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de

dieciocho (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador. Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior...”

En la ley del paciente se acepta expresamente la aplicación analógica de este artículo previsto para el caso de fallecimiento al supuesto de discapacidad. Es importante señalar que la “misma persona mencionada” en ese artículo es el propio paciente, quien pudo haber realizado una manifestación expresa impartiendo instrucciones o designando al curador, el que en este caso, no será el último en ser escuchado —apartado i)— sino el segundo después del discapaz. Este criterio es reforzado por el reconocimiento de las directivas anticipadas.

En todo caso, acorde al derecho personalísimo en juego, prioriza la “participación” del enfermo discapaz “en la medida de sus posibilidades” con lo que se obvia el recurrir a la interpretación armónica normativa invocada ut-supra respecto de los menores.

El nuevo texto del artículo 10 de la ley modificatoria mantiene el carácter revocable del consentimiento informado en cabeza del paciente. También admite la revocación por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 respecto de las decisiones por ellos adoptadas, no de las adoptadas por el propio paciente. En todo caso está presente la *participación del paciente “en la medida de sus posibilidades”*.

El artículo 11 en su nueva redacción reconoce a toda persona capaz, mayor de edad, el derecho a proyectar la propia vida mientras es persona, hasta la muerte, y posibilita sin cortapisas la posibilidad del otorgamiento de las “directivas anticipadas”. Se trata de la manifestación unilateral con carácter vinculante en beneficio propio o *acto de autoprotección* como disposición válida y eficaz en cuestiones de salud, salvo que se trate de prácticas eutanásicas, para el supuesto futuro y eventual, que joven o mayor, sobrevenga una discapacidad (para los juristas) o una incompetencia (para los bioéticos) que prive al disponente total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar la voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

Mantiene la norma modificada la obligación del médico consagrada en la ley de base de “*aceptar las directivas*” y el artículo 11 bis desincrimina al profesional interviniente por el cumplimiento de ellas.

Sin embargo no consagra el derecho de este último a la “*reserva de conciencia*” siempre que asegure la continuidad de la asistencia del enfermo.

Regula la norma la forma que deben observar los disponentes en el otorgamiento de estos actos y prevé el “*escrito ante escribano público o juzgado de primera instancia*” en presencia de dos testigos.

Dicho “*escrito*” no puede ser otro más que la escritura pública, cuyas ventajas en cuanto a fecha cierta, juicio de capacidad del notario y matricidad, han sido ampliamente reconocidas y la hacen instrumento idóneo en estas cuestiones que facilitan, además, el debido asesoramiento multidisciplinario en las “*audiencias*” que exige todo acto notarial. Esta escritura pública constituye, además, requisito para el acceso al Registro de Actos de Autoprotección creados por los Colegios de Escribanos de cada jurisdicción. En este aspecto, la ley prevé que se requerirá la presencia de dos testigos. Esta exigencia, amén de considerarla innecesaria ante la fe pública con la que inviste el acto la presencia del juez o del escribano, nos lleva a preguntarnos qué sucederá con las directivas anticipadas otorgadas con anterioridad a la vigencia de la ley, cuando no se haya observado tal requisito que, por otra parte, debe ser verificado por los profesionales de la salud intervinientes de acuerdo con el artículo 11 bis del texto modificatorio para quedar liberados de responsabilidad civil, penal y administrativa.

En el mismo párrafo, pero aparte, la norma prevé la revocación, lo que no había hecho originariamente, y, al señalar que puede ser “*en todo momento*”, debe entenderse, dada la materia tan sensible, tan íntimamente humana que nos ocupa, que ella no requerirá forma tasada alguna y puede darse ante el médico que deberá actuar como lo dispone el artículo 4° inciso “f” modificado para el consentimiento informado “*debe dejarse constancia... por escrito en un acto que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto*”. Es más, no cabe duda que la voluntad de revocación deberá atenderse aun cuando sea manifestada por el discapaz sobrevenido imposibilitado para otorgar otros actos jurídicos.

Una vez analizado, en términos generales, el texto de la ley originaria y su modificación recientemente sancionada, nos parece importante detenernos en la limitación que contiene el artículo 11° respecto del contenido de las directivas anticipadas al prever la libertad de las mismas salvo en cuanto “*impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán por inexistentes*”. La misma originará múltiples interpretaciones a partir de que en nuestro derecho positivo no está tipificado como delito la eutanasia pero está penalizada la asistencia al suicidio y no hay atenuación de la pena en el “*homicidio por pie-*

dad”, salvo que procedan los eximentes generales. Entendemos, sin embargo, que la extensión en el contenido que pueden abarcar las directivas permite colegir que sólo quedan excluidas aquellas dirigidas a indicar acciones positivas tendientes a ocasionar la muerte, más aún al permitirse en el apartado e) del artículo 1° y en el apartado g) del artículo 5° “*rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable*”. Debe destacarse que en el artículo 1° se utiliza en cuanto al estadio terminal la disyunción “o”, mientras que en el artículo 5° se indica el copulativo “e” y la diferencia no es baladí dado que, en el primer supuesto se abre la puerta a una situación de enfermedad terminal incurable pero no irreversible.

En cuanto al rechazo de procedimientos de hidratación o alimentación, personalmente opinamos que, dada la trascendencia y envergadura de esa decisión, la ley debió haber previsto que ese extremo puntual sólo puede ser decidido por el propio paciente mediante manifestación directa o en las

directivas anticipadas y no por sus representantes legales, parientes, tutores o curadores no instruidos por aquél expresamente al efecto. Es más, en circunstancias como esta es donde se observa la relevancia de permitir que una persona, devenida incapaz, revoque una disposición otorgada con anterioridad mientras era capaz, si aún dentro de su cuadro de discapacidad, los médicos y asistentes están persuadidos de que su voluntad ha variado.

La consagración legislativa de estos temas es valiosa. Permite el ejercicio de la libertad y del derecho a la autodeterminación en aspectos profundamente personales e íntimos, sin perjuicio de que, a la hora de abordarlos y valorarlos, se vean comprometidas creencias y posiciones personales que, a nivel individual, pueden considerar equivocadas las decisiones que en su marco se adopten. Tener la libertad de decidir y considerar diferentes alternativas ante situaciones límite que incluso provocan en cada uno la modificación de paradigmas previos, no significa tomar la decisión única y personal de ejercitar esos derechos y, por tanto, no compromete la conciencia de los actores. ♦

REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE MUERTE DIGNA

POR EDUARDO LUIS TINANT

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La adjetivación de la muerte y sus dificultades. 3. Dignidad e integridad de la persona al final de la vida. 4. El debate ético y jurídico sobre la disponibilidad de la vida. 5. La ley de muerte digna. Análisis y reflexiones finales.

1. Introducción

El Congreso de la Nación acaba de sancionar la ley de “muerte digna”, que modifica la ley 26.529 (Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) en orden a la autonomía de la voluntad del paciente, reconociendo su derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. En el marco de esta facultad, agrega en sustancia la nueva ley, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al cese o no inicio de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado

control y alivio del sufrimiento del paciente. Del mismo modo, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

La flamante ley incorpora un nuevo artículo (11 bis) a la citada ley 26.529, estableciendo que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

2. La adjetivación de la muerte y sus dificultades

La adjetivación o calificación de la muerte humana no es novedosa. Seguramente como resultado de los intentos por definirla y por determinar cuando acaece efectivamente la misma. Como relata Philippe Ariès (*El hombre ante la muerte*, 1984), en su clásico estudio sobre las actitudes diferentes de los seres humanos ante la muerte, en la cultura de Occidente se habló de “muerte de uno mismo”, “muerte del otro”, “muerte domesticada” (Edad Media), y más cerca de nuestro tiempo, también de “muerte prohibida”, “rechazada u ocultada”. Sin embargo, como señala

Ricardo Rabinovich-Berkman, (1) en la era de la codificación (siglo XIX) disminuyó el interés por tal definición y determinación, reducido a sus efectos antes que a sus características, y ello quedó reflejado en el Cód. Civil argentino, cuyo art. 103 establece que “termina la existencia de las personas con la muerte natural de ellas” (noción de muerte *real*).

En la actualidad, suele denominarse “muerte intervenida o tecnológica”, en virtud del impacto de los medios tecnológicos que muchas veces alargan no ya la vida sino la agonía del enfermo. Igualmente, según el órgano considerado esencial y vital, (2) se la califica como “muerte cardiorrespiratoria”, término utilizado durante mucho tiempo, y como “muerte cerebral”, surgido a fines de la década de 1960, reemplazado a su vez por el de “muerte encefálica”, como diagnóstico neurológico (cf. arts. 23 y 24, ley argentina 24.193 de trasplantes de órganos) (Adla, XLIII-B, 1344). (3)

En tales adjetivaciones ¿cabe admitir el vocablo muerte *digna*? Por oposición, ¿muerte *indigna*? ¿Y

qué, de sus antónimos, vida *digna*, vida *indigna*? (4) En esa inteligencia, cabría hablar de ¿“vida carente de valor”? Serían lícitos ¿“el derecho o la ayuda a una muerte digna”? Desde otra mirada, la opción es ¿prolongar la vida a cualquier precio?, ¿o matar, o dejar morir? (5)

En todo caso, ¿se trata de permitir morir (v.gr., mediante el retiro del soporte vital en caso de tratamiento desproporcionado, como buena práctica médica que indica limitar el esfuerzo terapéutico)? Y por tanto, ¿del derecho a morir con dignidad? ¿o del derecho de vivir con dignidad la propia muerte? ¿Era necesario legislar sobre el tema a nivel nacional, o resultaba suficiente el criterio de la persona involucrada, con la participación médica y familiar y aun la del comité de ética consultado al respecto, en cada caso concreto?

Intentaremos desbrozar tales interrogantes, examinando si cabe o no considerar la cualidad-dignidad de la persona como calificativo-dignidad de su propia muerte. Ello nos permitirá efectuar algunas reflexiones sobre la reciente ley, empero sin que tal visión crítica aminore los aspectos positivos que asimismo apreciamos en su texto.

3. Dignidad e integridad de la persona al final de la vida

El principio de dignidad humana, por sí o funcionando a través de otros principios bioéticos y jurídicos, (6) alcanza específica concreción en los derechos humanos. Cumple así un rol unificador de toda la ética biomédica —nunca puede efectuarse un tratamiento que sea indigno para la persona— y del

(1) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, Trasplantes de órganos y tejidos, pp. 110/118, Astrea, Buenos Aires, 2007.

(2) Como sostiene Azoux Bacrie, Laurence (Vocabulaire de bioéthique, Médecine et société, Mort, pp. 78/80, Presses Universitaires de France, PUF, Paris, 2000): “La mort fut longtemps rattachée au moment où le cœur cessait de battre. Aujourd’hui, l’organe essentiel et vital n’est plus le cœur, mais le cerveau. La mort est assimilée à la mort cérébrale. Elle consiste en l’arrêt irréversible de toutes les fonctions du cerveau et du tronc cérébral”. Asimismo, Corine Pelluchon (L’autonomie brisée. Bioéthique et philosophie. Définition de la mort, p. 305, Léviathan, PUF, Paris, 2009) destaca que la definición de la muerte ha pasado de un criterio de muerte cardiopulmonar (detención de la respiración) a uno de muerte cerebral, evolución que se explica por los progresos obtenidos en reanimación y por la posibilidad de mantener a una persona en coma bajo respiración artificial. La muerte cerebral es definida así por la destrucción total del cerebro: “muerte cerebral completa” (Whole Brain Death, correspondiente en Francia al estado IV o estado de muerte cerebral), que incluye no sólo el cerebro superior (High Brain Criterion, equivalente a néo-cortex) sino también el cerebro inferior (Brain Stem Criterion).

(3) TAU, José María, Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico de muerte, Revista de medicina y bioética Quirón, vol. 30-4, pp. 14/22, La Plata, 1999; GHERARDI, Carlos R., Vida y muerte en terapia intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones, caps. 4 y 5, Biblos, Buenos Aires, 2007; TINANT, Eduardo Luis, La muerte como límite en la ablación de órganos y un fallo penal tan denso como cuestionable, Revista de Derecho de familia y de las personas, La Ley, Buenos Aires, n° 11, pp. 269/279, diciembre 2010.

(4) BORTZ, Jaime Elías (Bioética: hitos en la construcción de un nuevo paradigma, Revista de medicina y bioética Quirón, vol. 36, n° 1/3, pp. 47/53, La Plata, 2005) se pregunta al respecto: ¿Qué es una vida digna? ¿Solo la vida consciente es vida digna? Si así fuera, ¿qué habría que hacer con los que tienen la conciencia obnubilada o ausente en forma permanente o transitoria? La noción de dignidad, dice, puede variar en diferentes sociedades (v.gr., utilitaria, deontológica). De tal manera, la definición de muerte unida a la generación de nuevas tecnologías ha replanteado los distintos alcances de cuatro conceptos que parecen designar lo mismo, pero no lo hacen: Paciente (concepto médico), Ser (concepto filosófico), Persona (concepto moral), Individuo (concepto jurídico).

(5) Tal como cuestiona SPAEMANN, Robert, ¿Matar, o dejar morir?, en Cuadernos de Bioética, AEBl, n° 62, pp. 107/116, Murcia, 2007.

(6) Sobre la heterointegración de ambos principios, v. Tinant, Eduardo Luis, Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 40, 2009/2010, pp. 560/572, La Ley, La Plata, 2010.

propio derecho. Se trata de la dignidad de la persona y, por extensión, de la persona enferma. Los derechos humanos incluyen los derechos personalísimos del paciente, en particular, los de los enfermos en fase terminal y moribundos. (7)

Aun cuando la dignidad pueda presentarse como un concepto necesariamente vago, en cuanto no tiene deliberadamente definición alguna, ello no le hace ni incoherente ni inútil, sino antes bien principio eminente de las ciencias humanas y sociales en general. Noción clave y paradójica, a la vez, la dignidad de la persona normalmente funciona de modo indirecto a través de otros principios, cual telón de fondo de la teoría y la praxis de la bioética, pero siempre su rol es paradigmático y revela el sentido último de la actividad biomédica. De tal forma, la dignidad es definible por oposición: la noción de *indignidad*, (8) sustentada por la capacidad que tengamos de indignarnos ante una realidad injusta y la voluntad de cambiar la misma. (9)

(7) GHERARDI, Carlos R. (Ética en el final de la vida, Programa de Educación Permanente a distancia, II Curso de Bioética Clínica y Social, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, UNESCO, 2010) sostiene que los pacientes graves con riesgo de muerte deben ser categorizados según su situación clínica evolutiva, prescindiendo del tiempo de aparición de su enfermedad (agudo o crónico) y de la etiología de la misma. Con esta pauta, distingue cuatro estados de pacientes graves: 1) crítico, con una enfermedad aguda de rápido comienzo o evento agudo en el contexto de una enfermedad crónica de curso progresivo y persistente, 2) "sin esperanzas" (*hopelessly ill*), con una enfermedad de larga evolución pero finalmente letal, 3) terminal o muriente, con una enfermedad letal de plazo relativamente corto, y 4) moribundo o agonizante, cercana ya la presencia probable de la muerte.

(8) La dignidad es definible en todo caso por oposición: la noción de indignidad. Cf. ANDORNO, Roberto, *The paradoxal notion of human dignity*, Studi, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD), V, LXXVIII, n° 2, 2001.

(9) TEALDI, Juan Carlos, *Dignidad humana*, Diccionario latinoamericano de bioética cit., pp. 274/277, 2008. La indignación opera así como la fuente primaria de la moral y la razón de ser de las exigencias éticas, que son reconocidas en justicia por los derechos humanos. Toda ética, cualquier ética —sea o no de la medicina y las ciencias de la vida—, agrega el autor, requiere no sólo el saber sino también, y sobre todo, el dar cuenta de sí mismos al mundo en el que vivimos con la voluntad o el querer comprender y actuar para cambiar una realidad indignante y por ello injusta. Porque la indignación reclama por el valor incondicionado del valor humano y puede explicar a cualquiera en qué consiste aquello que llamamos la dignidad humana (que es nuestra y de los otros). La razón más válida habrá de ser entonces aquella que originada en las convicciones intuitivas y emotivas sobre el valor humano se sujete a la prueba de su reconocimiento racional, esto es, a la demostración

De tales postulados, basados en el valor que debe reconocerse al hombre por el solo hecho de serlo, y en la consideración de que porque subsistimos como seres dotados de espíritu somos personas, cabe extraer que los seres humanos somos los únicos seres que nos poseemos y nos determinamos voluntariamente. Los únicos que tenemos conciencia de nuestra propia existencia y de nuestra misión supertemporal. También, claro está, que tamaña condición nos asigna una gran responsabilidad, en todo caso superadora de una neutralidad al menos complaciente cuando se trata de debatir y resolver problemas que afectan la dignidad de la vida y las condiciones de la salud y el bienestar de las personas. (10)

Tratándose de la dignidad de la persona al final de la vida, la preocupación moral no puede centrarse únicamente en la mera subsistencia biológica. Por ser humana, la vida ha de ser reconocida en toda su dignidad. Los principios de respeto, conservación e inviolabilidad de la vida, primordiales, deben conjugarse a la luz de otros principios que demandan asimismo, como telón de fondo, el respeto de la dignidad y la integridad de la persona enferma y, llegado el caso, una serena aceptación de la finitud de la condición humana. (11)

No es lo mismo hablar de enfermedad, dolor y sufrimiento, y hacerlo de la *persona enferma* que sufre o siente dolor; sólo ésta es real; lo otro son "construcciones conceptuales, operativas y pragmáticas, de naturaleza relativa y no sustantiva". (12)

Por cuya razón, en el ámbito de la ética y el derecho y con relación a la toma de decisiones al final de la

(objetiva) de que una exigencia moral merece su reconocimiento universal.

(10) TINANT, Eduardo Luis, *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*, pp. 138/139, 2ª. ed., Dunker, Buenos Aires, 2010.

(11) El final de la vida, que evidencia que el ser humano es un ser finito que tiene conciencia de sus límites, ha dado lugar al estudio de la muerte como fenómeno metafísico y a la revolución tanatológica —tanatología es la disciplina que estudia las modificaciones del organismo a partir de haberse producido la muerte—, introduciendo el tema de la muerte como hecho biológico y, en especial, como acto personal, íntimo, al que se debe acompañar y asistir, cual capítulo filosófico-moral o tanatoética. De tal modo, la tanatoética participa de la bioética o, si se prefiere, la complementa (TINANT, Eduardo Luis, *El derecho al final de la vida*, Revista de Medicina y Bioética Quirón, vol. 40, n° 1, pp. 60/74, La Plata, 2009; *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos* cit., p. 108).

(12) MAINETTI, José Alberto, *La crisis de la razón médica. Introducción a la filosofía de la medicina*, Quirón, La Plata, 1988.

vida, (13) se vulnera la integridad de la persona si su reconocimiento depende de algún criterio externo y no del valor intrínseco de la misma, vale decir, si no se respeta la dignidad de la persona enferma y, por caso, su concreción jurídica específica: el derecho humano a la salud (que abarca la protección y la atención de la salud).

Como plantea la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL) en su “Declaración sobre la eutanasia” (2002), ¿se trata de una idea de dignidad como punto de partida (congénita) y/o como punto de llegada (calidad de vida)? En el marco de la filosofía de los cuidados paliativos, sostiene el documento, la dignidad del paciente es un valor independiente del deterioro de su calidad de vida (y tras preguntarse: “¿condiciones de vida indignas?”, responde: “indignas son las condiciones, ¡nunca la vida misma!”). (14)

Tal ponderación ha llevado a considerar “los cuidados paliativos y el tratamiento del dolor como derechos humanos”. Según recordara la Asociación Latinoamericana de Cuidados Paliativos en documento emitido en el año 2008, la OMS ha definido los cuidados paliativos como: “El cuidado activo y total de las enfermedades que no tienen respuesta al tratamiento curativo, siendo el objetivo principal conseguir la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias”. Entre sus objetivos específicos, cabe mencionar el alivio del dolor y otros síntomas, no alargar ni acortar la vida, dar apoyo psicológico, social y espiritual, reafirmar la importancia de la vida, considerar la muerte como algo natural, proporcionar sistemas de apoyo para que la vida sea lo más activa posible y dar apoyo a la familia durante la enfermedad y el duelo.

4. El debate ético y jurídico sobre la disponibilidad de la vida

En ese contexto, cuando la realidad clínica del paciente comienza a tornarse irremediable, la aspi-

(13) Aquellas decisiones que involucran a pacientes graves con riesgo de muerte y que pueden afectar su dignidad e integridad, así como tener un impacto significativo en la calidad, lugar y tiempo de morir.

(14) Declaración sobre la eutanasia, Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), Barcelona, 26 de febrero de 2002; www.secpal.com l. Nos recuerda el “Digna digne tratanda” (“tratar dignamente las cosas dignas”), síntesis cabal del concepto inserto en el pórtico de la Carta de la Bioética Clínica de la Associació Catalana d’Estudis Bioètics, ACEB (2006), “Compromisos básicos para los profesionales de la vida humana”. A saber: Honestidad intelectual; veracidad y transparencia, respeto a la persona, en su cuerpo y en su autonomía; competencia profesional; lealtad con el paciente y con los compañeros de profesión.

ración sobre si ¿es posible decidir vivir, sólo por acto de voluntad?, sin perjuicio de continuar brindando al paciente los cuidados paliativos mínimos, cede paso a la cuestión más importante en el debate sobre el fin de la vida, vinculada con, decidir morir, o ayudar a morir (¿eutanasia, suicidio asistido?), dejar morir, o permitir morir (abstención o retiro de la reanimación o del soporte vital), en suma, *qué se decide*. Cuestión que, como planteara Robert Zittoun (director del Centro de Cuidados Paliativos, Hôtel-Dieu, París), conduce a la dificultad central: *¿quién decide?* En derecho, el paciente; ¿en los hechos, el médico? Dialéctica singular aparente, precisa el autor, porque suelen intervenir familiares y otros integrantes del equipo profesional interdisciplinario actuante, ampliando los puntos de vista. El eje de la discusión entonces es el *cómo se decide*. (15)

En nuestro país fueron elaborados diversos proyectos de ley a nivel nacional en la materia, tales como: *Tratamiento de la eutanasia*, ref. Código Penal, proyectos de: Coll-Gómez, 1937; Peco, 1941; Soler, 1960; Jiménez Montilla, 1986; *Prolongación artificial de la vida humana*, Polo; *Derechos de enfermos terminales*, Bonino; *Morir con dignidad*, Alvarez-Corchuelo Blasco, empero, sin que prosperase ninguno de ellos.

Tal vez haya prevalecido entonces la prevención de que la responsabilidad moral en la toma de decisiones puede verse alienada en provecho del respeto por la estricta norma jurídica —sobre la base de que si un sistema enmarca los últimos momentos de la vida es de temer que la muerte se normalice en exceso—, en cuya virtud se ha sostenido que “tampoco en este caso es deseable que la medicina transfiera el poder al derecho”. (16)

5. La ley de muerte digna. Análisis y reflexiones finales

Hoy, una vez más, se habla de “muerte digna”. Así se denomina la ley sancionada en el marco de la petición de familiares directos de personas involucradas en situaciones límite sobre la necesidad de legislar al respecto, que tomaron estado público a través de los medios de comunicación, y tras debatirse diversos

(15) ZITTOUN, Robert, La fin d’une personne: qui en décide?, capítulo de *La fin de la vie: qui en décide?*, pp. 29/41, Forum Diderot, Presses Universitaires de France (PUF), París, 1996. Cabe agregar que, en abril de 2005, Francia adoptó una ley sobre “el acompañamiento del fin de la vida”. Esta norma no legaliza la eutanasia, pero sí define el derecho a “dejar morir” a los enfermos sin esperanza de curación o en fase terminal.

(16) BAUDOUIN, Jean-Louis y BLONDIEU, Danielle, *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, p. 103, Herder, Barcelona, 1995.

proyectos de ley presentados. (17) “Si no hay vida digna, debe haber muerte digna”, aseguró la familiar de una niña que “murió con dignidad” y que contó públicamente su historia en la audiencia conjunta de las comisiones de Salud, Legislación General, Presupuesto y Hacienda, y Trabajo, que significó el inicio de tal debate.

Cabe señalar que el concepto de “muerte digna” (adoptado por el nuevo texto legal, art. 6°, mod. art. 11, ley 26.529 cit.) (Adla, LXX-A, 6), no debe confundirse con el concepto de “prácticas eutanásicas” o “eutanasia”, punible bajo la figura de homicidio aunque signifique “buena muerte”. La “muerte digna” posibilita la aceptación o el rechazo de tratamientos médicos y/o el ajuste o la limitación de esfuerzos terapéuticos (LET) como buena práctica médica, por ejemplo, en caso de intensidad desmedida del soporte vital en un paciente con enfermedad irreversible, evitando así la obstinación o el empecinamiento terapéutico, mientras que la eutanasia plantea una conducta intencionalmente dirigida a poner fin a la vida de una persona que padece una enfermedad terminal por razones compasivas y en un contexto médico. La eutanasia es el reverso de un activismo (mistanasia) que tiene que “hacer algo” hasta el último momento. Entonces, si ya no puede conseguirse que una persona siga viviendo (o sobreviviendo), hay que hacer que muera. Ni una cosa ni la otra pueden justificarse. La medicina ya no puede seguir el principio de sostener toda vida humana de cualquier manera. No puede hacerlo por razón de la dignidad humana, que también justifica el permitir morir de una forma humanamente digna.

De tal forma, no poner o quitar un mecanismo de soporte vital bajo determinadas circunstancias estaría comprendido en lo primero, sin que esto implique privar al paciente de los cuidados paliativos mínimos, entre ellos, además de la nutrición y la hidratación con el alcance que aconsejen tales circunstancias y los cuidados higiénicos, los cuidados afectivos, espirituales y psicológicos imprescindibles. (18)

(17) En total, los senadores presentaron cinco proyectos que abordan la modificación de los derechos del paciente, el consentimiento informado, la protección de la calidad de vida frente a diagnósticos médicos y la incorporación del Registro de Voluntad Anticipada para que cualquier persona pueda consignar su decisión ante una eventual situación límite, contemplando la limitación de los tratamientos médicos que mantienen a una persona con vida, no así a la facilitación directa de la muerte.

(18) TINANT, Eduardo Luis, *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos cit.*, pp. 107/108. Como bien se ha dicho, en el final de la vida, “cuando todo está por terminar”, en rigor, “todo está por empezar”, y la comprensión, el afecto, el amor de piel, de familiares y amigos, expresado en palabras y caricias, amén de tales cuidados,

La nueva ley, como vimos, se refiere al derecho que tiene el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. De tal modo, según hemos dicho en reciente trabajo, (19) la aplicación del principio de proporcionalidad (20) puede ayudar a apreciar la proporción o desproporción entre los fines y los medios en el campo de la medicina intensiva y paliativa ante el denominado imperativo tecnológico en boga. Cuando la técnica actualmente disponible y aplicada a la medicina (por ejemplo, los soportes vitales), sustituye como medio a los fines puede producirse una inversión de las metas de la medicina. Soberanía de los medios, sin un control ético de sus fines, que puede llevar a consentir la aplicación indiscriminada de algún soporte vital justificando cualquier fin. La traducción de este imperativo tecnológico (“porque se puede se debe”) resulta entonces el sustrato de formas indignas de morir con sufrimiento, aislamiento y desfiguración.

¿Qué es lo que tiene que proteger y cuidar el médico? ¿La vida? ¿El enfermo? ¿Someter al soporte vital a un paciente irrecuperable, es adecuado o equivocado? En tales situaciones clínicas, el profesional debe acudir a los principios de la medicina paliativa, basados en el axioma: “cuando ya no se puede curar, hay que cuidar y confortar, aliviar y consolar, tanto al paciente como a sus familiares”, asumiendo el dilema de que no todo lo que es técnicamente posible resulta éticamente aceptable, por cuya razón debe evitarse tratar a los enfermos recuperables como si fueran a morir y a los enfermos moribundos como si se fuesen

pueden tener verdadero efecto balsámico para la persona enferma.

(19) TINANT, Eduardo Luis, “Muerte digna”. La adjetivación de la muerte y sus dificultades, Libro de las XI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Dra. Alicia Moreau”), Claudina Orunesu y Pablo Slavin, compiladores, pp. 625/642, Mar del Plata, noviembre 2011.

(20) Desde el punto de vista médico y bioético, el principio de proporcionalidad significa considerar los beneficios y perjuicios que presuponen para el paciente el diagnóstico de su enfermedad y la consiguiente aplicación de determinados tratamientos, ponderando si éstos son proporcionados o desproporcionados al fin terapéutico perseguido, en función de las decisiones que se pueden y/o deben tomar en tales situaciones límite.

a recuperar. Así, la internación de pacientes en unidades de terapia intensiva tiene limitaciones no sólo médicas, sino también éticas y jurídicas. (21)

Como ha señalado José María Tau en caso que anotara, aludiendo metafóricamente a “palabras que matan”, no es apropiado rechazar todo método artificial de sobrevida “*por no considerar (a ésta) autónoma y consecuentemente digna*”, pues tal opinión sugiere negativamente una identificación entre autonomía y dignidad. La persona es digna por sí misma y esa cualidad intrínseca no puede perderla por más incómodos o crueles que sean los métodos empleados, o disminuida que sea su autonomía, por lo que cabe distinguir claramente esa dignidad-cualidad de la vida humana, de las condiciones de vida y su frecuente calificación de *dignas* o *indignas*. Proceso de “muerte digna” —que suscita análogos reparos: la dignidad se refiere a las condiciones o a la forma de morir, antes que a la muerte, en sí misma ajena a toda calificación—. En su lugar, cabe hablar de morir de una manera digna. Como precisa el autor, no es un mero juego de palabras. Toca el corazón de una áspera cuestión de la filosofía moral, como la que plantea la relevancia de la intención del agente en la justificación del obrar humano, aspecto clave en la apreciación de las conductas. Adquiere entonces toda su relevancia moral y jurídica, la diferencia entre intención de morir y pretender vivir la propia vida con dignidad hasta el final. (22)

Por las razones expuestas, hubiésemos preferido, en lugar del calificativo “muerte digna”, la noción de “decisiones al final de la vida”, referida según vimos a aquellas decisiones que involucran a pacientes graves con riesgo de muerte y que pueden afectar su dignidad e integridad, así como tener un impacto significativo en la calidad, lugar y tiempo de morir,

(21) Cf. FRACAPANI DE CUITIÑO, Marta, Bioética. Limitaciones de tratamiento, Proporcionalidad terapéutica, Terapia intensiva, Enfermos terminales, pp. 97/147, Lumen, Buenos Aires, 1997; DE SIMONE, Gustavo - TRIPODORO, Vilma, Fundamentos de cuidados paliativos, El final de la vida: toma de decisiones, pp. 77/82, Pallium Latinoamérica, Buenos Aires, 2004. Por su parte, la Asociación Argentina de terapia Intensiva considera apropiado retirar el soporte vital en los siguientes supuestos: Cuando no haya evidencia de la efectividad buscada y se presume que no se obtendrá en el futuro; cuando mantener este soporte solo signifique mantener y prolongar un cuadro de inconciencia permanente e irreversible; cuando el sufrimiento sea inevitable y desproporcionado al beneficio médico esperado; cuando se conozca fehacientemente la voluntad del paciente.

(22) TAU, José María, Protocolizar el “axiograma”: enfermedad neurológica irreversible y rechazo de medios sustitutivos de funciones vitales a permanencia, Revista de medicina y bioética Quirón, vol. 36, n° 1/3, pp. 91/102, La Plata, 2005).

reservando la cualidad-dignidad para la propia persona. Ello exige, fundamentalmente, respetar la voluntad del paciente, actual o anticipada, sobre cómo desea ser atendido en el final de la vida, en el marco del derecho a aceptar o rechazar determinados tratamientos y elegir otros, decisiones que pueden incluir la forma en que desea morir. A la postre, el momento de la muerte es siempre un acto personal, íntimo. Pero también, reconocer que el morir es un proceso, que comenzó antes, con el acompañamiento del muriente, y terminará después, en la elaboración del duelo familiar.

No obstante, la ley que acaba de sancionarse puede contribuir a regular y también a orientar la honda problemática humana comentada. Por de pronto, garantiza el derecho de los enfermos terminales a rechazar cirugías, tratamientos médicos o de reanimación para prolongar no ya su vida sino su agonía.

En tal sentido, viene a consagrar legalmente a nivel nacional un concepto jurídico ya maduro en nuestro derecho, a la luz de los aportes de la bioética y la bioética jurídica. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció expresamente el derecho a rehusar tratamientos médicos ya en causa “Bahamondez”, 6-IV-93 (LA LEY, 1993-D, 130) (v. los seis votos fundados en tal sentido), sobre la base de que el titular nato del derecho a la salud es el propio paciente. Con anterioridad lo habían hecho, CNCiv., sala H, 21-II-91, causa “Jacobson” (LA LEY, 1991-B, 363, con nota de Jorge Bustamante Alsina, “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, ED, 144-122, JA, 1992-II-306); Juzg. Crim. n° 3, Mar del Plata, 3-V-91, causa “Navas” (LA LEY, 1991-D, 79). Luego fueron numerosos los pronunciamientos judiciales, abonados por una creciente buena práctica médica en análogo sentido. Igualmente la mentada ley 26.529 de los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud es un claro testimonio al respecto.

Desde que la intervención médica requiere el consentimiento libre e informado del paciente es lógico pensar que éste puede aceptar o rehusar la terapia que se le propone. De ello se desprende la imposibilidad jurídica para el médico de imponer un tratamiento que el enfermo no quiera. El derecho que tiene todo individuo mayor de edad que no esté privado de discernimiento de rechazar la práctica aconsejada constituye así la base de la doctrina y de la jurisprudencia en el dominio del tratamiento médico. (23) Es suficiente la expresión de voluntad del

(23) Cf. MEMETEAU, G., DIJON, X., PENNEAU, J., VERON, M., LEVASSEUR, G., y jurisprudencia judicial y administrativa

paciente que el profesional ha de verificar evitando un interrogatorio acerca de la naturaleza de sus motivaciones, sobre todo cuando le conduzca a un juicio de valor y a inmiscuirse en su libertad religiosa o de pensamiento. (24) En ningún caso puede imponerse un procedimiento terapéutico, ni siquiera en aras de la prolongación de la vida del enfermo. Dejarse morir por causa de enfermedad natural no es equiparable al suicidio, y es el individuo quien opta libremente. Están en juego el derecho a la vida privada y las creencias religiosas, y eventualmente el derecho a una “muerte digna”. (25) Entre las cuestiones éticas y jurídicas que plantea el tema se destaca el deber del médico de informar al paciente sobre la exigencia del tratamiento indicado, permitiéndole evaluar las consecuencias de su rechazo, en especial las que pueden poner en riesgo su salud y aun su vida. Igualmente si extiende su negativa a un tratamiento alternativo: la decisión siempre le pertenece. (26)

francesas, citados por BYK, Christian, *Sang Humain, Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, Feuilles 21, p. 2227, octubre 1999, Legislatives, Montrouge Cedex. V. asimismo, LORENZETTI, Ricardo, *Derecho a rechazar tratamientos médicos y el derecho a morir en la reforma del Código Civil*, JA, 1994-II-844; *Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos*, LA LEY, 1997-F, 601; KRAUT, Alfredo J., *El derecho a rechazar un tratamiento*, JA, 1997-II-898. En el plano legislativo, el art. 19 del dec. ley 17.132/67 (Adla, XXVII-A, 44) (Ley de ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración; Adla, XXVII-A, 44) dispone que los profesionales que ejerzan la medicina “...deben respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”.

(24) Cf. BYK, ob. cit., p. 2268 B; GODOY, Alain, *Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea*, Cuadernos de Bioética, n° 6, p. 41, Buenos Aires, setiembre 2000. Id. Lorenzetti (*Derecho a rechazar... cit.*, p. 856), precisando sobre el deber de respetar la regla de autodeterminación: “Es suficiente con la expresión de voluntad, sin necesidad de dar justificaciones. La desautorización de decisiones fundadas en creencias minoritarias viola la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179)”. Para los jueces Fayt y Barra (sus votos en causa “Bahamondez” cit.) se debe respetar la voluntad del paciente “...con total independencia de las motivaciones de su decisión, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución nacional en la más elemental de sus interpretaciones”, infringiéndose de ello similar deber del médico actuante.

(25) RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil*, parte general, t. 2, n° 741, p. 47, Buenos Aires, 1993; *Negativa a someterse a una transfusión sanguínea*, JA, 1993-IV, 568. Como precisa Lorenzetti, en el suicidio se pretende la supresión de la vida en tanto en el rechazo del tratamiento se pretende vivir con dignidad (*Derecho a... cit.*, p. 6).

(26) GARAY, ob. cit., p. 52. El rechazo, sea previo o concomitante a la intervención médica, no debe prestarse a duda en cuanto a su existencia y validez. De allí la importancia

De tal manera, entre los aciertos de la nueva normativa puede señalarse que tiende a delimitar el avance tecnológico en medicina, cuya versión extrema, encarnizamiento o empecinamiento terapéutico (distanasia), acude al empleo de todos los medios posibles, sean proporcionados o no, para retrasar el advenimiento de la muerte aun cuando no haya esperanza de recuperación.

La nueva ley constituye un gran paso a favor de la autodeterminación del enfermo, confirmando los avances ya registrados en la materia, y otro no menor hacia la superación de la llamada medicina defensiva, representada por el temor de los médicos acerca de que limitar el esfuerzo terapéutico, aun en casos que lo justifiquen, redunde en demandas judiciales en su contra por mala praxis. (27) En tal sentido, el citado artículo 11 bis que ha sido incorporado brinda un mayor respaldo jurídico a los profesionales de la salud en situaciones críticas. Contempla así no sólo la voluntad del paciente sino también la del profesional de la salud, de la que se desprende una posible objeción de conciencia del mismo. (28)

de la forma en que legítimamente se manifieste (cf. BYK, ob. cit., p. 2268 B).

(27) El problema de la medicina defensiva, propio de los médicos y que afecta a los pacientes, ha sido definido como “la indicación de un tratamiento médico teniendo en cuenta las necesidades percibidas por un profesional de resguardar primariamente su responsabilidad personal ante un eventual reclamo por mala praxis o la comisión de un delito, antes que de atender el bienestar de un paciente”: GHERARDI, Carlos, y GHERARDI, Natalia, *La medicina defensiva: un problema social*, en “Bioética: entre utopías y desarraigados”, comp. Sorokin, Patricia, p. 515, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002. Dicha práctica, que busca la protección de la posición del médico frente a un futuro reclamo por sobre el respeto de los principios que de otro modo debería regir la relación médico-paciente, da lugar entonces a un nuevo “reduccionismo”: la juridización del acto médico, pudiendo apreciarse cómo, tras una primera oleada de situaciones clínicas llevadas ante la justicia por médicos o instituciones de salud al negarse a aceptar la decisión del enfermo de rechazar el tratamiento indicado, ha avanzado una pretendida autorización judicial donde el médico ya no impone un tratamiento al paciente sino que se lo niega, obligándole a acudir a la justicia.

(28) Hemos definido tal objeción de conciencia fundada como el derecho del profesional de la salud de no intervenir en las prácticas médicas correspondientes, a condición de que aquella sea: a) idónea, lo cual significa que el profesional que invoque la objeción de conciencia debe declarar que la praxis autorizada violenta sus creencias o convicciones íntimas (sinceridad y seriedad de su oposición); y b) oportuna, esto es, que su decisión no ponga en peligro cierto ni la vida ni la salud del paciente para lo cual debe procurar ser reemplazado a tiempo (adecuada instrumentación). A salvo tales requisitos, nada obsta para admitir y justificar la libertad de conciencia —ejercida como objeción de conciencia— de

Además, aun cuando configure un marco normativo de algo que, de hecho, venía cumpliéndose, igualmente resulta importante porque, amén de los instrumentos jurídicos que consolida, instala el tema de la muerte y del buen morir en una sociedad que habitualmente se niega a debatirlos.

A modo de conclusión: la recta aplicación de la norma legal sancionada puede contribuir eficaz-

las personas que desempeñan el rol de terapeutas. Surge entonces un correlativo deber de las autoridades del hospital de respetar tal oposición y disponer el relevo pertinente (TINANT, Eduardo Luis, Antología para una bioética jurídica, pp. 73 a 75, La Ley, Buenos Aires, 2004).

mente a evitar que se ignore o niegue la decisión del paciente (actual o anticipada, expresada libremente), a condición de que se entienda que no se trata, ni de juridizar la muerte (plasmando un derecho a la muerte), ni de medicalizar el final de la vida (regresando a un biopoder médico en tales circunstancias), sino de permitir la llegada de la muerte de la persona (*allowing death to occur from natural causes*) (29) respetando, si la hubiere, su última voluntad o voluntad anticipada. ♦

(29) TINANT, Eduardo Luis, Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos cit., pp. 102/108.

LA CAPACIDAD DE DECIDIR SOBRE LA PROPIA VIDA

POR PAOLA ALEJANDRA URBINA

El Senado nacional sancionó recientemente, de manera unánime, la denominada ley de muerte digna, (1) que permite a los pacientes terminales (2) —o a sus familiares cuando éstos no pudieran hacerlo— rechazar los cuidados y tratamientos médicos-farmacológicos desproporcionados o extraordinarios, es decir, aquellos que prolongan la vida de forma artificial, gravosa y penosa (3) y no guardan, por ende, relación alguna con la perspectiva de mejoría. (4) Es de notar que esta decisión lejos de orientarse a provocar o imponer la muerte, atiende, —como bien lo sostiene Darío Cuneo—, (5) a una forma de aceptar y vivir su irreversibilidad en función de los valores con que la vida de ese paciente ha

sido vivida. Es que no someterse a una terapia que sólo postergaría por unos días, quizá, unas semanas la muerte, no es lesivo para terceros ni para otros aspectos del bien común.

Asimismo, determina que el único requisito para garantizar el derecho a decidir es el consentimiento informado del paciente, el que podrá ser suplido en caso de que exista una limitación física o psíquica por el cónyuge o conviviente, los hijos mayores de 18 años, los padres u otros familiares por consanguinidad.

Esto implica que antes de tomar la decisión y manifestarla, el paciente —o los familiares autorizados a tal efecto— deberán recibir por parte del profesional de la salud (6) información clara, precisa y adecua-

(1) En realidad, tratase de la modificación de la ley 26.529 que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

(2) Entiéndase por tales aquellos cuyo padecimiento es mortal a causa de una enfermedad u otro evento. Según HOOFT, Pedro Federico y MANZINI, Jorge Luis (2004). “El caso Cruzan ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?”, en *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, segunda edición, capítulo VI (pp. 81 a 98), el paciente tiene que estar en un estado vegetativo persistente, definido como la situación resultante de una lesión cerebral grave, en la que los pacientes, si bien no están en muerte cerebral no son capaces de recobrar vida cognoscitiva; presentan una patología de base que, en su evolución ordinaria, conduce a la muerte.

(3) MAGLIO, Paco (2008). *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía* Buenos Aires: Libros del Zorzal.

(4) Hacemos referencia aquí que la proporcionalidad o desproporcionalidad de los cuidados clínicos y tratamientos médicos farmacológicos en función de la relación costo-beneficio ha de resultar de una decisión suficientemente informada del paciente y/o de su familia.

(5) CUNEO, Darío Luis, “Los testamentos de vida y la voluntad a vivir dignamente”, *JA*, 1991-IV-666 a 672.

(6) El artículo 13 de la Ley 17.132 de ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas dice: “El ejercicio de la medicina sólo se autorizará a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Podrán ejercerla: a) Los que tengan título válido otorgado por universidad nacional o universidad privada y habilitado por el Estado nacional; b) Los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que hayan revalidado en una universidad nacional; c) Los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que en virtud de tratados internacionales en vigor hayan sido habilitados por universidades nacionales; d) Los profesionales de prestigio internacional reconocido, que estuvieran de tránsito en el país y fueran requeridos en consultas sobre asuntos de su exclusiva especialidad. Esta autorización será concedida a solicitud de los interesados por un plazo de seis meses, que podrá ser prorrogado a un año como máximo, por la Secretaría de Estado de Salud Pública. Esta autorización sólo podrá ser nuevamente concedida a una misma persona cuando haya transcurrido un plazo no menor de cinco años desde su anterior habilitación. Esta autorización precaria en ningún caso podrá significar una actividad profesional privada y deberá limitarse a la

da, entre otras cosas, sobre su estado de salud, el tratamiento propuesto, riesgos y las consecuencias previsibles de la no realización.

Entendemos que ello es así a fin de que el paciente —o sus familiares— pueda/n manifestar su conformidad o disconformidad a la terapéutica de forma voluntaria, consciente y libre, es decir, sin engaño o error. Ello implica —como lo ha dicho Ricardo Lorenzetti— que el paciente está en condiciones de decidir y no existen condicionamientos en su psiquis derivados de la medicación u otras circunstancias que puedan nublar la libre expresión del consentimiento. (7)

Esta decisión podrá ser revocada y los profesionales de la salud estarán obligados a acatar la marcha atrás dejando expresa constancia, en la historia clínica, de la nueva determinación.

Por otra parte, las personas capaces mayores de edad pueden instrumentar su voluntad a través de “directivas anticipadas”, (8) las que deberán formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos. No compartimos el recaudo de la escritura pública. Muy por el contrario, nos parece excesivo. No puede obviarse en ese sentido que el trámite es oneroso y ello, indudablemente, dificultará su adopción por parte de las personas de bajos ingresos.

consulta requerida por instituciones sanitarias, científicas o profesionales reconocidos; e) Los profesionales extranjeros contratados por instituciones públicas o privadas con finalidades de investigación, asesoramiento, docencia y/o para evacuar consultas de dichas instituciones, durante la vigencia de su contrato y en los límites que se reglamenten, no pudiendo ejercer la profesión privadamente; f) Los profesionales no domiciliados en el país llamados en consulta asistencial deberán serlo por un profesional matriculado, y limitarán su actividad al caso para el cual ha sido especialmente requerido, en las condiciones que se reglamenten; g) Los profesionales extranjeros refugiados en el país que fueron habilitados en virtud del artículo 4, inciso f) del decreto 6216/44 (ley 12.912) siempre que acrediten a juicio de la Secretaría de Estado de Salud Pública ejercicio profesional, y se encuentren domiciliados en el país desde su ingreso”. Accesible desde HYPERLINK “<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/norma.htm>”

(7) LORENZETTI, Ricardo, Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos, en LA LEY, 2005-E, 362 y ss.

(8) El término “directivas anticipadas” alude, en general, a cualquier documento utilizado por el adulto competente para tomar decisiones de cuidados de la salud para el final de la vida. Sobre las directivas anticipadas puede consultarse, por ejemplo, MANZINI, Jorge, Las directivas anticipadas para tratamientos médicos, en JA, 2011-IV-1265-1272.

Con todo, la norma garantiza la falta de responsabilidad médica civil y penal ante la decisión del paciente de renunciar a los tratamientos extraordinarios o desproporcionados. Es que los médicos deben luchar contra la muerte pero el paciente tiene derecho a aceptarla cuando se torna imposible impedirla (9) y, como contrapartida de esa facultad, cesa el deber del médico de prolongar su existencia a ultranza mediante todo tipo de tratamiento que suponga un encarnizamiento terapéutico.

Sin embargo, lamentamos que la propuesta considere a la hidratación y alimentación como ensañamiento terapéutico, admitiendo su rechazo cuando tenga como único efecto prolongar en el tiempo el estado terminal. Nótese, en este sentido, lo incongruente que resulta el texto legal pues, por un lado, en el artículo 1° permite rechazar determinadas prácticas médicas y, por el otro, dice que ello “...no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”. Se hace necesario destacar que la posibilidad de rechazar la hidratación y alimentación no resulta consistente con el concepto de muerte digna, que importa recibir de manera natural, la culminación del ciclo vital. La alimentación e hidratación no son ajenos a la manera natural de vivir el ser humano. Alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida. Por el contrario, quitar la alimentación e hidratación implica provocar la muerte del paciente por inanición.

El Magisterio de la Iglesia señala al respecto que la suspensión de dichos procedimientos médicos expone al paciente terminal, a la deshidratación y a la inanición, incurriendo en lo que se conoce como “eutanasia pasiva”, la cual consiste en dejar de proporcionarle al paciente un tratamiento que le es debido y cuya omisión puede ser desencadenante de la muerte. Con lo cual la comprensión del precepto en lo que respecta a este punto resulta a todas luces lesivo de la dignidad humana que es, precisamente, lo que los legisladores han buscado amparar al sancionar esta ley.

En suma, consideramos —no obstante las observaciones apuntadas— que la ley viene a implementar un marco regulatorio que permitirá al paciente —o

(9) Ello no implica desconocer que habrá algunos pacientes que no estarán dispuestos a aceptar la muerte y cuyos deseos de vivir los llevará a ponerse en manos de los profesionales de la salud que son los que tomarán todas las decisiones al respecto, pero no es este el caso que nos ocupa.

a sus familiares— vivir su propio modo de transitar el proceso del morir, (10) esto es, el cómo, el dónde y el junto a quién, evitando, de esta manera, condenarlo/s a un sufrimiento que no resulta tolerable, (11) esto es, el morir a solas en la inaccesible y deshumanizante terapia de un establecimiento, público o privado, despojado de conciencia, afectos y libertad de decisión.

(10) Nótese que en la gran mayoría de los casos, la muerte no ocurre en un instante, sino que se presenta como un “proceso”. MAGLIO, Paco (2008), *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía* Buenos Aires: Libros del Zorzal.

(11) Coincidimos con MAGLIO, Paco (2008), *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía* Buenos Aires: Libros del Zorzal sobre que el sufrimiento es la visión del propio enfermo, es su subjetividad y comprende tanto lo simbólico como la materialidad de su sufrimiento. La enfermedad, en cambio, es una categoría médica, un diagnóstico médico.

La cuestión no es entonces menor toda vez que muchos pacientes y/o familiares en nuestro país ansiaban no tener que emprender en tan álgido momento de la vida, lentos y costosos procesos judiciales para lograr decidir sobre la propia vida, lo cual implica —afirmamos aquí parafraseando a Rainer María Rilke—, (12) morir de nuestra propia muerte, no de la muerte de los médicos. (13) Cuestión que, afortunadamente, leyes como la que comentamos han logrado consagrar. Enhorabuena.

Sintéticamente expuesto, las modificaciones introducidas a la ley 26.529 quedan patentizadas en negritas en el siguiente cuadro comparativo:

(12) Poeta y novelista austro-germánico, considerado como uno de los más importantes e influyentes poetas modernos a causa de su preciso estilo lírico, sus simbólicas imágenes y sus reflexiones espirituales.

(13) THOMAS, L. (1993), *Antropología de la muerte*. México: Fondo de Cultura Económica.

LEY 26.529	MODIFICACIONES QUE PLANTEA LA DENOMINADA LEY DE MUERTE DIGNA
Art. 2°, inciso e) “Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”	Art. 2°, inciso e) “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

LEY 26.529	MODIFICACIONES QUE PLANTEA LA DENOMINADA LEY DE MUERTE DIGNA
Art. 5º: “Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.	Art. 5º: “Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.
Art. 6º: “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”.	Art. 6º: “Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

LEY 26.529	MODIFICACIONES QUE PLANTEA LA DENOMINADA LEY DE MUERTE DIGNA
Art. 7º: “Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación”.	Art. 7º: “Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.” f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto”.
Art. 10. “Revocabilidad. La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica”.	Art. 10: “Revocabilidad. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica. Las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.
Art. 11: “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes”.	Art. 11: “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.
	Art. 11 bis: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

LEY N° 26.742

MUERTE DIGNA. Protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía.

Sanción definitiva del Senado: 09/05/2012

Al cierre de edición está pendiente la promulgación en el Boletín Oficial

Expedientes: 0076-CD-2011

El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1° - Modifícase el inciso e) del artículo 2° de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la

interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Art. 2° - Modifícase el artículo 5° de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 5° - Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a)* Su estado de salud;
- b)* El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c)* Los beneficios esperados del procedimiento;
- d)* Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e)* La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f)* Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g)* El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o

al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Art. 3° - Modifícase el artículo de 6° de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 6° - *Obligatoriedad.* Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 4° - Incorpórase en el artículo 7° de la ley 26.529, el siguiente inciso:

f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

Art. 5° - Modifíquese el artículo 10 de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 10. - *Revocabilidad.* La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar

expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 6° - Modifíquese el artículo 11 de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 11. - *Directivas anticipadas.* Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Art. 7° - Incorpórase como artículo 11 bis de la ley 26.529 -Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud- el siguiente texto:

Artículo 11 bis. - Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Art. 8° - Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.