
LA PREVENCIÓN EN LA SALUD REPRODUCTIVA Y ANTICONCEPCIÓN EN MENORES DE EDAD.

SUS DIMENSIONES AXIOLÓGICAS, SOCIOLÓGICAS Y NOMOLÓGICAS

Leticia Andrea EVANGELISTA*

Fecha de recepción: 20 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 26 de septiembre de 2017

“... andaba desesperado de amor, encendido por un calor brutal e incomprensible, asustado del tambor de su corazón, de la miel pegajosa en su saco de dormir, de los sueños turbulentos y de las sorpresas de su cuerpo, se le estiraban los huesos, le aparecían músculos, le crecían vellos y se le cocinaba la sangre en una calentura pertinaz. (...) Un año más tarde alcanzo de un tirón su tamaño y peso definitivos, pero a los dieciséis era todavía un adolescente delgado, con las rodillas y las orejas demasiado grandes, algo patético, aunque se podía adivinar su buena pasta”.

ALLENDE (1991: 19)

Resumen

El presente artículo pretende aclarar dudas y ambigüedades respecto a la interpretación de la legislación referida a la atención de la salud integral, en los aspectos relacionados con los derechos sexuales y derechos reproductivos de los menores de edad. Se hará énfasis en la legislación existente en la materia, planteando como eje el artículo 26 del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN). La problemática

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Alumna de la Carrera de Especialización en Derecho de la Salud, Responsabilidad Médica e Institucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Integrante del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho (DeCyT), Proyecto 2016-2018: “el trasplante cruzado: una estrategia ante la escasez de órganos” (DCT1623).

específica que se pretende analizar es aquella que se presenta cuando un menor de edad solicita al médico un tratamiento anticonceptivo o bien cuando es el profesional el que considera que un tratamiento anticonceptivo es lo mejor para ese paciente. En dicha instancia cabe preguntarse: ¿requiere el galeno el consentimiento de los progenitores? Siendo que las diversas situaciones atinentes a la temática plantean constantemente dilemas éticos, este trabajo pretende ser un aporte a profesionales de la medicina y el derecho. Se enmarca en un tema vinculado tanto a la bioética¹ como a la nomoética; disciplinas que, sin excluirse, se imponen para analizar la cuestión desde una perspectiva más fecunda y productiva.

Palabras clave

Menores de edad – adolescencia – salud sexual – salud reproductiva – anticoncepción – capacidad

THE PREVENTION IN THE REPRODUCTIVE HEALTH AND CONTRACEPTION IN MINORS. ITS AXIOLOGICAL, SOCIOLOGICAL AND NOMOLOGICAL DIMENSIONS

Abstract

The present article tries to clarify doubts and ambiguities in the interpretation of the legislation regarding the attention of the integral health, in the aspects related to the sexual and reproductive rights of the minors. Emphasis will be made on the legislation in the matter, being its central pillar the article 26 of the recently enacted Civil and Commercial Code of the Nation. The paper will address the problem arising when a minor requests a contraceptive treatment to a doctor or when such professional considers that a contraceptive treatment is the best alternative for this patient. In such a case, does the minor require the consent of the progenitors? Considering the constant ethical issues that situation like the above mentioned raises, this work tries to contribute to law and health professionals. The topic under analysis is linked to the bioethics and to the nomoethics;

¹ Bioética: La rama de la ética que investiga los problemas morales surgidos en la medicina, la biotecnología, la medicina social y la demografía normativa, tales como: la legitimidad moral de la clonación humana, la planificación familiar obligatoria y la libertad de abortar. Algunos problemas bioéticos también pertenecen a la ética medioambiental, la nomoética o la tecnoética, por ejemplo: el estatus del derecho a reproducirse en un mundo superpoblado, el derecho a difundir organismos modificados genéticamente y el deber de proteger el medio ambiente.

disciplines that, without excluding each other, become necessary to analyze this concern from a more fecund and productive perspective.

Keywords

Minors – adolescence – sexual health – reproductive health – contraception – capacity

I. Introducción

Hoy en día suele hablarse de una tendencia cada vez mayor hacia la precocidad de los adolescentes en su iniciación sexual.² El artículo 25 del CCCN establece que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente la persona menor de edad que cumplió trece años.

Puede definirse a la adolescencia como una etapa de la vida donde se presentan cambios fisiológicos (estimulación y funcionamiento de los órganos por hormonas, femeninas y masculinas), cambios estructurales anatómicos y modificación en el perfil psicológico y de la personalidad. Sin embargo, aunque existan rasgos comunes, la condición de la adolescencia no es uniforme y varía de acuerdo a las características individuales y de grupo. Cada individuo posee una personalidad propia y es generalmente en esta etapa cuando más la manifiesta, no sólo de manera individual sino también grupal, para medir el grado de aceptación en los diferentes escenarios sociales y hacer los ajustes o modificaciones necesarios para sentirse aceptado.

“La pubertad es uno de esos períodos en que lo cambios físicos y emocionales son muy vertiginosos y diversos: se modifica el largo de los brazos y las piernas, la fuerza muscular, la capacidad de pensar, la excitación sexual genital se presenta inequívoca y salen líquidos nuevos del cuerpo como el semen, la lubricación femenina o la sangre menstrual” (GROISMAN, 1999:82).

La gigantesca industria del consumo dirigida a los adolescentes incide considerablemente en la prolongación de esta etapa. Cada vez es mayor el tiempo que transcurre entre la edad en que se alcanza la posibilidad reproductiva y aquella en que se

² Ver: <http://www.lanacion.com.ar/574104-baja-la-edad-de-iniciacion-sexual-de-los-argentinos>, consultado el 24 de septiembre de 2017 <http://www.mdzol.com/nota/599182-el-inicio-sexual-precoc-y-sus-consecuencias/>, y [https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp(1).pdf), consultado el 24 de septiembre de 2017, entre otros.

espera que los jóvenes asuman responsabilidades económicas adultas. Las novedosas aplicaciones científicas, como los cambios en sistemas y electrónica, su impacto en lo industrial y laboral, en general impiden que existan posibilidades de insertarse en el mundo del trabajo por más capacitación que se brinde. De ahí que esa etapa se extienda en el tiempo y que el concepto de juventud esté tan cuestionado. Es fácil advertir también que la unidad económica familiar se prolonga para seguir albergando a jóvenes adultos sin salida laboral. La falta de una perspectiva clara de futuro hace que los jóvenes de hoy no lleguen a cumplir los objetivos que los convierten en adultos (POLAINO LORENTE, 2000).

En este aspecto debe destacarse la incidencia que tienen los medios de comunicación, tales como la televisión, la radio, la gráfica e internet. Esta última tiene un impacto cada vez mayor, no suficientemente evaluado ni considerado en los estudios existentes al respecto. Las nuevas tecnologías generan distintas paradojas. De ellas mencionaré una que se escapa a la común consideración: mientras se discute desde hace años si la sexualidad debe tratarse en las escuelas, internet y la televisión cuentan con licencia para mostrar imágenes y actividades por demás subidas de tono.³ Valores éticos y sociales y contenidos sexuales, se filtran en las historias de publicidad, los videoclips, así como también en las novelas, series, noticieros, entrevistas, *reality shows*, programas eróticos y hasta pornografía, cuyo acceso se encuentra escasamente controlado.⁴

Incorporemos ahora una definición de método anticonceptivo: un método anticonceptivo es todo elemento o conducta que se utilice para evitar intencionalmente que un encuentro sexual produzca un embarazo. (GROISMAN, 1999: 125).

Analizaremos esta cuestión desde tres perspectivas: una dimensión axiológica tratando el problema de los valores jurídicos (plexo axiológico); una dimensión sociológica haciendo referencia a la cuestión social del fenómeno dentro del contexto histórico-cultural

³ Un caso de interés es el de la cineasta Erika Lust, que desata en la actualidad una lucha frente a la censura de YouTube a sus videos. Lust remarca la hipocresía en la vara que mide lo permitido de lo prohibido. En su propio canal de YouTube lanzó ese año un video de denuncia al sitio sobre la hipocresía de sus criterios de censura: contenidos en los que se denigra a la mujer, se le objetifica y su cuerpo se expone como una mercancía sexual, se reproducen en dicha plataforma, generan miles o millones de vistas, sin que la plataforma tome medidas al respecto, pero algo que intenta mirar de otra manera el erotismo es bloqueado casi de inmediato. (SCHAUFLE, 2016)

⁴ A modo de ejemplo, el videoclip “You&me”, de la banda musical *Disclosure*, un dúo británico de música electrónica muy seguida por los jóvenes, que aparece —y es permitida su circulación— en YouTube muestra a una pareja besándose por varios minutos. Sólo se ven sus rostros y hombros. El cuadro se corta justo antes del pecho pero contiene una gran carga erótica, acuciada por los guiños musicales. Al respecto, puede pensarse que esta es generalmente la parte del cuerpo que mayormente se ve del otro en una relación sexual: rostro, hombros, hasta el pecho. (SCHAUFLE, 2016).

en el que nos encontramos inmersos; y una dimensión nomológica que implica el Estudio del “nomos” (norma o ley para los griegos).⁵

II. Dimensión axiológica

La Axiología es la “...rama de la filosofía que se ocupa de la naturaleza de los valores y qué tipo de cosas tienen valor. En una acepción amplia, la teoría de los valores se ocupa de todas las formas de los valores, de valores estéticos, como la belleza y la fealdad, de valores éticos, como bueno, malo, obligación, virtud y vicio, y de valores epistémicos como justificado e injustificado. En una acepción más restringida, la teoría de los valores se ocupa de lo intrínsecamente valioso, o valioso y deseable por sí mismo y de los conceptos relacionados de valor instrumental, inherente y contributivo”.⁶

El interrogante inicial que debemos hacernos es: ¿qué puede llevar a los padres a considerar que sus hijos menores no debieran utilizar métodos de anticoncepción? Si bien no existe una única respuesta a este interrogante, en algunos casos puede vincularse a que los padres rehúsan ver la realidad, le temen al qué dirán, y en muchos de los supuestos se relaciona con sus ideas religiosas.

Quizá lo que les impide aceptar que sus hijos menores ya se iniciaron sexualmente tenga que ver con el tabú que implica la sexualidad en la cultura occidental, lo que lo constituye en un disvalor de enorme resistencia y vigencia.

Los orígenes de la antropovisión occidental se remontan a la cultura griega cuando Platón (Atenas, 427-347 a.C.) decía “el cuerpo es la cárcel del alma”. El filósofo coloca en un lugar secundario al cuerpo sobre lo que sería el alma. Esta idea es recreada por el cristianismo reforzando el carácter de culpa y necesario castigo del cuerpo. En la cultura occidental está fuertemente incorporada la idea y la vivencia de la negación de la sexualidad, que queda asociada a las ideas de lo pecaminoso, del goce incontrolado e instintivo y de la grosera sensualidad.

“La filosofía cristiana advirtió que el hombre es una sustancia, un ser en sí, y que tiene una naturaleza, no solo es, sino que es hombre. La posibilidad de conocer verdades que por su abstracción o universalidad superan la dimensión de lo material (donde todo es

⁵ La construcción de la noción de derecho desde afluentes tridimensionalistas puede verse en: GOLDSCHMIDT (1987); CIURO CALDANI (1976).

⁶ Diccionario Akal de Filosofía. Roberto Audi (editor).

concreto y sensible), y la libertad que no lo somete totalmente al determinismo de las leyes de la materia (donde todo ocurre necesariamente) revelan que existe un principio vital superior, que trasciende la materia y que es su alma espiritual. Trascendiendo la materia, no sucumbe con ella, es inmortal. Y por eso la enseñanza cristiana en torno a la *dignidad de la persona humana*, que le viene de su condición de espiritual, pero al mismo tiempo que puede crecer o decrecer *según sea su comportamiento...*” (MORELLI, 1998: 20) (el destacado me pertenece).

El griego estaba atado a su destino, su moira. Existe un carácter fatalista. En el teatro griego tenemos ejemplos paradigmáticos, como en “Edipo rey” de Sófocles, cuyo protagonista central no puede escapar a su terrible destino: matar a su padre y tener relaciones sexuales con su madre. El carácter ineluctable de la situación le otorga un fuerte dramatismo. No hay escape ante lo inevitable. Pero el hombre cristiano sí tendrá escape. Puede elegir ofender o no a Dios, esto es elegir pecar o no. Esta posibilidad de elegir, es en definitiva un otorgamiento de libertad al cristiano, quien puede y debe elegir. Si elige mal, peca y cae en la culpa, de la que puede liberarse por la confesión. En el hombre griego no existe la libertad, es como una hoja arrastrado por el viento al destino ineludible.

En la ética cristiana “aparecen actos que constituyen en sí mismos un desorden, una violación de la ley natural, y por eso no pueden ser realizados en ninguna circunstancia ni por ninguna razón. Estos actos se denominan intrínsecamente malos” (MORELLI, 1998: 23). Para concluir puede consignarse que el hombre occidental, en este caso argentino, tiene una cosmovisión de matriz cristiana, que lo afecta y determina fuertemente. Es primordial entender esto para situar la cuestión teórica y la praxis consiguiente, es decir cómo deben actuar los profesionales de la medicina y el derecho ante las diversas situaciones que pueden darse en relación a la prevención de la salud reproductiva y anticoncepción en menores de edad.

III. Dimensión sociológica

En la dimensión sociológica puede mencionarse que la adolescencia es una etapa difícil ya que los jóvenes comienzan a buscar su propia identidad, es decir, descubrir quiénes son. (ERIKSON, 1968). Ellos valoran y evalúan la educación pasada y la presente, se cuestionan sobre las reglas familiares, sociales, culturales y económicas. Buscan individualidad e independencia, y aceptación por los demás (en especial por las personas de su misma edad).

Con frecuencia, las relaciones sexuales se inician desconociendo aspectos importantes de sí mismos, ignorando, entre otros, cómo funciona el propio cuerpo, y cómo

y cuándo se produce la fecundación, cómo es el ciclo de ovulación, y, en especial, no poseen información respecto de los métodos anticonceptivos.

Cabe mencionar aquella premisa según la cual ninguna persona es libre para tomar una decisión si no cuenta con la información respectiva.

Desde la sociología, hay que entender la comunicación no como un mero intercambio de información, sino como un modo específico de acción social. El catedrático en sociología THOMPSON (1998: 36) afirma que “la comunicación es un tipo diferenciado de actividad social que implica la producción, transmisión, y recepción de formas simbólicas que compromete la materialización de recursos”. En concordancia con ello, puede observarse que si desde los diferentes niveles del Estado no se logra materializar la recepción de la información por los adolescentes, se está vulnerando así el derecho a la información —al que más adelante nos referiremos—, viciándose de esta manera el consentimiento a la hora de tomar una decisión.

No debemos olvidar que, sin importar si los adolescentes gozan de madurez suficiente como para afrontar o no la paternidad, la vida en la ciudad se tornó también excesivamente onerosa, aún para sectores medios, lo cual obligó a limitar el número de hijos. Tal como señala PREGNO (2006, 331: 348), “la pauperización de las condiciones de vida es causa inexcusable para limitar el número de hijos mediante pastillas anticonceptivas, curiosamente elaboradas por grandes grupos empresarios a los que hoy podría recriminárseles culpa en ese voraz proceso de empobrecimiento generalizado”.

Hay una cuestión central a tener en cuenta que es la pobreza, la adolescencia pobre, aquella que se encuentra en la base del espectro social. El adolescente pobre se encuentra en una situación de doble desventaja. Bien señala el sociólogo GABRIEL KESSLER (1997, 131-158), consultor de UNICEF de Argentina, que: “...con este panorama se da la conformación de dos adolescencias. Una, con sus necesidades satisfechas y otra, con sus necesidades total o parcialmente insatisfechas. Para la primera, la ausencia de derechos propios es subsanada por la acción de sus familias e instituciones que lo pueden proveer de lo necesario. Para los segundos, para aquellos adolescentes de familias que están en una peor situación, la ausencia de derechos sociales propios, de su acceso y de su exigibilidad, de instancias públicas a las que recurrir, los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad social”.

La elección o indicación de un método anticonceptivo debe contemplar factores dependientes del método -lo que sería el perfil del método- y factores dependientes del perfil del usuario.⁷

Es importante que la actitud de los profesionales sea abierta y flexible, generadora de un ambiente y trato distendido, y que exista una escucha activa que facilite la expresión de deseos y demandas ocultas de los adolescentes en un ámbito de privacidad y confidencialidad adecuado. Asimismo, es necesaria la capacitación y sensibilización de los profesionales en torno a las características, vivencias y expectativas de los adolescentes.

A los fines de interpretar lo que debe entenderse por salud reproductiva y sexual, y derechos reproductivos y sociales, cabe hacer mención a un texto del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.⁸

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última

⁷ “Perfil del método anticonceptivo: 1. Eficacia. Se refiere a la capacidad del método para evitar el embarazo. No siempre es una cualidad inherente al método en sí. 2. Seguridad. Se refiere a la capacidad de un método para alterar positiva o negativamente la salud. La elección segura debe valorar el estado de salud del/de la potencial usuario, así como las contraindicaciones e indicaciones de cada uno de los métodos anticonceptivos. 3. Reversibilidad. Se refiere a la recuperación de la capacidad reproductora al interrumpir el empleo del método anticonceptivo. 4. Facilidad/complejidad de uso. Está relacionada con factores no dependientes del método en sí, tales como: nivel educacional, maduración psíquica, conocimiento del propio cuerpo y habilidades manuales, que es necesario individualizar en cada usuario. 5. Relación con el coito, en cuanto que su empleo pueda afectar o no a la calidad de la relación percibida por el/la usuario, motivando positiva o negativamente su uso eficaz. 6. Precio. Puede ser un factor que influya en la elección de un anticonceptivo, sobre todo en colectivos con escasos recursos. Perfil del usuario: 1. Edad. Condiciona la elección/indicación de un método en cuanto tiene que ver con el grado de maduración biológica y psicológica. 2. Actividad sexual. Tipo y frecuencia de las relaciones coitales y número de parejas sexuales. 3. Perfil de salud y percepción individual de los riesgos asociados al uso de anticoncepción. Tiene relación directa con la seguridad del método y con la percepción subjetiva de seguridad. 4. Aceptabilidad. La elección de un método debe ser compatible con las normas confesionales, creencias, valores y normas de conducta de cada usuario. 5. Impacto sobre la economía. 6. Nivel educacional. 7. Entorno familiar y social que pueden ser facilitadores o restrictivos del uso de anticoncepción y de su seguimiento. 8. Grado de maduración psicológica. Condiciona la motivación, la aceptabilidad, el cumplimiento y el control o seguimiento del método.” (LLOPIS PÉREZ, 721: 722).

⁸ Naciones Unidas, documento A/CONF.171/13: Informe de la CIPD.

condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual” (Párrafo 7.2).

“Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (...)” (Párrafo 7.3).

IV. Dimensión nomológica

Las personas menores de edad tienen derecho a la atención de la salud. Sin embargo, en esta instancia puede plantearse el interrogante acerca de si ellos pueden dar su consentimiento informado cuando el médico les indica anticonceptivos. DIEGO GRACIA (1989) relata que hasta el siglo XVIII los médicos gozaban de una impunidad casi completa, siendo escasísimos los casos en los cuales debieron justificar sus acciones profesionales ante un tribunal. Por lo tanto, cabe preguntarse si en la temática bajo análisis es obligación del médico informar a los padres.

Los derechos de las mujeres y niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos Universales. El derecho a la salud sexual y reproductiva es un derecho reconocido en nuestra Constitución Nacional y por leyes específicas. Los derechos

sexuales integran la nómina de los derechos humanos reconocidos y amparados por nuestra Constitución⁹ y por los Tratados Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la misma, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención de Eliminación de toda forma de Discriminación Contra la Mujer. Todos los niños, niñas y adolescentes (los “NNyA”) gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de persona.

Previo a ahondar en los artículos 25 y 26 del CCCN cabe referirse a ciertos casos jurisprudenciales de distintas jurisdicciones del país, destacando que si bien datan de fecha anterior a la reforma del mencionado Código, permiten demostrar que la cuestión en debate ya se presentaba como una problemática que los legisladores tuvieron la oportunidad de zanjar.

En relación a la aplicación del “Programa de Salud Reproductiva” establecido en la Municipalidad de Vicente López, provincia de Buenos Aires, se dejó establecido que es necesaria la autorización de los padres para suministrar métodos anticonceptivos a niños menores de dieciséis años.¹⁰

Por otra parte, en la provincia de San Luis, en un fallo del año 2005, se hizo lugar a la acción de amparo promovida, y se declaró, con alcance “erga omnes”, la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2, inc. “c” de la ley 5.344 “por resultar contrarios a la Constitución Nacional toda vez que en las citadas disposiciones legales se prevén prestaciones a cargo del Estado Provincial algunas de las cuales (v.g. los métodos contraceptivos de emergencia) atentan contra el derecho a la vida de las personas por nacer; y porque en ellas también se ha prescindido absolutamente de una adecuada intervención de los padres cuando la ejecución de las prestaciones, previstas en sus disposiciones normativas, sean realizadas a personas menores de edad, violando de tal modo el derecho de los padres como responsables primeros de impartir, a sus hijos menores, la dirección y orientación apropiadas para que éstos puedan ejercer las

⁹ Artículo 19.- “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁰ Cámara Civil y Comercial., San Isidro, sala I, 2002/05/07, “M. de D. R., M. c. Municipalidad de Vicente López”.

prerrogativas que les reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño en consonancia con la evolución de sus facultades”.¹¹

Por su parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dos organizaciones defensoras de los derechos del niño por nacer y padres interesados interpusieron una acción declarativa de inconstitucionalidad contra la ley 418, respecto a la cual cuestionaban la autorización de la venta y distribución de anticonceptivos, que consideraban abortivos, y la supuesta intromisión ilegítima en el ejercicio de la patria potestad derivada, según ellos, de la introducción de educación sexual en las escuelas. El Tribunal no hizo lugar al primer planteo por cuestiones procesales y rechazó la inconstitucionalidad de la ley al entender que se trataba de una norma respetuosa de los derechos del niño, reconocidos en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño. En su decisión, resaltó los riesgos que los niños y las niñas corren frente al VIH-Sida, el embarazo no deseado y el aborto. En particular, uno de los votos, estableció que la derogación de la ley implicaría un acto discriminatorio en razón del sexo, la clase, la orientación sexual y la edad, bajo las normas de la Constitución y demás obligaciones internacionales.¹²

Así como en los tribunales se debatía qué posturas tomar respecto a la anticoncepción en menores, la legislación también hacía su aporte refiriéndose a la temática:

Por un lado, la ley nacional 25.673, de Salud Sexual y Procreación Responsable fue sancionada en octubre del 2002 creando el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR), en el ámbito del Ministerio de Salud. Este programa, basado en el respeto de los derechos sexuales y reproductivos, contempla la provisión de información y asesoramiento sobre anticonceptivos y su entrega gratuita en todos los servicios públicos de salud, así como por la seguridad social y los seguros de salud privados; atención y prevención de cáncer génito-mamario, atención de la violencia y prevención y atención de VIH/Sida y otras enfermedades de transmisión sexual. Abarca a la población general, sin discriminación alguna, por lo que incluye a adolescentes, tanto a mujeres como varones. Dicha ley invita a las provincias a adherir al PNSSyPR.

¹¹ Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral de la Provincia de San Luis "FAMILIA Y VIDA ASOCIACIÓN CIVIL C/ ESTADO PROVINCIAL- AMPARO". Para así fallar citaron el art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2 de la ley 23.894 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹² Tribunal Superior de Justicia de C.A.B.A., 28/06/00.

Por otro lado, en 2005 se dictó la ley nacional 26.061 que instituyó el Sistema de Protección Integral De Niños, Niñas y Adolescentes. La misma define al interés superior de los NNyA como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías por ella reconocidos. Dispone que los NNyA deben ser considerados sujeto de derecho; que tienen derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. Además, que deberán tener acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad.

Asimismo, es de trascendental importancia la sanción de la ley nacional 26.150, del 4 de octubre de 2006 que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación. La misma define como educación sexual integral a aquella que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos. El Programa está destinado a todos los educandos en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. La norma reconoce el derecho a recibir educación sexual integral de los educandos desde el nivel inicial hasta el nivel superior de formación docente y de educación técnica no universitaria. Los objetivos del Programa Nacional de Educación Sexual Integral son incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas orientadas a la formación armónica, equilibrada y permanente de las personas; asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral; promover actitudes responsables ante la sexualidad; prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular; procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres.

En virtud de lo establecido en esta ley, la Nación, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios, deben garantizar la realización obligatoria, a lo largo del ciclo lectivo, de acciones educativas sistemáticas en los establecimientos escolares, para el cumplimiento del Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros. Con apoyo del programa, deberán organizar en todos los establecimientos educativos espacios de formación para los padres o responsables que tienen derecho a estar informados.

A pesar de la importancia y trascendencia de las leyes nombradas, la cuestión atinente a la anticoncepción en los jóvenes seguía siendo (tal como quisimos señalar en los fallos citados) un asunto controvertido, que ante el devenir del derecho terminó plasmándose de manera integral en la reforma de la normativa de fondo en materia civil y comercial mediante el dictado de la ley n° 26.994, que entró en vigencia el día 1° de agosto

de 2015; el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.¹³ Así, la necesidad de establecer consensos se tornó de vital importancia para una implementación integrada y unificada de la política pública referida a la salud sexual y salud reproductiva, dadas las divergencias interpretativas que pudieran surgir debido al incipiente estado del CCCN.

A los fines de una correcta aplicación del derecho es necesario conocer las reglas generales de interpretación del mismo. Cuando se trata de encontrar la norma aplicable para la atención de la salud sexual y salud reproductiva de cada persona, se debe optar por aquella que, de acuerdo con la aplicación del principio general *pro homine*, reconozca y garantice un mayor alcance a la protección de los derechos humanos. El CCCN tiene como fuente normativa preexistente y de superior jerarquía a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la Argentina, que contienen los estándares mínimos que deben respetar todas las normas del ordenamiento jurídico interno, tal como lo reconocen sus artículos 1 y 2.

El CCCN receptó en un cambio en la configuración de la responsabilidad parental. Teniendo en cuenta el principio de progresividad, adopta un modelo de familia democrático e igualitario, reconociendo como sujetos de derecho a todas las personas, incluidos por supuesto los niños y adolescentes.

La problemática estaría dada ahora en la contradicción que se presenta al interpretar literalmente el texto de dicho cuerpo normativo.

De acuerdo a los artículos 22, 23 y 31, para prestar el consentimiento se requiere capacidad, y la capacidad para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual, siendo la limitación a la capacidad de carácter excepcional.

¹³ El antecedente directo de la reforma en la materia que nos ocupa en el presente trabajo es la adopción por parte de la República Argentina del Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo alcanzado en agosto de 2013 para dar seguimiento al Programa de Acción de El Cairo después de 2014, donde se decidió adoptar como medidas prioritarias la implementación de programas de salud sexual y salud reproductiva integrales, oportunos y de calidad para adolescentes y jóvenes que garanticen el acceso a métodos anticonceptivos modernos, seguros y eficaces respetando el principio de confidencialidad y privacidad para que adolescentes y jóvenes ejerzan sus derechos sexuales y derechos reproductivos, tengan una vida sexual responsable placentera y saludable, eviten embarazos tempranos y los no deseados, la transmisión del VIH y otras infecciones de transmisión sexual; y tomen decisiones libres, informadas y responsables con relación a su vida sexual y reproductiva y al ejercicio de su orientación sexual; la promoción de políticas que contribuyan a asegurar que las personas ejerzan sus derechos sexuales; la revisión de la legislación, las normas y prácticas que restringen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva y asegurar el acceso a la información completa sobre todas las opciones de servicios disponibles para todas las personas sin discriminación de ningún tipo.

Por otro lado, introduce una definición de consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud en el artículo 59, receptando de esa forma el extenso tratamiento del mismo ya existente en la doctrina. En este sentido, establece que: “el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: i. su estado de salud; ii. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; iii. los beneficios esperados del procedimiento; iv. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; v. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; vi. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; vii. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar 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 produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; viii. El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

La declaración de voluntad que implica prestar consentimiento para actos médicos e investigaciones en salud, es un acto voluntario que, según el artículo 260 del CCCN “...es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

Para que no quede ninguna duda al respecto, el codificador continúa aplicando la regla del opuesto y en el artículo 261 aclara qué acto es involuntario por falta de discernimiento: i. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; ii. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; iii. el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

Por lo tanto, la declaración de voluntad de la persona menor de edad, de trece años en adelante, es un acto voluntario, pudiendo prestar su consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.

Respecto a la formalidad exigida para prestar consentimiento, vale aclarar que el artículo 7 de la ley 26.529 de Derechos del Paciente establece que “el consentimiento será verbal” por regla general, salvo las siguientes excepciones, en los que será por escrito y con firma del paciente: internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y

terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos y revocación del consentimiento informado.

A pesar de las críticas que puede recibir el artículo 26, no debe perderse de vista que el mismo viene a aclarar y sincerar el tema que nos ocupa. Así comienza con una afirmación categórica: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, presentando una problemática seguida de una excepción: “no obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

La norma continúa otorgándole más fuerza a la idea del menor como sujeto de derecho al establecer que: “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”, y se enfoca en los últimos tres párrafos en el ejercicio del derecho personalísimo del menor, como lo es la atención y el cuidado de la salud: “se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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”.

La presunción a la que se refiere este párrafo tiene carácter *iuris tantum*, en tanto los profesionales de la salud deben contar con las herramientas de análisis de lo que se denomina la capacidad progresiva del NNyA, suponiendo que será el propio titular del derecho quien emita su voluntad, con la asistencia adecuada de acuerdo con su capacidad de discernimiento (capacidad de comprender información y tomar decisiones).

Vale destacar aquí la importancia que le da el Código a la necesidad de escuchar al menor, al establecer en su artículo 707: “las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Por su parte, la Secretaría de Salud Comunitaria aprobó el “marco interpretativo” para la aplicación de la nueva normativa civil de fondo enfocado al acceso a la salud integral en el marco de los derechos sexuales y reproductivos.¹⁴ El documento, elaborado por una

¹⁴ Res 65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria, Ministerio de Salud. Mesa de trabajo se celebrada en tres jornadas los días 10, 18 y 23 de Noviembre. Asistieron especialistas en derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres, en derechos sexuales de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) y derechos humanos, en derechos de niñas, niños y adolescentes y derechos de las

mesa de trabajo de expertos, vino a aclarar dudas, estableciendo que en lo que refiere a tratamientos, el calificativo de “invasivo” debe entenderse como: tratamientos de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud. También hace hincapié en la otra palabra resonante: “riesgo”. Al respecto, sostiene que “la evaluación del riesgo en las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica que contemple los diversos aspectos de salud integral. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad”.

El anteúltimo párrafo viene a introducir la intromisión de los padres a la hora de prestar consentimiento: “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”.

Una luz de claridad es revelada por el informe del que previamente hablamos: “...las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, muestras sanitarias y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad”.

No nos equivoquemos, el legislador elige claramente la palabra “asistencia”, esto es que las personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado puedan participar y acompañar al menor de edad en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias). Asiste y escolta al menor teniendo en cuenta la autonomía progresiva del NNyA. Afirma la nombrada mesa de trabajo: “en el caso que sea necesaria asistencia, se acompañará con el asentimiento de un progenitor/a entendido en sentido amplio para incluir allegados y referentes afectivos”.

El fin del asunto se trata en el último párrafo del artículo 26, cuando el adolescente cumple 16 años: “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

personas con discapacidad. Asimismo asistieron las Dras. Nelly Minyersky, Eleonora Lamm y Marisa Herrera quienes fueron integrantes del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación.

V. Conclusiones

Puede afirmarse que la problemática analizada afecta en forma creciente a la sociedad y atañe a todas las clases sociales, causando consecuencias perjudiciales. La familia, la salud y la educación conforman el trípode necesario para que los adolescentes tengan una correcta formación en la temática sexual. Cuando existe un buen nivel educativo y proyectos de vida, un embarazo a los 15 años puede romper o complicar cualquier proyecto.

Por ello, es necesario que en las escuelas se oriente a los NNyA para que consulten a los especialistas. Asimismo, el legislador debe acudir a equipos interdisciplinarios constituidos por filósofos (generalistas o del derecho), sociólogos, antropólogos y psicólogos, a los fines de que colaboren en el abordaje de la problemática de la cultura adolescente.

Además, resulta imprescindible atender al interés superior del menor al momento de interpretar la legislación y las decisiones judiciales.

Se ha dicho que el acceso a la información, a la prestación, a los métodos y servicios necesarios para el ejercicio por parte del adolescente de sus derechos sexuales y reproductivos, constituyen actos personalísimos que no pueden ser reemplazados por la voluntad de los padres. Si bien estos últimos tienen el deber y el derecho de aconsejar a sus hijos, formarlos y educarlos de acuerdo a sus convicciones, no pueden impedirles resolver por sí un tema tan propio y privado, en función de sus posibilidades, plan de vida y creencias (GROSMAN, 2001).

El asesoramiento en anticoncepción es un proceso de comunicación bidireccional cuyos objetivos son la identificación de las necesidades y la toma de decisiones en lo que respecta a los métodos anticonceptivos. Debe tenerse presente que dar información es distinto a promover las relaciones sexuales, y que ello es necesario para preparar a los adolescentes a asumir con responsabilidad las relaciones en pareja, llevar una vida sexual sana y tener conocimiento sobre todos los riesgos posibles que tiene la sexualidad. No solo a los fines de que aprendan a cuidarse de las enfermedades venéreas sino también de un posible embarazo accidental, que puede no afectar únicamente al adolescente, sino también a la familia y al propio hijo.

El “deber de información” se encuentra establecido en la Ley de Derechos del Paciente (26.529), que es anterior al Código. Por tal motivo, no contempla la división de edades mencionadas en el artículo 26. Ante esta situación, ¿qué norma prevalece? La primera es de orden público —y por lo tanto— irrenunciable según lo establece su artículo

23. Por su parte, el artículo 26 del CCCN, establece requisitos tales como la aptitud o la madurez. Si para la aplicación práctica de dicho artículo un tercero debe decidir si una persona es madura o no, entonces puede decirse que la norma no es de orden público, prevaleciendo así la ley especial. Debe entenderse que lo que establece el Código son presunciones, en torno a las cuales se debe siempre evaluar el caso concreto. Es por eso que se requerirá de la evaluación del profesional, quizás con un equipo interdisciplinario para analizar el grado de madurez del menor.

Además, el consentimiento debe contemplar las consecuencias que puede acarrear el no hacer el tratamiento indicado.

Todas las personas que estén en condiciones de recibir información (con los ajustes razonables adecuados a sus condiciones) comprenderla y tomar decisiones, podrán otorgar su consentimiento en forma autónoma.

El grado de madurez suficiente de una persona para realizar determinado acto, se establece a través de una evaluación del profesional mediante un interrogatorio, debiendo dejarse constancia de ello en la historia clínica. Podría suceder que el médico ginecólogo decida derivar al menor a un psicólogo para su evaluación, si de su leal saber y entender considera al menor inmaduro, siempre justificando la toma de tal decisión en su historia clínica.

De lo expuesto puede concluirse que el problema sigue mostrándose en su crudeza. Debería interpretarse de manera más especializada las pautas culturales de la juventud. En resumen, resulta necesario conocer en lo más profundo al joven en sus actos para poder así defenderlo mejor, y desde la norma y el Estado proveer a su protección y defensa.

De todas maneras, el sistema jurídico debe atender este problema porque afecta derechos que deben ser tutelados. Es, sin duda, un tema complejo que exige una mayor atención con real interés desde todos los niveles del Estado.

Bibliografía

ALLENDE, I. (1991) *EL plan infinito*, Buenos Aires, Sudamericana.

AUDI, R. (editor) (2004) *Diccionario Akal de Filosofía*, Madrid, Ediciones Akal S.A.

BUNGE, M. (2001) *Diccionario de Filosofía*, Siglo XXI Ediciones, México DF.

CÁRDENAS, EDURNE y TANDETER (2008) *Derechos sexuales y reproductivos en Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires.

CIURO CALDANI, M. Á. (1982) *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma.

ERIKSON, E. H. (1968) *Identidad, juventud y crisis*, Buenos Aires, Paidós.

GOLDSCHMIDT, W. (1987) *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ta ed., 5ta reimp., Buenos Aires, Depalma.

GRACIA, D. (1989) *Fundamentos de bioética*, Madrid, EUDEMA.

GROISMAN, C., RABINOVICH, J., IMBERTI, J. (1999) *El desafío de la sexualidad*, Buenos Aires, Sudamericana.

GROSMAN, C. (2001) "Los derechos del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva", en *Anuario Departamento de Derecho Privado I*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

KESSLER, G. (1997) "Adolescencia, pobreza, ciudadanía y exclusión", en

KONTERLLNIK, I. Y JACINTO, C., *Adolescencia, pobreza, educación y trabajo*. Buenos Aires, Losada.

LLOPIS PÉREZ, A. "Anticoncepción en la adolescencia. La consulta joven", disponible en: <http://www.slideshare.net/natho/anticoncepcion-en-la-adolescencia>, al 20/04/2017.

MORELLI M.G. (1998) "Filosofía cristiana, bioética y bioderecho", en *Bioética y Bioderecho*, N° 3, Rosario.

POLAINO LORENTE, A. (2000) *¿Síndrome de Peter Pan? Los Hijos que no se marchan de casa*. Ed. Desclee De Brouwer.

PREGNO, E. (2006) "Meditaciones en torno a la reglamentación de la sexualidad: Gozar de derechos y derecho a gozar", en SLAVIN, PABLO E. (compilador), *VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Ed. Suárez.

SCHAUFLENER, M. L. (2016) "Potencial erótico de la censura mediática", *Letra, Imagen, Sonido. Ciudad Mediatizada*, año VIII, N° 16, Segundo semestre.

THOMPSON J.B. (1998) *Los Media y la Modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*. Barcelona, Paidós.