

LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE AL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO Y, EN ESPECIAL, A LA PROTECCIÓN DE SU SALUD REPRODUCTIVA

Por **Cecilia P. Grosman**

I.- Introducción

Ya en otras oportunidades hemos tenido ocasión de expresar nuestro punto de vista acerca de las reformas que debían introducirse en nuestra legislación para hacer efectivos los derechos del niño y adolescente contenidos en los tratados de derechos humanos, particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Nuestro propósito, en esta oportunidad, es profundizar un aspecto específico: los derechos del adolescente al cuidado del propio cuerpo y su derecho a la intimidad, en conexión con los deberes y atribuciones de los padres, especialmente, el alcance de estos derechos en el ámbito de la salud reproductiva y procreación responsable. Se trata de un aspecto escasamente contemplado, de gran actualidad, pues se han sancionado en el país diversas leyes sobre salud reproductiva que han despertado críticas en algunos sectores de la sociedad.

La temática forma parte de un capítulo más amplio referido al derecho del niño y adolescente de ejercer ciertas facultades de autodeterminación en la medida en que adquiere las capacidades necesarias para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. Esta lógica de crecimiento hacia la adultez, “aprender a pararse sobre los propios pies”, o sea, “prepararse para una vida independiente en sociedad” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), tropieza con los temores de que la independencia del hijo pueda poner en peligro el legítimo ejercicio del rol parental. Parecería que

hubiese una dificultad en soportar ambas nociones de manera simultánea, planteándose de este modo una disyuntiva falsa entre la responsabilidad de los padres o guardadores y el proceso de autonomía del niño y adolescente que favorece el desarrollo de su personalidad.

Frente a los modelos educativos extremos –el “autocrático”, en el cual los padres dicen a los hijos lo que deben hacer y deciden los conflictos, y el “permissivo”, en el cual el joven se maneja por sí mismo sin orientación alguna–, la Convención sobre los Derechos del Niño presenta un sistema democrático¹ que otorga al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y a que ésta sea tomada en cuenta de acuerdo con su edad y grado de madurez (art. 12). Al mismo tiempo, se alienta una educación encaminada a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre” (art. 29).

Con este esquema ideológico, en el derecho contemporáneo, se ha reconocido al niño, alcanzada cierta edad, una serie de competencias con relación al ejercicio de la autoridad parental, como el derecho a elegir su religión, cuidar de su salud, escoger la orientación educativa, profesional o actividad laboral, expresar su consentimiento para la adopción o el cambio de nombre.

Es necesario tener presente que el grado de la autonomía personal de los hijos, frente a las responsabilidades de los padres u otros guardadores, se asocia íntimamente con los cambios que se han producido en cuanto a las posibilidades de actuación de los niños y adolescentes y a la naturaleza de las relaciones entre padres e hijos, antes bajo el signo de la subordinación, hoy bajo el signo del intercambio. Empero, a veces existen resistencias para admitir estos cambios. Nuestras ideas, con frecuencia, se apoyan en prejuicios y estereotipos que no responden a las realidades de hoy en día. Como ha destacado un autor, las representaciones de nuestra cultura sobre la infancia y adolescencia parecen haberse centrado en la idea de “los aún no” que implica excluirlos de los “ya sí”. Aún no son responsables, no son competentes, no tienen suficientes conocimientos, no son fiables. Muchas veces, aparece como una incapacidad de los niños y jóvenes lo que sólo es un problema de falta de adecuada aptitud para relacionarse con ellos por parte de los adultos².

Para determinar las facultades de los padres en el ejercicio de la autoridad parental, es necesario tener presente que se ha pasado de una concepción centrada en la protección de la infancia al desarrollo de políticas que no sólo persiguen su amparo, sino también su promoción. Este cambio paradigmático se

(1) Varios estudios han demostrado que este modelo democrático satisface mejor el interés del niño, pues promueve el encuentro y participación de padres e hijos en la solución de los problemas que puedan afectarlos. Una de estas investigaciones –*Coleman and Coleman's study*– que exploró el modelo de parentalidad, reveló que los jóvenes necesitaban el apoyo de los padres y, al mismo tiempo, intervenir, como miembros responsables, en las decisiones familiares (Andrew Bainhaim, “Growing up in Britain: Adolescence in the Post-Gillick Era”, en *Parenthood in Modern Society*, ed. por John Eelear y Petar Sarcevic, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1993, págs. 501 y sgtes.).

(2) Ferrán Casas, *Infancia: perspectivas psicosociales*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 33 y sgtes.

transparenta en los arts. 12 a 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho a opinar, el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la intimidad); el resultado de estas garantías promotoras implica la ampliación de las capacidades de la niñez y adolescencia y, por consiguiente, una mayor participación en las decisiones familiares y en la sociedad. Son innumerables los ejemplos que se podrían dar de la nueva imagen de niños y adolescentes como seres capaces de opinar y participar en la acción ciudadana, algunos de los cuales mencionaremos más adelante.

El menor de edad no debe ser considerado como un ser “incapaz”³, expresión que descalifica y no condice con su calidad de persona en desarrollo y su derecho a la dignidad. Su condición es de capacidad, aun cuando con una aptitud diferente, de naturaleza dinámica, según sus distintas etapas evolutivas, y que requiere, de acuerdo con la edad y los casos, una representación o asistencia protectoras. En este sentido, en la doctrina italiana se afirma que la referencia natural a la idoneidad para entender y querer es el único criterio idóneo para garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales del menor⁴.

El aspecto señalado se relaciona con la representación de los padres, cuya ideología se ha modificado: antes, considerada una sustitución de la voluntad del hijo; ahora, una cooperación donde su parecer posee gravitación. Esta representación, por otra parte, se frena cuando se trata de actos personalísimos que el niño o adolescente está en condiciones de realizar por sí mismo. La función de los padres será, a lo sumo, de asistencia, pero nunca reemplazará la voluntad del hijo.

Esta orientación está claramente expresada en el art. 162 del Código Civil español, cuando excluye de la representación de los padres 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. Igual criterio sigue la ley catalana de 1996, que exceptúa de la representación legal de los padres los actos que, de conformidad con las leyes y según la edad y capacidad natural, pueda realizar el hijo por sí mismo, texto que reproduce el reciente Código de Familia catalán en su art. 155, 2º B.

II.- El derecho del niño o adolescente al cuidado de su propio cuerpo y la responsabilidad materna y paterna

En el derecho del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo se hallan en juego sus esenciales derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales, hoy con rango constitucional en la Argentina: el derecho a la vi-

(3) Ver el interesante trabajo de Jorge A. Baldarenas, “¿Son los menores... incapaces? Derecho de Familia”, *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Edit. Abeledo-Perrot, N° 13, pág. 79.

(4) De Castro, en *Derecho Civil de España y doctrina italiana*, cit. por Remedios Aranda Rodríguez, *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, España, 1999, nota 107, pág. 34.

da, a la integridad psicofísica, el derecho a la salud, el derecho a la autonomía personal y el derecho a la intimidad. Nuestra intención es ofrecer en este apartado algunos datos de cómo ha sido consagrado el mencionado derecho en la legislación comparada y presentar las bases mínimas que permitan abrir el debate sobre las reformas que es necesario introducir en nuestra ley civil para ajustarla a los mandatos de orden superior.

1.- Las tendencias en la legislación extranjera

Dentro del campo de autonomía del niño y adolescente, el derecho contemporáneo ha introducido normas que implican reconocerle el poder de vigilar y proteger su salud e integridad corporal y psíquica.

En Francia, el niño tiene el derecho de participar en el tratamiento médico que le será prodigado y debe ser informado, de acuerdo con su posibilidad de comprensión, de todo acto o intervención médica en su persona⁵. El Código de Salud Pública autoriza a los médicos a evacuar la consulta de un menor que se presenta solo, sin ningún límite de edad⁶. De esta manera, el Servicio de Salud Escolar, los Centros Médicos Psicológicos o los Servicios derivados de la Protección Judicial de la Juventud están organizados para recibir a los jóvenes, a quienes se les asegura la confidencialidad, salvo para determinados tratamientos que exigen la autorización de los padres. No se admiten investigaciones biomédicas si el niño o adolescente, apto para expresar su voluntad, rechaza o revoca el consentimiento⁷. El profesional que presta sus cuidados al paciente menor de edad debe esforzarse por prevenir a sus padres, salvo casos de urgencia o cuando no puede entrar en contacto con ellos; al mismo tiempo, se constituye en defensor del niño si entiende que el interés de su salud ha sido mal comprendido o mal preservado por su entorno (arts. 42 y 43 del Código de deontología médica). Está previsto, además, que “en la medida de lo posible”, debe recoger el consentimiento del interesado⁸. La libertad del menor de edad para decidir sólo se restringe en el interés del orden, la salud y moralidad públicas o cuando afecta derechos fundamentales del otro. En caso de conflicto con sus padres o con el personal médico sobre una admisión al hospital o una terapéutica a seguir, puede pedir la intervención del Juez de Menores en el marco del recurso de la asistencia educativa (375 Código Civil francés).

En Francia, si bien se requiere el consentimiento de los representantes legales para la internación del niño en centros hospitalarios, cuando aquéllos se niegan y ello puede afectar la integridad del paciente, el médico tiene el dere-

(5) Lenöel, Pierre, *La capacité juridique de l'enfant mineur en droit français*, Centre de Vauresson, Francia, 1986, pág. 87.

(6) Rosenczveig, J. P., “Les droits de l'enfant”, *Documentation française*, N° 669, 13/12/91, págs. 122/125.

(7) Rosenczveig, Jean Pierre y Verdier, Pierre, *La parole de l'enfant*, París, 1999, págs. 177 y sgtes.

(8) Boulanger, Francois, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, Ed. Económica, París, 1998, págs. 152 y sgtes.

cho de solicitar la intervención judicial que le permita proporcionarle los cuidados necesarios. Indudablemente, la autorización judicial no sólo puede tener lugar frente a un pedido de la autoridad médica, sino también ante la solicitud del propio hijo que no comparte la decisión de los padres⁹.

Por otra parte, en dicho país, los niños y adolescentes no sólo tienen el derecho al autocuidado, sino que participan como sujetos activos con posibilidad de opinar y de incidir en los sistemas de salud. Una circular francesa del 3 de agosto de 1992 establece que en los consejos de las estructuras sanitarias y sociales deben intervenir los usuarios de más de 12 años que son electos y elegibles para formar parte de estos Consejos. Se considera que esa edad es razonable teniendo en cuenta las capacidades intelectuales necesarias para pronunciarse en materias que tocan la vida cotidiana de los establecimientos. También ha sido prevista la misma edad por el Ministerio de Educación para la representación de los alumnos en ciertas instancias consultivas de los establecimientos de su competencia¹⁰.

En Inglaterra, aparece la noción de una “mayoría médica”, distinta de y más precoz que la mayoría de la capacidad civil. La Sección 8a. del Acta de Reforma del Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por encima del criterio de sus padres o representantes legales.

Asimismo, el *Children's Act* de 1989 permite a un niño o adolescente, con suficiente discernimiento, tomar una determinación una vez informado y rehusarse a los criterios médicos, psiquiátricos o de otra naturaleza que los tribunales incluyan en las órdenes de protección. Los mayores de 16 años se consideran competentes como los adultos, a menos que una razón hiciera comprender lo contrario, y pueden dar su consentimiento válido, incluida su admisión en los hospitales de salud mental. Los que no han alcanzado esa edad, o sea, se encuentran por debajo de los 16 años, para ser considerados “competentes” y dar un consentimiento válido, deben ser capaces de entender los objetivos del tratamiento y evaluar sus riesgos y beneficios. El grado de comprensión que se exige depende de la naturaleza de la intervención médica y acrece con la complejidad de ésta.

En la doctrina se sostiene que el médico que interviene puede, según los casos, aconsejar al adolescente que haga participar a los padres en la decisión, pero se destaca que esto en modo alguno significa exigir una notificación a los padres, pues debe respetarse la confidencialidad¹¹.

En varios fallos ingleses se ha considerado que, si bien los menores “competentes” pueden dar su consentimiento, no tienen el derecho de veto. Esto quiere decir que, si rechazan un tratamiento, el consentimiento válido puede ser dado, según los casos, por quien tiene la autoridad parental o por el tribu-

(9) Boulanger, F., ob. cit., págs., 152 y sgtes.

(10) Rosenczveig, Jean Pierre y Verdier, Pierre, *La parole de l'enfant*, París, 1999, pág. 210.

(11) Bainhaim, A., ob. cit., pág. 503.

nal¹². Sin embargo, el rechazo del hijo constituye un factor importante para decidir si se lo debe someter al acto médico¹³.

En la ley de Reforma de la Capacidad Legal de los Menores (*Age of Legal Capacity Act*, de 1991), de Escocia, se alcanza la capacidad legal a los 16 años y la idoneidad para actuar no depende de la aplicación de ningún “test de madurez” de carácter individual. Si, por el contrario, son menores de dicha edad, el “test de madurez” gobierna su capacidad para consentir tratamientos quirúrgicos, médicos o dentales¹⁴.

En los Estados Unidos, diversos estatutos atribuyen facultades a los pacientes menores de edad para dar su consentimiento a diferentes intervenciones médicas, variando, según las jurisdicciones, el alcance de la autonomía del niño o joven en esta materia¹⁵. Leyes de 21 Estados y el Distrito de Columbia lo autorizan para consentir servicios de salud mental ambulatoria y en 22 Estados pueden consentir prácticas de medicina general e, incluso, de cirugía, de acuerdo con la edad y circunstancias. En Alabama, por ejemplo, tienen esta facultad los mayores de 14 años y en South Carolina, los que superan los 16 años. En otros Estados no se establece una edad fija y se confiere autorización para prestar su consentimiento a intervenciones médicas o quirúrgicas al niño o adolescente que tenga suficiente madurez para entender la naturaleza del tratamiento¹⁶.

La Academia de Pedriatría de dicho país (*American Academy of Pediatrics* [AAP]), en un trabajo sobre el tema ha considerado que los adolescentes, especialmente mayores de 14 años, tienen capacidad tanto como los adultos para dar su consentimiento informado en decisiones referentes a su salud. Factores éticos y legales relacionados con la confidencialidad y privacidad permiten que el médico pueda dar participación a los padres después de intercambiar ideas con el adolescente y solicitarle autorización para citarlos¹⁷.

En Quebec, el Código Civil de 1996, en el título referido a los derechos de la personalidad, establece que el consentimiento para los cuidados del menor de edad, trátase de exámenes, tratamientos o cualquier tipo de intervención médica, debe ser dado por el titular de la autoridad parental o por el tutor. Sin embargo, si hubiera alcanzado los 14 años, puede consentir por sí solo tales cuidados, sin necesidad de información a los padres o representantes. Empe-

(12) Un autor cita el caso de una transfusión sanguínea a una menor de 15 años que se había opuesto por razones religiosas o el caso de una menor anoréxica de 16 años que se oponía al tratamiento (Boulanger, F., cit. pág. 148).

(13) Micholls, Michel, “Keyholders and Flak Jackets, Consent to Medical Treatment for Children”, *Family Law*, febrero 1994, Londres, Gran Bretaña.

(14) Bainhaim, A., trab. cit., págs. 511 y sgtes.

(15) Para un desarrollo más amplio de este tema, consultar: Gorvein, Nilda Susana y Polakiewicz, Marta, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *Los derechos del niño en la familia*, Editorial Universidad, Dir. Grosman, 1998, págs. 127 y sgtes.

(16) Donovan, Patricia, *Teenagers’ Right to consent to Reproductive Health Care*, The Alan Guttmacher Institute, 1997.

(17) “Informed Consent, Parental Permission and Assent in Pediatric Practice”, en *Pediatrics*, American Academy of Pediatrics, v. 95, N° 2, 1995, págs. 314-317.

ro, cuando tiene que permanecer en un establecimiento de salud por más de 12 horas, el titular de la autoridad parental debe ser informado (art. 14). Si el menor de 14 años o más se niega a realizar un tratamiento, éste sólo podrá llevarse a cabo con autorización judicial, salvo que fuere urgente o que la vida o integridad del paciente se encuentren en peligro, en cuyo caso el consentimiento del titular de la autoridad parental o tutor es suficiente (art. 16). Igualmente, el que hubiere alcanzado los 14 años puede consentir tratamientos que no son indispensables para el cuidado de su salud; no obstante, es necesario el consentimiento del titular de la autoridad parental o del tutor si las intervenciones presentan un riesgo serio para la salud del menor y pueden causarle efectos graves y permanentes (art. 17)¹⁸.

En los Países Bajos, una ley de 1995 reglamenta los derechos del paciente menor de edad. El principio básico es que la autoridad de los padres disminuye a medida que se desarrolla la capacidad del hijo para tomar decisiones. El ordenamiento, referido específicamente al tratamiento médico, divide a los niños menores de edad en tres categorías, otorgándoles una capacidad decisoria diferente. Si se trata de niños menores de 12 años, se requiere la autorización de los padres o tutores para emprender un tratamiento. Cuando tienen entre 12 y 16 años, se impone el sistema de la doble autorización. En el caso de mayores de 16 años, desaparece el rol del representante¹⁹. El cuerpo médico siempre tiene la libertad de proceder de otra manera si la salud del niño o adolescente se encuentra en grave riesgo. También el Consejo de Protección a la Infancia puede intervenir en lugar de los padres, si por una amenaza seria a la salud del hijo es indispensable una intervención quirúrgica y los padres rehúsan el consentimiento e, igualmente, se descarta su voluntad en caso de un “encarnizamiento terapéutico” que implica para el niño una fuente de sufrimientos sin fin²⁰.

En el Código Civil de Suiza, de acuerdo con el art. 16, cuando el hijo tiene discernimiento, puede reclamar servicios médicos y ejercer gran parte de los derechos civiles protegidos por la Constitución Federal y la Convención Europea de los Derechos Humanos. Se define el discernimiento como la capacidad para actuar racionalmente, en sentido similar al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin que se establezca una edad precisa. Este derecho es calificado como “estrictamente personal”²¹.

En España, citamos la ley de Andalucía de 1998, donde se dispone que los menores atendidos en los Centros Sanitarios tienen derecho a recibir información respecto del tratamiento médico, adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo o psicológico. Los niños y adolescentes pueden solicitar solos

(18) Lamarche, Lucie y Bosset, Pierre, *Des Enfants et des droits*, Les Presses de L'Université Laval, Canadá, 1997.

(19) Vlaadingerbroek, Paul, “Le droit fondamental de l'enfant mineur à l'intégrité corporelle et aux décisions médicales”, en *L'enfant et les conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, Francia, 1996, pág. 385.

(20) Boulanger, F., ob. cit., pág. 151.

(21) Boulanger, F., ob. cit., pág. 151.

o acompañados por sus padres, tutores, guardadores u otros familiares, la atención de los servicios de salud (art. 10-4). Empero, deben recabar el consentimiento de los padres respecto de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño o adolescente. El consentimiento deberá ser prestado por el menor si sus condiciones de madurez lo permiten²².

2.- En nuestro país. Necesidad de una reforma

Actualmente, en nuestro país se exige el consentimiento de los padres o representantes legales para cualquier intervención médica a un menor, cualquiera fuere su edad (art. 19, inc. 3 de la ley 17132). Entre las leyes especiales mencionamos: la Ley de Sangre 22990, en la cual se establece que podrá ser donante la persona mayor de 16 años, pero los que no hubieran alcanzado los 18 años deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales (art. 44, incs. a y b); la ley de transplante de órganos y materiales anatómicos 24193, de acuerdo con la cual el dador debe ser una persona capaz mayor de 18 años. En los supuestos de implantación de médula ósea, los menores de 18 años pueden ser dadores, previa autorización del representante legal (art. 15).

Por otra parte, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina establece que no se practicará ninguna operación a menores de edad sin la previa autorización de los padres o tutores del enfermo. En caso de menores adultos, su consentimiento será suficiente si se tratara de operaciones indispensables y urgentes y no hubiese tiempo de avisar a los familiares (art. 18).

Creemos indispensable modificar nuestra ley civil de modo tal que se asegure el derecho del niño o adolescente al cuidado de su propio cuerpo cuando alcanza la madurez necesaria para comprender los beneficios o riesgos de una determinada intervención médica; es indudable que en su calidad de persona debe tener las prerrogativas necesarias para proteger sus derechos a la vida, integridad personal, desarrollo y salud²³, consagrados en normas de rango constitucional, con inmediata operatividad.

Para elaborar un adecuado sistema legal, es indispensable la reflexión interdisciplinaria, particularmente con los profesionales de la salud, que permita considerar los distintos supuestos que pueden presentarse. En coincidencia con gran parte de los lineamientos señalados por Gorvein y Polakiewicz²⁴, proponemos las siguientes pautas como base de discusión:

Los médicos deben informar al paciente menor de edad sobre su estado de salud en términos acordes con su capacidad de comprensión.

En todos los casos el niño o adolescente tendrá derecho, si lo desea, a ex-

(22) Rodríguez Benot, Andrés y Hornero Méndez, César, *La protección del menor en Andalucía*, Edit. Comares, Granada, 2000.

(23) Albanese, Susana y Zuppi, Alberto L., "Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial", *La Ley*, t. 1989-B, pág. 754.

(24) Gorvein, Nilda Susana y Polakiewicz, Marta, ob. cit., págs. 127 y sgtes.

presar su opinión y ésta será tenida en cuenta de acuerdo con su aptitud para entender los beneficios o riesgos del acto médico²⁵.

El mayor de 14 años o, incluso antes, según el tipo de práctica médica, puede realizar consultas médicas y consentir por sí solo los cuidados ordinarios de su salud, que incluyen la atención de su salud reproductiva.

Cuando se trata de actos médicos de mayor complejidad, si bien es suficiente el consentimiento informado del mayor de 14 años, los progenitores o representantes legales deben ser informados, salvo que éstos no pudieren ser ubicados o si por razones de urgencia fuere necesaria una actuación inmediata. En el caso de intervenciones médicas de especial gravedad, que pudiesen constituir un riesgo para la vida del niño o adolescente, se requerirá también el consentimiento informado de los titulares de la autoridad parental. En todos los supuestos en que los padres o representantes legales se opongan al tratamiento juzgado necesario por la autoridad médica, decidirá la justicia, una vez agotadas las posibilidades de lograr el consenso mediante una gestión especializada. Si la demora representara un peligro serio para la vida del enfermo, definido por una junta médica, será suficiente el consentimiento del paciente mayor de 14 años.

Si el paciente mayor de 14 años rehúsa el tratamiento propuesto, se someterá el caso a la justicia, pero bastará el consentimiento de los padres o representantes si, según el criterio médico, la intervención no admite demora y es necesaria para resguardar la vida o la salud del paciente.

En los casos en que tanto el niño o adolescente como los titulares de la autoridad parental rehúsen la práctica médica, el profesional puede petitionar la autorización judicial cuando, de no realizarse la intervención, corriese peligro la vida del paciente.

III.- Autonomía de los adolescentes en la materia de salud reproductiva y procreación responsable

1.- En el derecho extranjero

Cuando se trata de la salud reproductiva y procreación responsable, en la legislación comparada se aplican normas especiales que acuerdan amplias facultades de autodeterminación al joven o adolescente. Un documento nos informa que, cada vez en mayor medida, las leyes y programas de los países de América latina prestan especial atención a la salud reproductiva de los adolescentes a través de la información, educación y creación de servicios especiales²⁶.

En **Francia** se reconoce plena autonomía al menor en materia de anti-concepción (ley N° 67-1176 del 28/12/67, art. 4, modif. por la ley N° 74-1026,

(25) El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa (art. 6, ap. 2) dispone que la opinión del menor debe ser tomada en consideración como un factor determinante "en función de su edad y grado de madurez", a fin de que se preserve la autonomía del paciente (María Virginia Bertoldi de Fourcade, "Traducción jurídica del principio bioético de autonomía", *La Ley - Actualidad*, 23/2/99.

(26) Foro Mundial de la Salud Reproductiva. Biblioteca. Adolescentes. Salud Sexual.

art. 2 del 4/12/74). Cualquiera fuere su edad no necesita de autorización alguna para procurarse anticonceptivos. Los Centros de Planificación Familiar o de Educación Familiar están autorizados para otorgar gratuitamente medicamentos u objetos anticonceptivos, incluso sin prescripción médica. De acuerdo con el Código de Salud Pública, art. 5177, si el joven o adolescente desea guardar el secreto, su pedido de prestaciones no queda registrado. También, en la investigación del SIDA se permite su acceso gratuito y anónimo a los centros de planificación familiar para efectuar el correspondiente test²⁷. El art. 5134-1 del Código de Salud Pública establece que los medicamentos que tengan por objeto una anticoncepción de urgencia y no resulten susceptibles de presentar un peligro para la salud no demandan una prescripción obligatoria y pueden ser entregados a los menores en las farmacias, a título gratuito y según las condiciones definidas en el decreto.

En **Inglaterra**, el caso “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” (1986) resulta paradigmático en materia de salud reproductiva del adolescente. Una nota del Departamento de Salud de 1980, relativa a la distribución de productos anticonceptivos a menores de 16 años, recomendaba implicar, dentro de lo posible, el consentimiento parental. Mme. Gillick, madre de cinco hijas que no habían alcanzado los 16 años, consideró que esta expresión significaba que las autoridades locales le aseguraban que sus hijas no recibirían, sin su aprobación, los anticonceptivos. Ante el silencio de las autoridades frente a dicha interpretación, inició una acción contra los servicios administrativos médicos tendiente a afirmar su tesis. El tribunal sostuvo que la capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino de la madurez del menor y su idoneidad para entender las consecuencias de la decisión. Por consiguiente, los menores de 16 años con madurez suficiente para ello pueden pedir libremente, sin necesidad de la autorización de los padres, asesoramiento médico y prestar su consentimiento para prácticas anticonceptivas. El derecho de decidir del hijo prevalece, en caso de conflicto, sobre todo derecho parental.

En los **Estados Unidos**, la tendencia en las últimas décadas es reconocer a los menores de edad el derecho de tomar decisiones en el cuidado de su salud y en las prácticas anticonceptivas; en materia de salud reproductiva, 33 Estados y el distrito de Columbia tienen leyes que les otorgan explícitamente la autoridad para consentir servicios anticonceptivos y en 49 Estados y el distrito de Columbia, se autoriza a los menores a consentir el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades sexuales transmisibles. Algunos Estados facultan a los médicos, de acuerdo con su criterio y si ello es conveniente o favorece al adolescente, a informar a los padres cuando el hijo busca servicios anticonceptivos o prestaciones frente a enfermedades sexuales transmisibles. Leyes de 28 Estados y el distrito de Columbia acuerdan a los adolescentes capacidad para requerir consejo profesional y cuidado médico en los casos de abuso de drogas o alco-

(27) Rubellin-Devichi, Jacqueline, *Droit de la Famille*, Dalloz Action, 1999, N° 1880, pág. 625.

hol. Diversos tribunales americanos (Texas, Maine, entre otros) rechazaron la necesidad del consentimiento de los padres o minimizaron el valor de la autorización o veto parental para el uso de métodos anticonceptivos por sus hijos²⁸.

Ya en 1977, en el caso “Carey v/ Population Services International”, la Corte Suprema, con fundamento en el atentado a la vida privada del hijo, declaró la inconstitucionalidad de una disposición del Estatuto de Nueva York que incriminaba a quien solicitaba o distribuía anticonceptivos a un menor de 16 años²⁹.

2.- La salud reproductiva de los adolescentes en el país

La adolescencia se caracteriza por un conjunto de cambios físicos, psicológicos, emocionales y sociales que determinan la transición entre la infancia y la edad adulta, etapa vital que demanda una atención especializada. Abarca la franja etaria que se inicia con la pubertad, momento biológico que los especialistas ubican entre los 12 y 14 años³⁰, aun cuando ahora, con mayor frecuencia, acontece en edades más tempranas –10 y 11 años–.

Las diversas leyes y programas de salud reproductiva y procreación responsable aprobadas en el país han otorgado especial prioridad a los adolescentes (Ciudad de Buenos Aires, leyes núms. 418 y 439, Córdoba, La Pampa, Chaco, Chubut, Misiones, Mendoza, Neuquén, Jujuy, Río Negro, entre otras). Esta preocupación se basa en la observación de una realidad que condiciona la adopción de medidas sociales o jurídicas destinadas a preservar la salud e integridad psicofísica de esta franja de la población y disminuir la morbimortalidad materna e infantil.

En la Ciudad de Buenos Aires se dictaron las leyes núms. 418 y 439, en cumplimiento del mandato de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que, por una parte, reconoce los derechos reproductivos y sexuales de hombres y mujeres como derechos básicos, especialmente para decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos (art. 37); por la otra, ordena la sanción de una ley básica de salud que promueva la maternidad y paternidad responsables y ponga a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen los derechos reproductivos (art. 21, inc. 4).

Estas leyes, como las sancionadas en las diversas provincias, han tenido el propósito de hacer efectivos los compromisos internacionales, especialmente la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), que obliga a los Estados partes a tomar las medidas a fin de asegurar el acceso a servicios de atención médica, incluso información, asesoramiento y prestaciones en materia de planificación de la familia (arts. 12, 14 inc. 2b y 16 inc. 1e).

(28) Donovan, Patricia, *Teenagers' Right to Consent. To Reproductive Health Care*, The Alan Guttmacher Institute, 1997.

(29) Boulanger, F., ob. cit., pág. 149.

(30) Aberasturi, Arminda y Knoble, M., *La adolescencia normal*, Paidós, 1974.

La materia relativa a la procreación ha sido considerada como un derecho inherente a la persona, de carácter fundamental, que afecta la vida entera y entra en el dominio privado. Esto significa que la mujer o el hombre tienen la libertad de elegir si quieren o no tener un hijo³¹ y se les debe proporcionar información, educación y medios para efectivizar tal derecho (Conferencia Mundial sobre Población de las Naciones Unidas, Bucarest, 1974).

Es indiscutible que cada vez es mayor el número de jóvenes carentes de información que son sexualmente activos y, por lo tanto, corren el riesgo de tener un embarazo no querido o contraer una enfermedad de transmisión sexual.

Particularmente se trata de adolescentes de los sectores de escasos recursos. Una investigación comprobó que el uso de anticonceptivos es menor en las mujeres con necesidades básicas insatisfechas y que en el grupo etario de 15 a 19 años la diferencia es importante: apenas alcanza al 20 % en los adolescentes con NBI, mientras que en los demás sectores llega al 50 %³². La joven de clase media suele tener acceso temprano al conocimiento de su fisiología y los posibles riesgos de un embarazo³³. Basta leer los datos estadísticos para representarnos la magnitud del sector de la niñez y adolescencia que vive en una situación precaria: cuatro millones de menores de 18 años habitan en hogares con las necesidades básicas insatisfechas. Si consideramos la Capital Federal y el conurbano bonaerense, se calcula que la mitad de los niños y adolescentes pertenecen a hogares pobres. Se estima que 6.000 niños y 24.000 adolescentes viven en la calle y realizan actividades marginales. El 32 % de los jóvenes entre 13 y 18 años no asiste a un establecimiento educacional³⁴.

Uno de los objetivos de las leyes de salud reproductiva es disminuir la morbilidad materna e infantil que alcanza a cifras alarmantes en el caso de los adolescentes. Frente a un embarazo no deseado, una de las alternativas de la joven carente de recursos, sin apoyo de la pareja o contención familiar, es el aborto³⁵, realizado como una práctica clandestina que pone en peligro la vida de la joven embarazada. Aun cuando resulta difícil establecer la cifra, se calcula que se realizan más de 500.000 abortos por año³⁶, gran parte practicados en mujeres menores de 20 años. Las complicaciones derivadas de ellos son la primera causa de internación en los hospitales públicos³⁷ y constituyen la tercera

(31) Eriksson, Maja Kirilova, "Family Planning as a Human Rights Issue", en *Parenthood in Modern Society*, edit. por John Eekelar and Petar Carcevic, Nijhoff Martinus Publishers, pág. 191.

(32) López, Elsa, "Salud de las mujeres y condiciones de vida", cit. en el *Boletín de la Red de investigación en aspectos sociales de la reproducción humana*, N° 13, 1995, Centro de Estudios de Población - Cenep.

(33) Viladrich, Anahí, *Madres solteras adolescentes*, Centro Editor de América Latina, 1991, págs. 9 y sgtes.

(34) Informe de la Comisión de Ecología y Desarrollo Humano del Senado de la Nación, *Clarín*, 30/3/97.

(35) Álvarez, Atilio, *Clarín*, 2/2/92.

(36) Fundación Argentina de Lucha contra el Aborto, *Clarín*, 27/11/2000.

(37) Fuente: Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, en *La salud de las madres, los niños y las niñas: una apuesta por la vida*, Ministerio de Salud, Secretaría de Atención Sanitaria.

causa de muerte de mujeres en edad de procrear³⁸. En la Ciudad de Buenos Aires, el 2.5 % de todas las internaciones en los hospitales municipales se deben a complicaciones derivadas de un aborto, con un promedio anual de 3.600 intervenciones por esta causa³⁹. La tasa de mortalidad por causas obstétricas representa un tercio del total⁴⁰. Esta tasa de mortalidad materna acrece notablemente en jurisdicciones como Formosa, Chaco, Jujuy, Santa Cruz⁴¹. Se producen complicaciones como perforación de útero, lesiones en las trompas, insuficiencia renal o infecciones⁴². Una nota periodística referida al aborto nos informa que el 35 % de muertes de adolescentes embarazadas se deben a complicaciones derivadas del aborto⁴³.

Por otra parte, la literatura científica sobre la materia afirma que la maternidad a edad temprana trae efectos negativos para la mujer y el hijo, algunos atribuibles a la inmadurez biológica y psicológica de las niñas, pero muchos derivados de su situación social⁴⁴. Del total de partos, en el año 1997, el 15.9 % correspondía a jóvenes entre 15 y 19 años⁴⁵ y el 0.5 % (3.000 nacimientos) a menores de 15 años (1997), cifra que se incrementa en las regiones del noreste (Chaco, Misiones, Formosa, Salta, Tucumán). Muchas de las madres adolescentes ya han tenido uno o dos hijos más⁴⁶. Los casos de madres adolescentes entre 12 y 14 años aumentaron en los últimos años. Uno de cada doscientos niños nacidos en el país son hijos de madres menores de 15 años y, en la Capital Federal, el 18 % de bebés que nacieron en el año 1992 eran hijos de adolescentes⁴⁷.

Los riesgos de complicaciones en el parto son más altos que para las madres de las otras franjas de edad, excepto las más añosas. El riesgo de morir en el parto es dos veces mayor en las jóvenes de 15 a 19 años que en el grupo etario de 20 a 29 años y en las menores de 15 años el peligro de muerte es cinco veces mayor⁴⁸. Con relación a la mortalidad infantil, la tasa es superior en niños nacidos de madres adolescentes: las criaturas tienen menor peso, defor-

(38) *Clarín*, 30/4/94.

(39) *Clarín*, 21/4/91.

(40) Fuente: Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, en "La salud de las madres, los niños y las niñas: una apuesta por la vida", Ministerio de Salud, Secretaría de Atención Sanitaria.

(41) Fuente: Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, en "La salud de las madres, los niños y las niñas: una apuesta por la vida", Ministerio de Salud, Secretaría de Atención Sanitaria.

(42) *Clarín*, 21/4/91.

(43) *Clarín*, 27/8/91.

(44) Pantelides, Edith Alejandra y Cerrutti, Marcela S., Cenep, Centro de Estudios de Población, N° 47, 1992, pág. 1.

(45) Datos informados en 1999 por el Ministerio de Salud y Acción Social, nota de Mabel Bianco, médica experta en Salud Pública, "Epidemiología y Estadística Médica", *Clarín*, 16 de julio de 2000.

(46) En 1987, por ejemplo, el 23 % de las adolescentes que dieron a luz estaban teniendo su segundo hijo y un 6 %, el tercero o más (Pantelides, Edith Alejandra y Cerrutti, Marcela S., Cenep, Centro de Estudios de Población, N° 47, 1992, pág. 5).

(47) *Clarín*, 2/2/92.

(48) Foro Mundial de Salud Reproductiva. Biblioteca. Adolescentes. Salud Sexual.

maciones congénitas o no pueden madurar adecuadamente. En la literatura sobre el tema se sostiene que la tasa es el 30 % más elevada cuando se trata de mujeres de 15 a 19 años que cuando son nacidos de madres mayores de 20⁴⁹. En la Argentina, de acuerdo con datos de 1998, la tasa de mortalidad según edad de la madre alcanzaba al 45.1 por mil en madres menores de 15 años y al 22 por mil en el período 15-19 años, proporción que descendió al 12.4 en la franja de 25-29 años⁵⁰.

Podemos concluir que concebir un hijo para una adolescente en el contexto de necesidades básicas insatisfechas y donde no cuenta con sus padres no es el producto de una elección, sino el resultado del desconocimiento y su situación sumergida. En una investigación sobre maternidad adolescente, las entrevistas realizadas a mujeres de sectores populares demostró que la mayoría de las categorizadas como marginadas, había tenido su primer hijo en la adolescencia⁵¹.

3.- El consentimiento informado del menor de edad

La ley que rige en la Ciudad de Buenos Aires establece, dentro de sus propósitos, “facilitar a varones y mujeres el acceso a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos” (art. 3). Normas de similar tenor rigen en otras provincias. Estos ordenamientos no imponen a los ciudadanos ningún deber. No se obliga a pedir información ni a aceptar los servicios o métodos anticonceptivos que se ofrecen. Esto significa que se respeta el derecho a la privacidad familiar, no se lesionan la voluntad individual ni las creencias y conciencia de cada uno, o sea, se toma en consideración la diversidad cultural y religiosa.

La ley está dirigida a las personas en “edad fértil”. Quiere decir que pueden acceder al servicio los adolescentes y jóvenes, cualquiera fuere su edad, que tengan capacidad reproductiva, quienes deben prestar el consentimiento informado para las prestaciones ofrecidas por la ley. Se prevé un asesoramiento personalizado, es decir, la correcta utilización de los servicios en cada caso particular (art. 7).

El menor adulto, es decir, mayor de 14 años, posee, de acuerdo con el Código Civil, la capacidad para prestar su consentimiento informado pues tiene discernimiento (art. 921 C. C.). De esta manera, puede realizar una serie de actos, entre otros, reconocer hijos, estar en juicio cuando es demandado criminalmente (art. 286 C. C.), trabajar, administrar sus ingresos, actuar en juicios

(49) *Network introduction: La santé reproductive des adolescentes*, primavera 1997, vol. 17, N° 3 (www.fhi.org/fr/network/fv17-3/nf1731.html).

(50) Fuente: Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, en “La salud de las madres, los niños y las niñas: una apuesta por la vida”, Ministerio de Salud, Secretaría de Atención Sanitaria.

(51) “Maternidad adolescente: un camino hacia la marginación”, *Cuadernos médicos sociales*, N° 77, págs. 81-101, comentario en Boletín de la Red de investigación en aspectos sociales de la reproducción humana, Centro de Estudios de Población, Cenep.

vinculados al contrato de trabajo, ejercer una profesión, ser testigo, etcétera. En este contexto, es indudable que está facultado para decidir si quiere tener o no un hijo y, en su caso, el derecho de realizar los actos necesarios para prevenir el embarazo.

Se trata de una opción personal, un acto personalísimo, que no puede ser reemplazado por la voluntad de los padres, quienes si bien tienen el deber y el derecho de aconsejar a sus hijos, formarlos y educarlos de acuerdo con sus convicciones, nunca pueden impedirles resolver por sí un tema tan propio y privado, en función de sus posibilidades, plan de vida y creencias.

Veamos qué sucede con los menores que no han alcanzado los 14 años pero que cumplen con el requisito de la ley, es decir, tener capacidad reproductiva, lo cual les posibilita pedir información y acceder a las prestaciones mencionadas en el ordenamiento. Según datos registrados en 1985, la maternidad adolescente precoz –de 10 a 14 años– apenas alcanzaba el 0.7 por mil en la Capital Federal, pero en provincias como Chubut, Neuquén, Río Negro, Salta, la proporción subía al 4 y 5 por mil. Pese a su escasa magnitud, es preciso reflexionar acerca del derecho de estos adolescentes menores de 14 años de prevenir un embarazo no deseado, evitar la transmisión de enfermedades y acceder a otros servicios que ofrece el ordenamiento, frente al texto del Código Civil que los cataloga como menores impúberes con incapacidad absoluta (art. 54).

En primer término, es preciso diferenciar la capacidad legal para adquirir derechos y obligaciones del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, los beneficios y riesgos⁵². Esto significa, cuando se trata del cuidado de la salud, distinguir el concepto bioético de “competencia” de la noción de “capacidad jurídica”⁵³. Una adolescente de 13 años, por ejemplo, puede no tener la aptitud para firmar un contrato pero sí tiene la idoneidad para decidir si desea recibir información para prevenir un embarazo o una enfermedad sexual transmisible y utilizar los servicios implementados con esta finalidad.

A partir del momento en que el adolescente está en condiciones físicas de procrear, le asiste el derecho de cuidar este aspecto de su salud y resolver si realmente desea ser padre o madre. Es suficiente que tenga la capacidad para recibir la información y comprender los propósitos de las prestaciones anticonceptivas⁵⁴ para que pueda adoptar una determinación. Como ha señalado

(52) Highton, Elena H. y Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 87.

(53) Lavalle, Olga O., “Consentimiento informado en adolescentes. Bioética”, *Jurisprudencia Argentina*, 1 de noviembre de 2000.

(54) En una ponencia presentada por Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda en las V Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia y Sucesiones, Colegio de Abogados de Morón, se propicia reconocer “la expresión de la manifestación de voluntad del menor de edad o incapaz, en lo relativo al ejercicio de los derechos de la personalidad, en particular, en toda práctica biomédica que afecte su integridad psicofísica en los supuestos en que dichas prácticas resulten en su exclusivo y directo beneficio”.

Aída Kemelmajer de Carlucci, “una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión”⁵⁵.

En segundo lugar, es indispensable afirmar con absoluta energía y sin ninguna clase de hesitaciones que el adolescente, cualquiera fuere su edad, tiene el derecho de proteger su vida, su integridad biopsicosocial, su salud y su desarrollo, derechos estos que se encuentran en la cúspide de nuestro ordenamiento legal y, por cierto, por encima de las normas del Derecho Civil. Para hacer efectiva esta facultad de autocuidado, es necesario, al mismo tiempo, afirmar su derecho a la autonomía personal y privacidad, reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que no afecte a terceros ni lesione el orden público. Esta norma y otros preceptos de carácter constitucional⁵⁶ invalidan las interpretaciones reduccionistas basadas en nuestra ley civil.

El derecho y responsabilidad del adolescente de tomar una decisión de acuerdo con su propia situación y circunstancias de vida se relaciona también con el derecho del hijo de nacer de padres que lo quieran y lo desean⁵⁷. Este derecho del hijo al amor de los padres se inscribe en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando dice que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Tener un hijo no es simple procreación biológica, sino que implica la firme determinación de criarlo y formarlo, y esto, indudablemente, constituye un elemento esencial en un proyecto de vida. Pensemos en el daño a la salud y al desarrollo de su personalidad que puede ocasionar a una adolescente sin ningún apoyo el nacimiento de un niño que no puede tener junto a sí, pues no se encuentra en condiciones de asumir su crianza y educación. Son, con frecuencia, como ha señalado Eva Giberti, “dos criaturas, ambas inermes para su propio crecimiento”⁵⁸.

Por otra parte, el art. 13-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, también de rango constitucional, otorga a los niños y adolescentes la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de todo tipo, lo cual, naturalmente, incluye la referida a la salud reproductiva. El ejercicio de este derecho no se condiciona a una edad determinada ni a la autorización de los padres.

Se trata de una facultad esencial en materia de derechos sexuales y reproductivos, pues investigaciones realizadas demuestran el desconocimiento que, a menudo, tienen los púberes sobre este tema. Resultan sorprendentes los resultados de una encuesta sobre fecundidad realizada en la Argentina (1990-

(55) Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de Bioética y Derecho, organizadas por la cátedra Unesco de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23 de agosto de 2000.

(56) Art. 16, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(57) Eriksson, M. K., trab. cit., pág. 194.

(58) Giberti, Eva, “Niña-madre. Una expresión perversa”, en *Sociedades y Políticas*, 1996, N° 1, pág. 31.

1991)⁵⁹ a adolescentes de 13 a 19 años que utilizaron los servicios en el Hospital General de Agudos, Dr. Cosme Argerich, en la Capital Federal y en el Hospital subzonal de Puerto Madryn, cuya población habitual está conformada por personas de estratos medios bajos y bajos⁶⁰. Una gran parte de los encuestados desconocía el desarrollo sexual de la mujer y del hombre⁶¹ y, respecto de la pregunta referida a cuándo una mujer puede quedar embarazada, muy pocos se refirieron en forma correcta al ciclo menstrual y precisaron el momento en que la mujer tiene mayores probabilidades de quedar embarazada⁶².

4.- El consentimiento de los padres o guardadores

Una presentación judicial ha pedido se declare la inconstitucionalidad de varias normas de la ley de salud reproductiva y procreación responsable sancionada en la Ciudad de Buenos Aires⁶³, por haber acordado a los menores el derecho de acceder a los servicios que describe la ley, sin la conformidad de los padres o de sus representantes legales o, en su defecto, del Ministerio Público. De esta manera, sostienen los peticionantes, se vulnera el ejercicio de la patria potestad. Veamos si es justa esta crítica⁶⁴.

A.- Los cambios en la infancia y adolescencia

En primer lugar, debemos ubicar a los niños y adolescentes en el marco natural, social y cultural de la vida actual, donde se evidencia una ampliación de sus capacidades y de su participación social impensables en las viejas épocas. Sólo para dar algunos ejemplos de los muchos que abundan en los diarios: jóvenes de 11 a 18 años de 30 escuelas de la Capital Federal y la provincia de Buenos Aires plantearon a la Legislatura recuperar la costa como espacio público y preservar las áreas naturales⁶⁵. Un grupo de chicos de entre 7 y 14 años, que representaban a 15.000 chicos de todo el país, entregaron sugerencias de “cómo gobernar mejor” a la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados⁶⁶. Se han creado órganos municipales integrados por jóvenes, como el

(59) Pantelides, Edith Alejandra y Cerrutti, Marcela S., *Conducta reproductiva y embarazo en la adolescencia*, Cenep, Centro de Estudios de Población, Buenos Aires, 1992.

(60) Pantelides - Cerrutti, trab. cit., págs. 23 y sgtes.

(61) Respecto del desarrollo sexual del hombre, la mitad de la muestra de los varones evidenció desconocimiento sobre lo que se le preguntaba, ignorancia que alcanzó casi al 80 % cuando se trataba de mujeres. La pregunta referida al desarrollo sexual de la mujer efectuada a los varones no fue contestada por más de la mitad de los varones, proporción que disminuyó al 35 %, aproximadamente, cuando quien debía responder era la mujer. Pantelides - Cerrutti, trab. cit., págs. 55 y sgtes.

(62) Pantelides - Cerrutti, trab. cit., pág. 55.

(63) La Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y la Asociación Pro Familia interpusieron la acción prevista en el art. 113, inc. 2, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y pidieron se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 incs. a y b de la ley 418 y la ley 439 modificatoria del art. 7 inc. c) de la ley 418.

(64) El Dr. Gustavo Daniel Moreno ha realizado un trabajo interesante sobre el tema, titulado “Salud reproductiva en la ciudad de Buenos Aires”, en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (inédito). Se encuentra a disposición de los interesados.

(65) *Clarín*, 2/12/98.

(66) *Clarín*, 19/10/2000.

Concejo Deliberante Juvenil en la localidad de Vicente López, provincia de Buenos Aires. Niños y adolescentes participan en los consejos de convivencia de las escuelas, con redacción de normas y sanciones frente al incumplimiento⁶⁷; chicos de 10 a 14 años de todo el mundo, incluyendo a niños y adolescentes de la Argentina, acaban de crear su propio diario *on line*⁶⁸.

Si nos circunscribimos a las libertades de los adolescentes en la vida relacional con sus pares, vemos que se han ampliado de manera notable. Concurren a las discotecas a edades inimaginables en otros tiempos. Según la Federación de Discotecas de la República Argentina, en el país hay 3500 “boliches” y en el 20 % de los locales funcionan matinés para chicos de entre 13 y 17 años y los de 11 o 12 años pueden entrar acompañados por un hermano mayor. Los padres pueden entrar, pero no lo hacen porque “los hijos se morirían de vergüenza”. En suma, *pijamas-party*, matinés o “chatear” por internet hasta la madrugada mientras los adultos duermen, son algunos de los modos de vincularse de los adolescentes que ponen en evidencia el grado de autonomía en su vida personal, que los padres consienten, aunque muchas veces a regañadientes.

Por otra parte, si bien las acciones de niños y adolescentes se nutren de los valores que se alientan en la familia, los medios de comunicación, particularmente la televisión, conforman modelos que la niñez y juventud tienden a imitar y en los cuales se estimula y promueve la sexualidad adolescente. Como se ha destacado en una nota periodística, se erotizan muchos de los productos de consumo para ampliar su venta. Tanto los varones como las niñas sienten presión para la iniciación sexual para no ser catalogados de “tontos” o “raros”. Frente a este bombardeo de mensajes generados por el mundo adulto que, naturalmente, influyen en el comportamiento adolescente, es indudable la necesidad de una educación y orientación dirigidas a una sexualidad responsable, labor que no sólo es responsabilidad de la familia, sino de la sociedad en su conjunto.

Es cierto que muchos jóvenes que viven con sus padres y tienen una buena comunicación con ellos recibirán en esta etapa crucial de sus vidas la imprescindible información, guía y adecuada contención, incluso con el auxilio de la consulta a profesionales. En cambio, la masa de adolescentes y jóvenes desprovistos del apoyo familiar y sin recursos necesita imperiosamente de las acciones de la comunidad y del Estado para lograr el cuidado de su salud y una sexualidad madura.

B.- Las leyes de salud reproductiva no obstaculizan el ejercicio de la responsabilidad de los padres

Las leyes sancionadas destinadas a prestar información y servicios vinculados con la salud reproductiva no lesionan, cuando los usuarios son menores de edad, el ejercicio de la autoridad de los padres o guardadores, pues éstos conservan en toda su extensión el derecho de formar a sus hijos de acuerdo

(67) *Clarín*, 2/6/99.

(68) *Clarín*, 30/3/2001.

con su religión y propias convicciones y guiarlos en el ejercicio de sus derechos conforme a la evolución de sus facultades (art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La ley de salud reproductiva de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no sólo respeta la libertad de los padres para poder educar a sus hijos según sus valores y creencias, sino que propicia su activa participación en “todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos” (art. 7 e) y promueve la reflexión conjunta entre los adolescentes y sus padres sobre este tema (art. 4, inc. n).

A nuestro entender, este compromiso representa la necesidad de crear espacios con personal especializado que permita tratar los posibles conflictos entre padres e hijos referentes a la vida sexual de éstos y al cuidado de su salud. Resulta positivo impulsar desde el derecho la cooperación de los padres u otros adultos para atender los problemas de la salud reproductiva de los adolescentes, con la búsqueda de decisiones compartidas –el modelo de interacción democrática al cual aludimos al comienzo– mediante la información, el intercambio y discusión de las diferentes alternativas y soluciones⁶⁹.

En este sentido, es importante distinguir entre “la posición” y “el interés”. La primera se refiere a lo que se reclama o se dice querer; el interés, en cambio, es lo que subyace a la posición, aquello que efectivamente es el sustento de ella pero que permanece oculto. En el caso, pueden darse posiciones divergentes entre los hijos y los padres. Los primeros al afirmar el ejercicio de ciertas libertades y los segundos al tratar de restringirlas, preocupados por el destino del hijo. En realidad, ambos podrían explorar opciones creativas y lograr el acuerdo, si comprendieran que los anima el mismo interés: el bienestar psíquico y físico del niño o adolescente⁷⁰.

Es preciso tener presente, por otra parte, que la información prestada en estos servicios de salud reproductiva también tiene como destinatarios a los padres u otros adultos, para proporcionarles la debida orientación en la materia en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este deber estatal se clarifica aún más con la reserva efectuada por nuestro país con relación al art. 24, inc.f), del mismo cuerpo legal, al interpretar “que es obligación de los Estados adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”. Esta asistencia a los padres debe tener como norte, tal como lo manda el art. 5 del mencionado tratado, guiar al niño y adolescente para que, en consonancia con la evolución de sus facultades, ejerza sus derechos.

C.- La responsabilidad de la sociedad y el Estado en afirmar el derecho a una sexualidad responsable de los jóvenes

Si bien hay una primordial responsabilidad de los padres en la crianza y formación del hijo (art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el

(69) Nielsen, Linda and Frost, Lis, “Children and the Convention: The Danish Debate”, *Children's Rights*, editado por Michael Freeman, Gran Bretaña, 1996, págs. 88 y sgtes.

(70) Kozicki, Claudia, integrante del Departamento de Inserción y Capacitación Institucional del Plan de la provincia de Buenos Aires para la prevención de la violencia escolar (inédito).

Estado, que asumió el papel de garante de sus derechos, debe protegerlo si aquéllos están ausentes o, por sus condiciones económicas y culturales, no se encuentran en condiciones de asesorarlos cuando han llegado a la pubertad. No debemos olvidar que muchos niños y adolescentes, con estructuras familiares frágiles o inexistentes y sin ningún sostén, día a día emplean distintas formas de supervivencia que conducen a prácticas sexuales indiscriminadas y los consiguientes embarazos precoces.

Por otra parte, bien es sabido que, con harta frecuencia, los hijos no hablan con sus padres de los temas vinculados a la sexualidad y tampoco los progenitores saben cómo enfrentar estos problemas. En una investigación se determinó, en cuanto al conocimiento sobre el uso de los métodos anticonceptivos, que la mayor fuente de conocimientos para los adolescentes provenía de los pares y los medios de comunicación. Sólo una baja proporción había recibido información de los padres⁷¹, verificándose que un alto porcentaje de los jóvenes no había hablado con ellos sobre cuestiones relacionadas con el cuerpo, la reproducción y la sexualidad. Son muchas las razones dadas acerca de esta falta de comunicación, registrándose respuestas como: “nunca me dieron consejos”, “no se preocuparon de nosotros”, “no hay mucho contacto”, “mi mamá está ocupada y no tengo padre”. Otros expresaron que los padres no estaban en condiciones de informarles o ellos sentían vergüenza de tratar estos temas⁷². La exploración comprobó, por otra parte, que los que no hablaban con sus padres, tampoco dialogaban con los docentes y ni siquiera con los pares⁷³. Es decir, que hay una franja adolescente importante que no recibe orientación sobre estos temas.

Frente a esta realidad, es necesario proporcionar información para que el adolescente adopte decisiones teniendo conciencia de las consecuencias y responsabilidades que surgen de las diversas alternativas. En todos estos casos, el Estado no puede cruzarse de brazos y debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la vida, la integridad psicofísica, la salud y el adecuado desarrollo de los jóvenes frente a la inacción de los familiares, es decir, promover las medidas de acción positiva para garantizar el goce y ejercicio de tales derechos (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional). Este mandato armoniza con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige proteger su interés superior, definido por el respeto y la defensa de sus derechos fundamentales, obligación cuyo cumplimiento puede ser exigible por los propios titulares de tales derechos, es decir, los niños y adolescentes y la comunidad.

D.- ¿Cuáles serían los efectos si se exigiera al hijo obtener la conformidad de los padres u otros representantes para requerir información o servicios vinculados a su salud reproductiva y procreación responsable?

Los que sostienen que la ley debería imponer el consentimiento de los padres para que los menores de edad puedan requerir información y prestacio-

(71) Pantelides - Cerruti, trab. cit., págs. 60 y sgtes.

(72) Ídem, págs. 67 y sgtes.

(73) Bidart Campos, Germán, *La Ley*, 5 de septiembre de 2000.

nes relacionadas con su salud reproductiva, o en su defecto, la conformidad del Ministerio Público, no han meditado serenamente sobre las consecuencias de esta exigencia a la cual aspiran. En primer término, es necesario tener presente que el derecho a la confidencialidad nace del derecho personalísimo a la intimidad reconocido en el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados de derechos humanos. Debemos pensar que muchos adolescentes no buscarían información ni apelarían a los servicios de salud reproductiva, si para ello se exigiera el consentimiento de los progenitores o guardadores. Si bien, por una parte, el compromiso de los padres en esta materia debe ser estimulado y promovido, como ya lo hemos destacado, por otra, la confidencialidad es crucial en una estrategia preventiva⁷⁴. Si un hijo decide revelar a sus padres que tiene vida sexual, demuestra la existencia de una buena relación, pero obligarlo a una confesión que no desea hacer constituye una violencia psicológica. Se trata de conductas autoreferentes que forman parte del derecho a la privacidad⁷⁵, derecho personalísimo del cual los padres no pueden disponer⁷⁶.

Si, por vía hipotética, los padres negaran su consentimiento para que la hija requiriera información y las prestaciones destinadas a su salud reproductiva, dispondrían de su cuerpo y vulnerarían su interés superior, que los progenitores deben resguardar (art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En efecto, esta negativa la expondría a una gestación no querida, con las consiguientes consecuencias en su desarrollo y bienestar, pues los padres no pueden impedir materialmente que sus hijos mantengan relaciones sexuales, a menos que los priven de su libertad personal. Debe recordarse que el derecho a la salud de los hijos que los padres tienen el deber de amparar implica, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el estado completo de bienestar físico, mental o social y no solamente la ausencia de enfermedad. Incluso, se ha interpretado que la salud no tiene exclusivamente un sentido biológico, sino que también es un bien necesario para la protección y desarrollo de la personalidad⁷⁷. A la inversa, tampoco podrían los padres o guardadores

(74) Basta citar la reacción de una joven encuestada de 17 años, al leer el escrito que demandaba la declaración de inconstitucionalidad de la ley de salud reproductiva: "... es difícil para alguien de mi edad poder decirle a los padres que es sexualmente activo o activa o que pronto va a serlo o que simplemente quiere estar prevenido/a. Al adolescente que quiere cuidarse, que no quiere contagiarse de Sida u otras enfermedades, ¿lo van a castigar obligándolo a pedir autorización a los padres en algo tan íntimo y personal como es el derecho a cuidar de su salud?"

(75) Bidart Campos, Germán, *La Ley*, 5 de septiembre de 2000.

(76) Mosset Iturraspe, Jorge; D'Antonio, Daniel Hugo; Novellino, Norberto José, ob. cit., pág. 227: se han considerado violatorias del derecho a la intimidad, la difusión de noticias o revelación de aspectos íntimos del hijo (CNCiv., Sala H, 18/6/91, dictamen del Asesor de Menores de Cámara, JA, 1993, síntesis). Destacó el Dr. Alejandro Molina en otro dictamen, aun cuando en una hipótesis distinta de la que tratamos en este trabajo, que los derechos y prerrogativas que les otorga la patria potestad no permite a los padres disponer del derecho a la intimidad de los hijos por tratarse de "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona" (CNCiv., Sala K, 14/2/95, ED, 164-415).

(77) Busnelli, Franciso D., cit. por Carlos Fernández Sesarego, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, 1992, pág. 348.

obligar al adolescente a requerir la prestación de tales servicios si el/la hijo/a no los acepta ni presta, en consecuencia, su consentimiento informado.

Ya nadie duda de que existe una temprana iniciación sexual de los jóvenes. Investigaciones realizadas concluyeron que la edad media de iniciación sexual es muy semejante para varones y mujeres, 14 años y medio para los primeros y 15 para las segundas, y la mayor concentración de iniciación femenina es entre los 14 y 16 años⁷⁸. Si bien es cierto que es conveniente transmitir a los jóvenes la idea de que estas relaciones deben ser afrontadas con madurez y seriedad, esto no significa obligarlos a un embarazo no deseado y en condiciones tales que no puedan asumir la crianza del niño gestado. Los padres podrán orientar a sus hijos, de acuerdo con sus creencias, a la abstinencia sexual prematrimonial, opción tan válida como otra, pero materialmente les resultará imposible imponer este criterio cuando los hijos piensan de otro modo, a menos que los encierren.

Pensemos, por otra parte, en la prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. Si los padres se oponen a que el hijo o hija acuda a los servicios y reciba las prestaciones establecidas, esta conducta afectaría igualmente los derechos humanos esenciales de la persona del adolescente (el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, al desarrollo y a la salud)⁷⁹.

La orientación, el control y las pautas educativas de los padres u otros adultos destinadas a generar una cultura sexual responsable y madura en el adolescente no significa anular su derecho a la intimidad y vida privada, que comprende la posibilidad de establecer relaciones de propia elección en el mundo externo⁸⁰, especialmente en el aspecto emocional. La sexualidad es un hecho absolutamente privado que no configura un ilícito en la medida en que no ofenda a terceros ni perjudique al orden o la moral pública (art. 19 de la Constitución Nacional). Si bien las relaciones prematrimoniales de los hijos pueden contrariar las convicciones de los padres, esto no significa que estén prohibidas ni que resulten ilegítimas, pues el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño asegura la libertad de creencias del adolescente. Más aún, éste puede tener profundas ideas religiosas y, sin embargo, juzgar que no es inmoral mantener relaciones prematrimoniales o el uso de anticonceptivos.

Naturalmente que los padres o guardadores deberán intervenir cuando el adolescente resulte víctima de abusos o se encuentre expuesto a peligros. Precisamente, los servicios de salud reproductiva implican la apertura de espacios que permiten descubrir situaciones riesgosas que pudieren afectar a niños y

(78) Pantelides, Edith Alejandra y Cerrutti, Marcela S., Centro de Estudios de Población, Ceneq, N° 47, 1992, pág. 30; en otra investigación realizada durante 1996 y 1997 por la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer, se verificó que la edad promedio de iniciación sexual de los varones era 14.4 y de las mujeres, 15.2.

(79) Ver el valioso trabajo de Gustavo Daniel Moreno, "Salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", realizado en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (inédito).

(80) De la interpretación dada por la Comisión Europea de los Derechos del Hombre al art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

adolescentes. El médico deberá evaluar en la consulta y frente a cada caso concreto no sólo cuáles son las prestaciones más apropiadas de acuerdo con la edad del adolescente⁸¹ sino también las estrategias a seguir, y dentro de ellas puede resultar aconsejable, en el marco de un asesoramiento personalizado (art. 7 de la ley 418) y según las circunstancias, citar a los padres o guardadores para promover su participación destinada a afrontar los problemas que puedan revelarse a raíz de la intervención institucional. En este aspecto, como lo propone el art. 7, incs. i) y j), debe capacitarse a los médicos para detectar situaciones que reclamen la necesaria derivación.

Creemos que el valor justicia, que se encuentra en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, es definitorio para fijar el punto de equilibrio entre el derecho a la autonomía personal del hijo y la responsabilidad de los padres u otros adultos; es indudable que se lesionaría dicho valor como también se desconocería el interés superior del niño y adolescente si se les negara la protección de sus derechos fundamentales, derechos que son privados pero, a la vez, revisten interés público⁸².

(81) Programa de Acción que aprobó la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, párrafo 7.44.

(82) Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E., nota al fallo, CNCiv., Sala H, 21/2/91, *El Derecho*, t. 144, pág. 124.