View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by CORE

provided by Ibis Reproductive Health

Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven:

Autonomía en la toma de decisiones y acceso a servicios confidenciales

IPPF International Planned Parenthood Federation
Región del Hemisferio Occidental

Profamilia
ENTIDAD PRIVADA, SIN ÁNIMO DE LUCRO

Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven:

Autonomía en la toma de decisiones y acceso a servicios confidenciales

IPPF International Planned Parenthood Federation
Región del Hemisferio Occidental

Profamilia
ENTIDAD PRIVADA, SIN ÁNIMO DE LUCRO

JÓVENES: AUTONOMÍA Y DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD

Prólogo

Carmen Barroso
Directora Regional
Federación Internacional de Planificación de la Familia
Región del Hemisferio Occidental

Alrededor de 14 millones de niñas y mujeres menores de 20 años de edad dan a luz cada año en el mundo[1]. Se estima también que las adolescentes se someten a 2,5 millones de los aproximadamente 19 millones de abortos inseguros que tienen lugar anualmente en el mundo en desarrollo.[2] Estos datos hablan por sí solos. Demuestran que los gobiernos y las sociedades deben reconocer a los jóvenes como personas sexualmente activas y, por lo tanto, garantizarles sus derechos sexuales y reproductivos mediante políticas, leyes y programas específicos.

Existe en varios países el acuerdo inicial de que es necesario apoyar el acceso a los servicios de salud entre los jóvenes, así como disminuir los embarazos y el contagio de las infecciones de transmisión sexual, pero cuando se piensa en las formas para lograrlo no se encuentran consensos porque existe una desaprobación y negación constante de la vida sexual, de los deseos, de la diversidad en orientaciones sexuales y de los nuevos acuerdos en las relaciones de pareja. Las dificultades son aun más profundas porque la propia noción de que los jóvenes tienen derechos –en verdad, que los derechos humanos en general se aplican también a los jóvenes es relativamente nueva, y solamente fue consagrada internacionalmente por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ahora ratificada por 191 países.

1 *Fondo de Población de las Naciones Unidas. El Estado e la Población Mundial 2004, Adolescentes y Jóvenes, Principales Cuestiones de Salud y Desarrollo.*

2 *Shah I y Åhman E, Age patterns of unsafe abortion in developing country regions, Reproductive Health Matters, 2004, 12 (Suplemento 24):9–17.*

El Comité sobre los Derechos del Niño, órgano que vela por el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, ha expresado su preocupación sobre los altos índices de mortalidad materna, de abortos inseguros, y de la falta de acceso a servicios de adolescentes para la protección de su salud sexual.

La Convención introduce el principio de las capacidades evolutivas, el cual tiene profundas implicaciones. Dicho principio fue adoptado por la Declaración de Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Planificación de la Familia, al afirmar que "los derechos y protecciones garantizados para las personas menores de dieciocho años de edad difieren de los de los adultos y deben tomar en cuenta las capacidades evolutivas del menor como individuo para ejercer sus derechos en su propio nombre."

La IPPF comprende que las diferencias entre los derechos y protecciones garantizadas para las personas jóvenes y los derechos de las personas adultas se relacionan con todos los aspectos de los derechos humanos pero requieren de enfoques especiales en relación con los derechos sexuales. La IPPF/RHO parte de la premisa de que las personas menores de dieciocho años son titulares de derechos; y que, en diferentes puntos de las etapas de la infancia, la niñez y la adolescencia, ciertos derechos y protecciones tendrán mayor o menor relevancia.

Bajo el Artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, se establece que la dirección y orientación proporcionada por los padres u otras personas con responsabilidad de la niña o el niño deben tomar en cuenta sus capacidades de ejercer derechos en su propio beneficio. El concepto de la capacidad evolutiva requiere un equilibrio entre el reconocimiento de las y los niños como agentes activos en sus propias vidas, y el derecho a ser respetados como ciudadanos, como personas y como titulares de derechos con una autonomía creciente, a la vez que también tienen derecho a la protección dependiendo de su grado de vulnerabilidad. El concepto reconoce que los niveles de protección relativos a la participación de los menores de edad en actividades que puedan causarles daño, disminuirán de acuerdo con su capacidad evolutiva.

En el contexto de las capacidades evolutivas de los jóvenes hacia su salud sexual y reproductiva, es importante identificar a la adolescencia como un

período importante en el cambio de estas capacidades. Estos cambios conllevan implicaciones importantes para las responsabilidades, derechos y deberes de los padres. Es importante tener en cuenta que si bien la adolescencia es reconocida como fase del desarrollo personal, cómo se vive esta etapa también depende del contexto social y cultural en el que está inmersa la persona. Por ejemplo, en muchas regiones del mundo el matrimonio temprano todavía es considerado como un rito a la adultez y se cometen violaciones a los derechos humanos de las adolescentes al no reconocerles sus derechos sexuales, caracterizados por sus capacidades evolutivas basadas en su maduración sexual y reflejadas en sus cambios sociales, fisiológicos y psicológicos.

En el contexto de acceso a la salud sexual y a la salud reproductiva, incluyendo el acceso a servicios de aborto seguro, las capacidades evolutivas de la niña incluyen su capacidad fisiológica de reproducirse, su capacidad psicológica para tomar decisiones informadas sobre consejería y atención a la salud, y su capacidad emocional y social para asumir comportamientos sexuales en conformidad con las responsabilidades y los roles que esto conlleva.

Adicionalmente, el principio de la capacidad evolutiva combina el respeto por las niñas y niños, su dignidad y derecho a la protección de toda forma de daño, a la vez que también reconocen el valor de sus propias contribuciones hacia su protección. Las sociedades deben crear ambientes en los cuales las y los niños puedan alcanzar sus capacidades óptimas y en donde se de un mayor respeto a su potencial para participar y responsabilizarse por la toma de decisiones sobre sus propias vidas.

Para la IPPF/RHO la adopción de la Declaración de Derechos Sexuales significa un paso muy importante que dará un mayor impulso a nuestras actividades educativas y nuestros servicios de salud sexual destinados a los jóvenes. Asimismo nos permitirá fortalecer nuestras actividades de incidencia política, exhortando a los gobiernos a que protejan, respeten y promuevan los derechos de los jóvenes, especialmente el derecho a la educación sexual.

Pero en la IPPF/RHO intentamos ir más allá, intentamos pasar de las palabras a la acción concreta. No sólo reconocemos y promovemos los

derechos sexuales de las personas jóvenes, sino que además tomamos todas las medidas que se encuentran a nuestro alcance para asegurar el ejercicio efectivo de estos derechos.

Mediante esta publicación, IPPF/RHO se propone contribuir al ejercicio de los derechos de los jóvenes, trayendo cinco artículos escritos por expertos en la materia, que recogen reflexiones y recomendaciones sobre elementos clave para apoyar al desarrollo de las capacidades de los adolescentes, concretamente, su capacidad para tomar decisiones autónomas, en un ambiente de confidencialidad, en relación a su salud sexual y reproductiva. Los artículos hacen un énfasis particular en elementos que deben considerarse en el marco de la provisión de los servicios de salud, incluyendo los servicios de atención integral del embarazo no deseado, por ser tema de particular interés para la IPPF/RHO y sus Asociaciones Miembro y un problema prevalente en la región de Latinoamérica y el Caribe.

Cada artículo fue desarrollado a partir de una pregunta base para invitar a la reflexión, dando como resultado los documentos que se mencionan a continuación:

- **Consentimiento informado: capacidad de los menores de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva.** *Elaborado por Ana Cristina González y Juanita Durán*- Colombia

- **La regulación legal sobre la capacidad de los adolescentes en algunos países de América Latina y su impacto en la salud sexual y reproductiva.** *Elaborado por Lidia Casas Becerra y Ester Valenzuela Rivera, Abogadas, Universidad Diego Portales-Chile*

- **El entorno de las decisiones tomadas por personas adolescentes: el caso de la salud sexual y reproductiva.** *Elaborado por Juan Guillermo Figueroa Perea- Mexico*

- **El secreto profesional en el tratamiento de salud de los adolescentes**. *Elaborado por Martín Hevia*- Argentina

- **Leyes sobre Participación Parental: ¿son lo que en verdad necesitamos?** *Elaborado por Yali Bair, PhD, Ana Sandoval, Annie Lundahl, MSW. Revisión Nora Vargas.* EEUU

Cada uno de estos documentos sirvió como base para la discusión en el foro "jóvenes, autonomía y confidencialidad", realizado en Argentina, en junio de 2009. Como conclusión de esta publicación presentamos los principales consensos y recomendaciones alcanzados en dicho espacio, los cuales esperamos orienten no sólo el trabajo de la IPPF/RHO y sus Asociaciones Miembro, sino también el contribuya al accionar de otras organizaciones de la sociedad civil y entidades del sector público a cargo del trabajo con adolescentes.

Consentimiento informado: capacidad de los menores de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva

Ana Cristina González[3]
Juanita Durán[4]

Introducción

Con frecuencia, los menores se enfrentan a múltiples barreras cuando quieren decidir sobre su salud sexual y reproductiva y necesitan acceder a los servicios de salud. En primer lugar, deben enfrentar las mismas barreras que los adultos, las cuales en su caso se acentúan debido a que, por ser menores, están en una situación de mayor desprotección frente al sistema de salud, y porque no siempre gozan de una titularidad para acceder a los servicios.

Estas barreras, comunes a las de la población adulta, pueden ser de diferentes tipos[5]:

- De acceso (concentración de la oferta en las zonas urbanas, ausencia de servicios integrales, horarios de atención reducidos).
- Cualitativas y relacionadas con el ejercicio de los derechos (falta de privacidad en los servicios, ausencia de garantía de la

3 **Ana Cristina González Vélez** *es médica y tiene una maestría en investigación social. Fue Directora Nacional de Salud Pública en Colombia (2002-2004), médica y asesora en PROFAMILIA, Bogotá (1996-2000). Experta en salud y derechos sexuales y reproductivos, reformas del sector salud e incidencia política. Ha integrado diversas juntas directivas nacionales (Instituto Nacional de Salud, Colciencias) e internacionales (Asociación por los derechos de las mujeres, Senior Technical Advisory Group de la OMS) y ha participado activamente en el movimiento de mujeres a nivel nacional e internacional. Ha realizado publicaciones en revistas internacionales y libros sobre salud sexual y reproductiva. Ha sido consultora e investigadora (OMS, OPS, Fundación Rockefeller, Centro por los Derechos Reproductivos, UNFPA, IPPF, Fundación Ford). Actualmente es oficial de asuntos sociales en la División de Asuntos de Género de la CEPAL.*

4 **Juanita Durán** *es abogada de la Universidad Eafit de Medellín y especialista en economía de la Universidad de los Andes. Trabajó como asesora en el Congreso de la República (2006) y como auxiliar en el despacho del magistrado Manuel José Cepeda en la Corte Constitucional (2009). Actualmente trabaja como consultora independiente y hace parte del Programa de Políticas públicas, derecho constitucional y regulación de la Universidad de los Andes.*

5 *IPPF. Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas. Uruguay 2008. pág. 148.*

confidencialidad, solicitud de consentimiento de terceros, oferta de información deficiente, falta de calidez en la atención).

- Financieras (falta de recursos para acceder a los servicios)
- Administrativas (requisitos adicionales a los contenidos en las normas que retrasan el acceso a procedimientos, falta de certidumbre sobre las condiciones para acceder a servicios)[6].

Así, por ejemplo, las fallas relacionadas con la organización de los servicios, como los horarios de atención limitados o la ubicación exclusiva de los centros de atención en zonas urbanas, que generan barreras en el acceso de las/los adultos a los servicios de salud sexual y reproductiva, en el caso de las/los menores generan un impacto mayor debido, entre otras, a que éstos tienen un control mas limitado del manejo de su tiempo y menor autonomía para desplazarse a los servicios de salud, entre otras.

En segundo lugar, las/los menores deben enfrentar barreras específicas que no se presentan en el caso de la población adulta[7], como: los condicionamientos culturales o sociales de sus padres, las creencias religiosas de éstos o sus expectativas en cuanto al momento en que los hijos deben iniciar su actividad sexual. Estas creencias y condicionamientos culturales pueden dificultar la búsqueda de servicios a las/los menores, pues sus padres pueden no darles dinero, controlar su tiempo, prohibirles explícitamente el uso de los servicios, e impedirles recibir acompañamiento y orientación, favoreciendo que recurran a la ilegalidad. También deben enfrentar el temor de los prestadores de servicios de atender sujetos cuya capacidad para decidir y autonomía es cuestionada. De hecho, su accionar profesional está a menudo definido sin claridad por los marcos normativos relacionados con el consentimiento informado, lo cual les genera temores en relación con las medidas que puedan adoptar contra ellos los padres o las autoridades judiciales.[8]

6 *Idem. pág. 148 – 157. Estas barreras son originalmente propuestas en relación con la interrupción legal de embarazo, pero resultan aplicables a otras situaciones para el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva.*

7 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. International journal of gynecology & obstetrics. 70(2000) 13-21. Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Anexo de Bioética, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá. 2000. pág. 2*

8 *Idem. pp. 9 y 10.*

El presente documento tiene como propósito brindar elementos para orientar a los servicios y a los proveedores de las asociaciones miembro de IPPF/RHO en la superación y eliminación de las barreras de las/os menores, tanto de aquellas que se presentan de manera acentuada en ellas y ellos, como aquellas que son específicas, para favorecer su oportuno acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Se parte del supuesto de que la demora o la imposibilidad para acceder a servicios de salud sexual y reproductiva, en razón de las barreras, entraña la violación de los derechos fundamentales de los menores, como la salud, la vida, la integridad, la autonomía, la dignidad, la igualdad y la privacidad protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

La garantía del consentimiento informado de las/los menores es un mecanismo que contribuye a la protección de los derechos sexuales y reproductivos, pues por su estructura conceptual implica tanto el acceso a información completa, veraz y oportuna, como la adopción de decisiones autónomas y su seguimiento por parte de los prestadores de servicios. En este sentido, deber ser un mecanismo para enfrentar las barreras en los servicios de salud sexual y reproductiva lo mismo que para acercar a las/los menores al acceso efectivo a los servicios que requieren o solicitan.

El presente documento está organizado de la siguiente manera: en primer lugar, parte de la definición del concepto de menor de edad, que delimita el alcance de las demás reglas que se estudian a lo largo del mismo y del concepto de capacidad para decidir, explicando las diferentes limitaciones a la misma que se prevén en el caso de los menores de edad. En segundo lugar, explica la protección planteada desde el derecho internacional de los Derechos Humanos del respeto de la autonomía de los menores en la adopción de decisiones sobre su salud sexual y reproductiva, y en un sentido más amplio su participación cuando carecen de condiciones para decidir autónomamente. En tercer lugar, se repasan los elementos del consentimiento informado en general y las exigencias para los menores, en particular. Finalmente, se resumen los argumentos claves de posición sobre el consentimiento en menores de edad.

1- Conceptos de menor de edad y capacidad de los menores de edad para tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva

Si bien hay varias perspectivas desde las que se puede abordar o definir la minoría de edad (sicológica, antropológica, sociológica, legal), y varias definiciones de la misma, la relevante para efectos de estudiar el consentimiento informado es la definición de minoría de edad que impone límites desde lo legal a la capacidad plena de decidir, es decir, la edad de minoría de edad establecida por norma.

En el plano internacional la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, ratificada por todos los países de América salvo Estados Unidos[9], constituye el marco normativo más relevante en cuanto al estándar de la minoría de edad. Según su artículo 1, para efectos de la protección que su contenido establece, la minoría de edad va hasta los 18 años, salvo que una norma interna de país fije una edad inferior. El estándar definido por la *Convención* es coherente con la legislación interna de la mayoría de los países de América Latina, en los que se establece un estándar objetivo basado en la edad, para considerar a una persona menor de edad, el cual oscila entre los 18 y los 21 años.[10]

La IPPF parte de la premisa de que las personas menores de dieciocho (18) años son titulares de derechos; y que, en diferentes puntos de las etapas de la infancia, la niñez y la adolescencia, ciertos derechos y protecciones tendrán mayor o menor relevancia. En relación con la adopción de decisiones autónomas sobre la salud sexual y reproductiva, la etapa de la adolescencia es crucial, sin que por eso se deba quitar importancia a las otras dos. Según la OMS la adolescencia es franja etaria entre los 10 y los 19 años, que es cuando el individuo adquiere la capacidad de reproducirse, transita de los patrones psicológicos de la niñez a la adultez y consolida su independencia económica[11]. El aumento de la exposición a riesgos y el ingreso paulatino

9 *http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf*

10 *Por ejemplo: Colombia 18, Perú 18, Argentina 21, Chile 18 y Ecuador 18.*

11 *OMS. The Health of Young People. Geneva: OMS; 1993. Citado en: R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. International Journal of Gynecology and Obstetrics (2005) 89, 179—184. Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Anexo de Bioética, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá. 2005. pág. 180.*

a la adultez, hacen que cada vez más los adolescentes busquen ejercer su autonomía, enfrentándose asimismo a las restricciones impuestas por las normas legales a su capacidad de decidir, las cuales son percibidas como una barrera en la construcción de su proyecto de vida.

La definición de una edad de minoría de edad tiene un doble propósito. El primero y principal es establecer una protección reforzada para los menores, es decir, situarlos de manera privilegiada en la sociedad frente a otras categorías de ciudadanos, como los adultos, de modo que sus derechos primen sobre los de otros y sean especialmente protegidos por el Estado, la sociedad y la familia. Partiendo del hecho que las/los menores son más vulnerables en términos fácticos, las normas jurídicas, las políticas públicas y, en general, todos los actos que las/los afecten deben orientarse a su protección. En ese sentido, se debe reconocer que la minoría de edad no puede convertirse en un factor de vulnerabilidad ni se puede utilizar para permitir o causar daños, como la desprotección de los derechos a la salud y la integridad de los menores, lo cual sucede cuando se niega su posibilidad de decidir en relación con su sexualidad y su reproducción.

El segundo propósito consiste en imponer restricciones al ejercicio de los derechos y de las obligaciones de los menores, retrasando su participación en ciertas actividades hasta que pueda presumirse que tienen suficiente madurez para comprender sus decisiones y asumir las consecuencias de sus actos. Con todo, la titularidad de derechos de los menores se mantiene sobre las limitaciones a su ejercicio, de modo que aunque pueda cuestionase su autonomía en la toma de decisiones, sigan siendo titulares de todos sus derechos: la salud, la vida y la integridad física, entre otros[12]. Las limitaciones del ejercicio de los derechos de los menores de edad tienen como contrapartida la patria potestad de los padres, es decir el conjunto de derechos que se les reconoce sobre los hijos para el desarrollo de sus deberes de protección y cuidado, la cual, con mucha frecuencia, ha permitido la del ejercicio desproporcionado de la autoridad sobre de los menores, por

12 *García Ruíz, Yolanda. Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores. La salud: intimidad y libertades informativas. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia. 2006. pág. 16.*

ejemplo con la permisión de infligir castigos físicos[13], desfavoreciendo el ejercicio de la autonomía.

Estos dos propósitos de la minoría de edad, protección y limitación del ejercicio de derechos, se encuentran estrechamente ligados y deben ser aplicados siempre en conjunto. Por un lado, la protección de los menores se manifiesta, entre otros, en la imposición de algunas restricciones al ejercicio de sus derechos evitando que su falta de juicio pueda causarles daño. Por otro, dichas restricciones tienen el propósito de protegerlos y no de causarles daño, y en este sentido deben ser interpretadas y aplicadas. Como en un jeroglífico, la protección de los menores se manifiesta en la restricción del ejercicio de sus derechos, la cual se encuentra a su vez limitada por la protección de los menores.

Ahora bien, las restricciones asociadas a la minoría de edad se concentran especialmente en la capacidad de decidir de las/los menores en áreas que requieren de especial madurez y responsabilidad, como contraer matrimonio, consentir relaciones sexuales, comprar alcohol, conducir y ejercer el voto. Las legislaciones internas de los países varían en lo relativo a las restricciones asociadas a la minoría de edad. En algunas son absolutas y en otras, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, pueden ser levantadas. Por ejemplo en Colombia, Argentina, Ecuador, Chile y Perú, los menores de edad carecen de capacidad para contraer matrimonio antes de los 18 años, salvo que, sus padres manifiestan su consentimiento frente al matrimonio de sus hijos y los menores hayan superado una edad mínima.

Las legislaciones civiles de algunos países establecen asimismo la posibilidad de que los menores se emancipen, es decir, que adquieran el ejercicio pleno de sus derechos antes de cumplir la edad de mayoría de edad. Las circunstancias que dan lugar a la emancipación dependen de las normas locales, pero con frecuencia se refieren a la obtención de una autorización judicial, al matrimonio, al nacimiento de hijos, a la independencia económica o de vivienda. El alcance de la autonomía del ejercicio de los derechos de los

13 *Casas Becerra, Lidia. Capítulo cuatro, salud. La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana. Motta, Cristina y Sáenz, Macarena (editoras académicas). Red alas. Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights. Colombia. 2008. pág. 465.*

menores emancipados también depende de la regulación local, pues en algunas ocasiones es absoluto y en otras se limita a actos concretos, incluyendo muchas decisiones sobre la propia salud[14].

Las limitaciones relacionadas con el ejercicio del derecho a la salud y a la salud sexual y reproductiva se diferencian por tener como objeto un derecho humano, protegido por instrumentos basados en la libertad, la dignidad y la igualdad[15], como la *Convención sobre los Derechos del niño*[16], lo mismo que por tener una gran relevancia en la vida de los menores, particularmente de los adolescentes, pues pueden cambiar radicalmente su curso. No es lo mismo limitar la libertad de un menor para tener licencia de conducción, pues es irrelevante abstenerse de conducir hasta cierta edad en relación con sus derechos, que limitar la de una menor de interrumpir un embarazo pues impacta directamente sus derechos fundamentales la continuación del mismo y la eventual crianza de un hijo, o la afectación de su salud y su vida. Al mismo tiempo, la posibilidad de que un menor se abstenga de conducir antes de superar la edad mínima es mucho mayor que la posibilidad de que un menor retrase el inicio de sus relaciones sexuales, pues la segunda casi nunca responde a las prohibiciones formales, siendo más fuertes la presión de los pares, la necesidad de explorar el cuerpo y la sexualidad, la negación de información en los servicios o la poca información brindada en la escuela, entre otras.

En salud sexual y reproductiva las limitaciones para tomar decisiones en muchas ocasiones dependen del procedimiento de que se trate, siendo el terreno de la sexualidad un terreno lleno de contradicciones en la práctica y a veces en las normas. Así, mientras se permite a las menores decidir si quieren indagar sobre una posible ITS y sobre su eventual tratamiento, se les prohíbe simultáneamente decidir la interrupción del embarazo. No necesariamente estas determinaciones están asociadas al carácter invasivo o no de los procedimientos o al riesgo que representan para la salud, sino a una visión

14 *Por ejemplo sobre el caso español: Haya Plazuelos, J; De los Reyes Peña, S y Lertxundi Barañano, R. Aspectos legales en la adolescencia. Manual de salud reproductiva en la adolescencia. Sociedad Española de Contracepción y Wyeth-Lederle. España. 2001. Capítulo 27.*

15 *International Planned Parenthood Federation, IPPF. Sexual rights: an IPPF declaration. Op. Cit. pág. V*

16 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. cit pp. 19 y 20.*

religiosa o moral de la sociedad o de algunos profesionales que tienen a cargo procedimientos médicos. En Estados Unidos hay por ejemplo estados que prohíben tomar decisiones sobre procedimientos poco riesgosos como una Interrupción Voluntaria del Embarazo/IVE del primer trimestre, pero permiten a las adolescentes tomarlas sobre procedimientos riesgosos relacionados con el parto o la cesárea[17].

La definición de una edad antes de la cual es ilegal tener relaciones sexuales, por ejemplo, si bien es una medida cuya contribución a la protección de los derechos de los menores es discutible[18], debe operar en la práctica como una protección para evitar relaciones sexuales abusivas[19] y no como un obstáculo para que las/los menores reciban información sobre su salud sexual y reproductiva y accedan a servicios cuando lo requieren. La "edad para consentir" no puede ser tomada como una edad para prestar o no, servicios de salud sexual y reproductiva[20].

Todas las limitaciones para decidir de las/los menores de edad deben interpretarse siempre restrictivamente, respetando lo más posible su autonomía y trasladando, a quien se opone a que decida de manera autónoma o considera que carece de condiciones hacerlo, la carga de probarlo.[21] También deben interpretarse como una medida de protección y no como una limitación, por lo que no pueden ser usadas para desproteger a los menores.

17 *Planned Parenthood Federation of America. Adolescentes, aborto y leyes de intrusión del gobierno. Publicado por la Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic. New York. 2004. pág. 2.*

18 *Casas Becerra, Lidia. Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual de los adolescentes. Informe en derecho. Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia 2005; 12(3): 94-111. Chile. 2005.*

19 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit. pág. 20.*

20 *R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. Op. Cit. pág. 182.*

21 *García, Diego; Jarobo, Yolanda; Espíldora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Instituto de Bioética. Fundación Ciencias de la Salud. Madrid. Medicina clínica, 2001; 117(5). Página(s):179-190. 2000. pág. 181.*

En el caso Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority la Corte Inglesa estudió una demanda presentada por una mujer, madre de cinco hijas, que consideraba que la disponibilidad de métodos de planificación familiar, prevista por una norma jurídica del país, era contraria a la Constitución ya que afectaba su potestad parental y convertía a los profesionales de la salud en cómplices de un delito cuando se trataba de menores que no cumplían la edad para consentir relaciones sexuales. La Corte declaró la constitucionalidad de la norma por considerar, entre otros, que lo relevante al momento de ordenar un método anticonceptivo a una menor era su madurez e inteligencia y que en el contexto social actual era necesario reconocer que los jóvenes dejaban de estar bajo estricto cuidado parental mucho antes de cumplir dieciocho años.

(House of Lords (Cámara de los Lores). Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority. Reino Unido. 1985.)

2- Respeto del consentimiento informado de las/los menores

El consentimiento informado, que será abordado detalladamente en el siguiente capítulo, consiste en la adopción de decisiones autónomas, que expresan la voluntad de quien decide, basadas en información completa, veraz, oportuna y suficiente en la materia.

La *Convención de los Derechos del el Niño* se refiere a dos conceptos de gran importancia en el respeto del consentimiento informado de los menores: su interés superior y sus capacidades evolutivas. Ambos se apoyan en la tesis de que la protección parental debe ceder ante la capacidad progresiva de los menores de decidir, de manera tal que paulatinamente, en el tránsito a la adultez, asuma el control de las decisiones sobre su propia existencia.

Esta visión de la capacidad de decidir de los menores también supone que la **titularidad** de derechos es plena y nunca se abandona, pero su **ejercicio**

es progresivo y depende de la adquisición de las herramientas indispensables para hacerlo[22].

Se desarrollarán en este capítulo dos conceptos: las capacidades evolutivas del menor —y la regla del menor maduro como una aplicación de éste— y el interés superior del menor. Tanto el concepto de capacidades evolutivas como el de menor maduro entrañan el concepto de autonomía progresiva, en la que desde la niñez se da el tránsito progresivo a la plena autonomía y la plena titularidad de derechos propia de la adultez[23], con independencia de la edad. El concepto del interés superior del menor, aun cuando también reconoce la construcción progresiva de su autonomía, orienta las decisiones en las que se sustituye la capacidad de decidir del menor por la del adulto, a garantizar que los intereses de quienes sustituyen al menor no le causen daños.

El hecho de que estos conceptos encuentren respaldo en la *Convención de los Derechos del Niño* es altamente relevante en la región ya que la misma tiene fuerza vinculante, por haber sido ratificada, y debe reflejarse en la legislación interna de los países que la han suscrito, según el mandato de la propia *Convención* (artículo 4), aun cuando dicho proceso sea gradual en algunos casos. Abordar estos conceptos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos permite incorporar las dimensiones de respeto, protección y garantía, así como la posibilidad de construir argumentos locales y aplicarlos en casos concretos, inclusive si no se encuentran desarrollados en las normas legales.

22 *Garcia, Diego; Jarobo, Yolanda; Espíldora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Op. Cit. pág. 181.*

23 *Casas, Lidia. Capítulo cuatro, salud. Op. Cit. pág. 466.*

La ley española sobre autonomía del paciente, 41 de 2002, estableció un sistema de consentimiento de los menores, cuya aplicación depende de las circunstancias del caso concreto. Como regla general, si el menor es capaz de comprender, intelectual y emocionalmente, el alcance de la intervención, es él quien debe tomar la decisión autónomamente. Si el menor no cuenta con estas condiciones el consentimiento lo debe prestar el representante legal, después de haber escuchado su opinión cuando es mayor de doce años. Si el menor tiene más de dieciséis años o está emancipado, no se puede prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, si la intervención es de grave riesgo el profesional de la salud puede informar a los padres.

(Ley 41 de 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. España. 2002. Artículo 9, numeral 3, literal c)

(i) Capacidades evolutivas y regla del/a menor maduro/a

El concepto de las capacidades evolutivas del menor se refiere a la limitación de la facultad de los padres de decidir *por* sus hijos, a medida que estos van adquiriendo las condiciones necesarias para adoptar decisiones de manera autónoma sobre su propia vida, ejerciendo los derechos de los que son titulares.[24]

Si bien la protección de los padres sobre sus hijos se ha tenido tradicionalmente como el esquema esencial de las relaciones parentales, existen ejercicios legítimos e ilegítimos de esta potestad. Es legítimo el parentalismo que se ejerce sobre los menores que requieren efectivamente algún tipo de protección en razón de la precariedad de su juicio y su discernimiento, pues esas carencias podrían llevarlos a adoptar decisiones que los lesionen. Pero es ilegítimo el que se funda en la negación de la capacidad de decidir de los

24 *Convención sobre los derechos del niño, artículo 5.*

menores.[25] Las capacidades evolutivas del menor pueden ser entendidas entonces como una limitación al ejercicio de la autoridad parental, que se fortalece progresivamente hasta eliminarla completamente, en favor del reconocimiento de la independencia de los menores en cuanto al ejercicio de sus derechos y libertades, de su salud sexual y reproductiva, incluso en direcciones que se oponen a las creencias y expectativas de sus padres[26].

En el ámbito nacional, específicamente en algunos países europeos como Inglaterra[27] y España, el concepto del menor maduro es la regla a través de la cual se establece el respeto de las capacidades evolutivas. Según la regla del menor maduro, cuando este puede comprender la información que se le brinda y el alcance de los actos, sus riesgos y sus consecuencias, debe ser él quien decida[28], partiendo de la constatación empírica según la cual los menores adquieren "madurez moral" mucho antes de ser mayores de edad, independientemente de los años cumplidos, aunque algunos se puedan tardar más que otros. Por consiguiente, dicho enfoque supone que los menores pueden *ejercer* sus derechos desde el momento que pueden *gozarlos*[29].

Desde el punto de vista práctico, la aplicación de los conceptos de las capacidades evolutivas del menor y de la regla del menor maduro plantean varios interrogantes:

- ¿Quién debe evaluar en un caso concreto si un menor tiene suficiente capacidad para decidir o no sobre un asunto?
- ¿Qué se debe tener en cuenta en esta evaluación?
- ¿Que etapas o procedimientos deben ser agotados?
- ¿Qué elementos se debe brindar al menor para promover su autonomía?

25 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit.*
26 *R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. Op. Cit. pág. 181.*
27 *Idem.P. 182.*
28 *Amarilla Gundín, Manuel. El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia. Grupo Europeo de Derecho Farmacéutico (EUPHARLAW). Chiesi. Barcelona. 2004. pág. 25.*
29 *Garcia, Diego; Jarobo, Yolanda; Espildora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Op. Cit. pág. 181.*

Estos interrogantes son retos que deben resolverse caso a caso y en el contexto normativo de los países. Con todo, existen algunas herramientas que pueden contribuir a su adecuada aplicación.

Para empezar, la madurez de un menor para tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva debe ser apreciada en función del procedimiento específico respecto del cual se busca que el menor decida autónomamente. Un menor inmaduro en algunos aspectos de su vida social (como por ejemplo en la preferencia de actividades infantiles). puede perfectamente comprender los riesgos, las ventajas y las consecuencias de una situación de salud sexual concreta, así como estar preparado para tomar autónomamente la decisión[30]. No todas las decisiones requieren el mismo nivel de madurez ni siempre son relevantes todos los aspectos de la madurez para una decisión. Las exigencias deberían ser proporcionales con la gravedad de la decisión que se va a adoptar[31].

Otros signos deben ser tenidos en cuenta como indicios de su madurez, como el hecho de que un menor se acerque a los servicios de salud y solicite asesoría, pues su acción traduce una conciencia del cuidado de sí mismo y de la responsabilidad frente a sus actos, lo mismo que una adolescente que solicite la interrupción del embarazo por considerar que no se encuentra preparada para afrontar la maternidad[32]. Esto no significa que aquellos que no buscan oportuna o tempranamente los servicios carezcan de madurez, dado que muchas veces los menores tienen pocas oportunidades de acceder a los mismos. Para algunos incluso el hecho de que un menor adopte libremente decisiones sobre su comportamiento sexual debería ser suficiente para que pueda recibir consejería en salud sexual sin consultar a sus padres[33]. La confianza en la autonomía para adoptar una decisión también es indicativa de la madurez de un menor para decidir, aun cuando es asimismo una condición que puede ser incentivada o inhibida por el entorno, ya que la desconfianza en sí mismo no puede ser

30 *Idem. pág. 180.*
31 *Lansdown, Gerison. La evolución de las facultades del niño. Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF. Florencia, Italia. 2005. P.78.*
32 *R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. Op. Cit. pág. 182.*
33 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit. pág. 20.*

tomada como un indicio de inmadurez sino como un aspecto que se debe reforzar para garantizar la autonomía[34].

La garantía fundamental para que las capacidades evolutivas sobre su salud sexual y reproductiva del menor funcionen a su favor, es que los profesionales de la salud ejerzan activamente su deber de promover su autonomía dentro del proceso de evaluación de sus capacidades para adoptar decisiones autónomas. Cuando solicitan el acceso a servicios, los menores no tienen que hacerse cargo de probar que son suficientemente maduros de manera que ellos pueden decidir y no sus padres por ellos. Por el contrario, son los profesionales de la salud y los proveedores de servicios quienes tienen el deber de generar las condiciones para que puedan ejercer su autonomía, brindando por ejemplo explicaciones claras, completas y oportunas sobre los servicios médicos disponibles para el caso, tomando en serio las inquietudes del menor, incentivando su confianza en la autonomía para decidir, entre muchas otras posibles acciones. Tienen también la carga de evaluar siempre la capacidad del menor de decidir *antes* de buscar el consentimiento parental[35].

La madurez de los menores para el ejercicio de su autonomía no es únicamente un asunto del desarrollo cognitivo o moral, sino que en gran medida depende del contexto en el que su madurez es evaluada. Un menor que debe decidir en siendo tratado con hostilidad, bajo la amenaza de que sus comportamientos serán divulgados, evaluado a través de preguntas inquisitivas y prejuiciosas, en espacios que no respeten su privacidad, sin hallar respuestas a sus inquietudes, tiene menos posibilidad de adoptar decisiones maduras y autónomas sobre el ejercicio de sus derechos. Se ha demostrado que los menores tienen una mayor capacidad de demostrar su comprensión de las situaciones en contextos que les resultan familiares, y también que su capacidad de asumir responsabilidades o demostrar su madurez es altamente sensible a la metodología a través de la cual se evalúan estas competencias[36]. Los proveedores son responsables de la manera en

34 Lansdown, Gerison. La evolución de las facultades del niño. Op. Cit. pág. 43.

35 R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit. pág. 21.

36 Lansdown, Gerison. La evolución de las facultades del niño. Op.Cit. P.43. En el que se explican varios estudios relacionados con la evaluación de las competencias de los menores en diferentes contextos.

que abordan y acompañan el proceso de decisión de un menor y su papel es altamente relevante en la determinación de la madurez del menor y la promoción de su autonomía.

Es fundamental que padres, educadores y profesionales de la salud respondan al deber de respetar la autonomía de los menores, preparándolos para que decidan de manera autónoma, cultivando su capacidad de decidir, promoviendo en casos concretos su autonomía, brindándoles el soporte que necesiten para ejercer sus derechos.[37] La capacidad para decidir se construye en parte en la medida en que una persona se expone a decidir, aunque sea sobre asuntos menores y poco relevantes, que sin embargo afinan sus habilidades y lo preparan para decidir poco a poco sobre cuestiones cada vez más importantes. En ese sentido, la madurez del menor no debe mirarse en términos dilemáticos de maduro / inmaduro, sino desde la intención de construir un diálogo que permita que sea él mismo quien autónomamente decida.[38]

(ii) Interés superior del/la menor

En aquellos casos en que, habiendo agotado todos los recursos posibles para promover su autonomía, se considera que un menor no tiene la madurez suficiente para decidir acerca de su salud sexual y reproductiva, siguen siendo sujetos de protección bajo el concepto del interés superior del menor y continúan desempeñando roles relevantes en sus decisiones. Como mínimo, en estos casos los profesionales de la salud deben:

(iii) Brindar información completa veraz y comprensible a los menores,
(iv) Responder a sus preguntas e inquietudes,
(v) Garantizar un contexto amigable, comprometido con sus necesidades específicas y garantizando su confidencialidad y privacidad,
(vi) Escuchar con atención sus opiniones, comentarios, preocupaciones e inquietudes,

37 *Casas, Lidia. Capítulo cuatro, salud. Op. Cit. pág. 468.*

38 *Garcia, Diego; Jarobo, Yolanda; Espíldora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Op. Cit. pág. 184.*

(vii) Promover, de acuerdo con las características del caso concreto, el ejercicio de la autonomía del/a menor por todos los medios disponibles.

Cuando los menores[39] no tienen condiciones para decidir de manera autónoma, como regla general, los países definen en sus normas el procedimiento que debe llevarse a cabo para que las decisiones respectivas sean adoptadas. Casi siempre funciona como un sistema de sustitución del consentimiento, consistente en asignar a una persona cercana al menor, como los padres u otros familiares, la función de consentir *por* él.

En estos casos el consentimiento prestado por terceros debe estar guiado por el interés superior del menor. Este concepto es mencionado por la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, que establece con claridad la función jurídica del mismo como derrotero de acción de todos los que participan en las decisiones que afectan a los menores.[40] Una lectura de la *Convención* define el interés superior del menor como **la protección de sus derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos[41]: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la dignidad**, entre muchos otros. Mas allá de configurarse como una guía de acción para quienes intervienen en las decisiones de los menores, incluidos aquellos que sustituyen su consentimiento cuando se requiere, es **un límite para sus acciones**.[42]

De allí que el interés superior del menor en la *Convención* no puede ser usado para legitimar decisiones que van en contra de los derechos reconocidos en el mismo documento ni contra la protección de los niños, pues el interés superior protege no que se tomen medidas o decisiones respecto de ellos, sino que las medidas y las decisiones que los involucren promuevan y protejan sus derechos y no los vulneren[43].

39 *Utilizamos los menores para referirnos a mujeres y hombres para evitar la repetición de las y los a lo largo del texto, haciendo más fluida la lectura. Tomamos nota de esta limitación de la lengua.*

40 *Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997. pág. 2.*

41 *Idem. pág. 10.*

42 *Idem. pág. 8.*

43 *Idem. pág. 6.*

El interés superior del menor representa un consenso más allá de los contextos culturales, pues su contenido no depende de la cultura en la que se define o aplica. Algunas prácticas legitimadas en el contexto de determinada cultura (por ejemplo la afectación de los órganos sexuales de las niñas) pueden incluso vulnerar los derechos de las/los menores previstos en la convención, como el derecho a la salud o la vida, y deben ceder ante el interés superior de la menor.[44]

El interés superior del menor también es un criterio para resolver los conflictos que surjan en la aplicación de las normas de protección o en la colisión entre derechos, de modo que se adopten las soluciones que en los casos concretos mejor protejan los derechos de los/as menores. Lo mismo sucede en los casos en los que no existe una norma específica aplicable (por ejemplo en la regulación de procesos de adopción o de protección de menores vulnerables por parte del Estado), un caso en el que se debe actuar buscando la mayor protección de las/los menores[45].

En la práctica, la protección del interés superior del menor resulta particularmente conflictiva cuando a las necesidades en salud sexual y reproductiva se oponen razones de conciencia de los padres[46], como cuando la continuación del embarazo representa riesgo para la salud de una menor que carece de madurez para decidir sobre la interrupción, y sus padres tienen convicciones religiosas en contra del aborto, considerando incluso que es legítimo el riesgo para la salud y la vida de la menor. En estos casos, como criterio para resolver conflictos, el interés superior del menor tiene al menos tres consecuencias relevantes acerca de la protección: (i) la incapacidad de la menor para decidir no puede convertirse en una desventaja para la protección de su salud y su vida, (ii) el ejercicio de la libertad religiosa de los padres, si bien se protege incluso en cuanto componente de la educación de los menores, debe ceder ante el derecho a preservar su vida y la integridad, y (iii) nadie puede adoptar decisiones cuyas consecuencias negativas directas, como el detrimento del bienestar, recaigan sobre un tercero sin capacidad para evitarlas.

44 Idem. pág. 4.
45 Idem. pág. 11.
46 Idem. pág. 32.

Cuando un menor carece de capacidad para decidir directamente en asuntos relativos a la salud, el principio rector que sustituye al de autonomía es la búsqueda de su bienestar y salud.

Reconduciendo el contenido conceptual del interés superior del menor a la adopción de decisiones sobre salud sexual y reproductiva, se concluye lo siguiente:

- Debe promoverse activamente la autonomía de los menores para decidir sobre su sexualidad y su reproducción
- Cuando resulta imposible que decidan autónomamente, de acuerdo con las reglas específicas de cada país quienes tienen a su cargo adoptarlas deben hacerlo consultando siempre su interés superior, es decir la protección de sus derechos.
- De allí que se prohíben las decisiones que afectan la salud, integridad física, vida o libertades de los menores, entre muchos otros derechos. Las decisiones que se adoptan en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los menores deben proteger siempre su derecho a la salud sexual y reproductiva, y su salud más ampliamente.

Para algunos, también puede abordarse este mandato desde la perspectiva de los principios de beneficencia y no maleficencia, propios de la bioética, en el sentido de que las decisiones que se adoptan respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las/los menores deben redundar siempre en beneficio suyo, y que no puede tomarse una decisión causando daño sobre aquel cuya voluntad se sustituye[47].

Ahora bien, un menor debe ser escuchado aun cuando se considere que no es suficientemente maduro para decidir sobre su salud sexual y reproductiva. Sus opiniones sobre las posibles decisiones deben ser una guía para quien tiene a su cargo el deber de decidir *por* la/el menor. Debe asimismo ser informado sobre la decisión adoptada y escuchado con respecto al acuerdo o desacuerdo que manifieste sobre la decisión que se adoptó *por* él. La relevancia de estas opiniones también debe ponderar el alcance invasivo de la decisión que se

47 *García Ruiz, Yolanda. Salud, autonomía y factor religioso: Op. Cit. pág. 27.*

adoptó *por* él y la relevancia en su vida futura (no tiene la misma incidencia decidir sobre el uso de métodos anticonceptivos orales o sobre una ligadura de trompas), lo mismo que las condiciones en las cuales se va a realizar la intervención. La renuencia de un menor a dar su asentimiento a un tratamiento debe ser considerado cuando este puede poner en riesgo su vida o su salud, o generar secuelas a largo plazo[48].

La Corte de Estados Unidos estudió una ley de Massachusetts que obligaba a las menores no casadas a obtener el permiso de los padres para acceder a un aborto y sólo ante su negativa permitía la búsqueda de una autorización judicial, la cual podía ser negada si se consideraba contrario al interés superior del menor. La Corte indicó que si bien tienen fundamento las limitaciones a la capacidad de decidir de las menores, la interrupción del embarazo era una decisión de una naturaleza especial ya que por ejemplo la decisión de contraer matrimonio podía posponerse ante una restricción legal, mientras que la interrupción del embarazo no podía ser pospuesta, así mismo, que todos los riesgos que el embarazo representa para una mujer, se hacen mas gravosos en el caso de las menores. La Corte decidió que, en primer lugar, las menores podían acudir al juez y obtener autorización, sin acudir antes a sus padres y los jueces, si la menor era madura debían dar la autorización. Cuando la menor era inmadura también debía obtenerla de acuerdo con su interés superior.

(Corte Suprema de Estados Unidos. Bellotti contra Baird (Bellotti II). 443 U.S. 622. Estados Unidos. 1979)

48 *R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. Op. Cit. pág. 183.*

3- Consentimiento informado en menores de edad

El consentimiento informado tiene dos componentes:

- El derecho a recibir información clara, veraz y oportuna sobre todos los aspectos del objeto del consentimiento.

- El derecho a decidir de manera autónoma, en ejercicio de la voluntad, sin interferencias, manipulaciones ni coerciones. Es más amplio que el derecho a la información, puesto que éste no expresa suficientemente la faceta personalísima de la voluntad al ejercer el consentimiento[49].

El consentimiento informado de los menores de edad está conformado por todas las garantías que se prevén para los adultos y algunas específicas en consideración a sus circunstancias.

El componente informativo del consentimiento requiere la constatación del profesional de que la información es adecuadamente comprendida, más allá de la simple exposición del riesgo. Como mínimo, la información para el consentimiento debe referirse al objeto del consentimiento, las alternativas, los riesgos y las ventajas. Sin embargo, el profesional de la salud debe evaluar en cada caso la cantidad y el tipo de información que se suministra. De hecho, los profesionales de la salud tienen un papel activo en el suministro de información para el consentimiento en el caso de menores, orientado a garantizar que quien decide este efectivamente informado y ejerce su derecho de manera autónoma.[50]

49 *Jimena Quesada, Luís. La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida. La salud: intimidad y libertades informativas. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia. 2006. pág. 44.*

50 *González A.C. Durán J. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y Alianza Nacional por el Derecho a Decidir. Causal salud. interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. Montevideo, Uruguay. 2008. pág. 180-183.*

(i) Información

En cuanto al contenido de la información no debe hacerse diferenciaciones con los adultos, es decir, no debe ofrecerse a los menores una información mas limitada respecto a los procedimientos (riesgos, beneficios, alternativas), por el hecho de que sean menores. Sin embargo, es crucial la manera como se ofrece la información a las/los menores ya que su adopción de decisiones está altamente influenciada por el profesional en salud, la información que les brinda y la manera en que los trata:[51]

- Un adolescente puede ser más vulnerable que un adulto a los juicios de valor negativos, amenazantes o peyorativos sobre sus comportamientos en materia sexual y reproductiva.
- Puede tener menos capacidad de discernir si una información es incompleta, inexacta o falsa o de identificar una manipulación sobre la misma.
- Puede sentir más temor frente a la información sobre los efectos negativos de algunos procedimientos médicos.

Por estas especiales circunstancias de vulnerabilidad, la oferta de información debe tener algunas particularidades. El contacto con los profesionales de la salud debe ofrecer un ambiente de confianza y de seguridad que les permita empoderarse frente al ejercicio de sus derechos. En este sentido, el diálogo tiene características específicas en razón de sus condiciones y debería considerar al menos:

- La construcción de condiciones de confianza.
- El respeto de los/as menores.
- La confidencialidad.
- La promoción de la autonomía.

La *construcción de condiciones de confianza* requiere que las/los profesionales asuman actitudes amigables y comprensivas, en un lenguaje que les resulte familiar y comprensible. Un ambiente de confianza es favorable para que el menor exprese sus inquietudes con sinceridad y absuelva sus dudas. También es clave para que se sienta seguro y responsable de sus decisiones.

51 *Garcia, Diego; Jarobo, Yolanda; Espíldora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Op. Cit. pág. 184.*

El *respeto* supone tomarse en serio a los menores, sus necesidades, sus opiniones y el proyecto de vida al que aspiran. También supone reconocer su legitimidad como un interlocutor aun cuando se pueda estar en desacuerdo con las opiniones que expresa y las decisiones que adopta, e incluso si estas se consideran equivocadas. Muchas veces es difícil reconocer y respetar una decisión que se adopta con madurez, cuando se separa de los estándares convencionales o de los juicios subjetivos de los profesionales de la salud[52].

La *confidencialidad* es quizá una de las garantías frente a las que los menores pueden presentarse mas exigentes, puesto que el temor de que su comportamiento sexual sea divulgado o informado a sus padres puede convertirse en un desestímulo para que acudan a los servicios requeridos, o para que los busquen por fuera del sector legal e institucional. No garantizar la confidencialidad puede llevar a que los/las menores no utilicen adecuadamente los métodos anticonceptivos o los desechen o a que busquen servicios ilegales e inseguros de aborto[53]. Por ejemplo, existe evidencia empírica de que la mayoría de los abortos tardíos en menores se explica en su temor de que los padres se enteren. También existe evidencia de que la mayoría de las menores que buscan servicios de salud sexual y reproductiva no lo haría si se informara a sus padres que usan anticoncepción, aunque solo el 1% estaría dispuesto a dejar de tener relaciones sexuales[54].

La importancia de la confidencialidad se acentúa cuando se trata de los padres, pues los comportamientos en materia sexual y reproductiva de las/los menores pueden ser abiertamente contrarios a las creencias de estos, quienes además pueden estar interesados en disuadir, u oponerse cuando las normas jurídicas así lo permiten, a que las/los menores adopten determinadas decisiones.[55]

Finalmente, la información debe brindarse desde la perspectiva de la *promoción de la autonomía* de los menores propiciando un diálogo que les permita comprender a cabalidad los actos respecto de los cuales se busca

52 *Idem. pág. 184.*
53 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. cit 2000. pág. 13.*
54 *Planned Parenthood Federation of America. Adolescentes, aborto y leyes de intrusión del gobierno. Publicado por la Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic. New York. 2004. pág. 2.*
55 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit. pág. 12.*

su consentimiento, sus características, sus consecuencias, sus riesgos, las alternativas, la situación legal y todo aquello que se estime necesario para asegurarse que está en condiciones de decidir. Debe brindarse en un lenguaje comprensible, respondiendo todas las preguntas o inquietudes que pueda suscitar la decisión, evitando el lenguaje moralista o prejuicioso[56] y sin direccionar el sentido de la decisión.

Otros aspectos que pueden parecer accesorios, en el caso de las/los menores pueden resultar cruciales para garantizar el ejercicio de su consentimiento informado. Por ejemplo, la adecuación de horarios que sean compatibles con sus necesidades, la definición de precios o sistemas de pago compatibles con su capacidad, la ubicación de los servicios en zonas accesibles para los ellos, o la garantía de privacidad.

El proceso de informar a las/los menores para que decidan de manera autónoma no se limita únicamente al momento en que se solicitan servicios ante los profesionales de la salud. Los menores no siempre pueden obtener la información, debido a los prejuicios de sus padres y de los profesionales de la salud, quienes consideran que ofrecer información demasiado pronto puede resultar en un estímulo para que tengan relaciones sexuales[57]. En algunos países la información insuficiente o inadecuada se considera la primera causa del embarazo adolescente[58]. El proceso de informar a los menores para que ejerzan su derecho a la autonomía incluye el trabajo y el compromiso conjunto de la familia, el lugar de educación y los profesionales de la salud. Brindar continuamente información veraz, oportuna y completa es una contribución decisiva para la progresiva consolidación de la autonomía en las/los menores y la conciencia sobre el ejercicio de los derechos. Para algunos, incluso, el Estado debería intervenir para asegurar que la educación en la familia fomente la autonomía[59].

56 *Idem. pág. 18.*
57 *R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de "la evolución de las facultades" de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. Op. Cit. pág. 14.*
58 *Amarilla Gundín, Manuel. El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia. Op. Cit. pág. 1.*
59 *Casas, Lidia. Capítulo cuatro, salud. Op. Cit. pág. 468.*

(ii) Consentimiento

En cuanto al ejercicio de la voluntad de los menores, propiamente el acto de consentir, es fundamental constatar que éste se encuentre exento de presiones o coacciones, por parte de los padres o de otros profesionales. Las decisiones fundadas en exposiciones equivocadas o distorsionadas de la información, induciendo la culpa o el miedo, no pueden considerarse autónomas. En el caso de exposición de información a menores de edad, la exigencia de objetividad a los profesionales de la salud se acentúa porque un adolescente puede tener menos capacidad de detectar un sesgo o una información parcializada que un adulto.

El derecho de los menores a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva genera para los profesionales de la salud al menos dos obligaciones: (1) poner a su disposición todos los recursos necesarios para decidir autónomamente, y (2) respetar sus decisiones absteniéndose de obstaculizarlas, retrasarlos o impedir su ejecución, incluso si son contrarias a su manera de ver las cosas.

No prestar los servicios que los menores con capacidad para decidir solicitan y requieren, vulnera el principio de no maleficencia, pues pueden conducir a la muerte por abortos inseguros, en su contagio de ITS, en embarazos indeseados o en secuelas sobre su sistema reproductivo, lo mismo que alterar su proyecto de vida[60].

La intervención inadecuada o la ausencia de intervención, por mala o negligente práctica médica, puede generar responsabilidad para los profesionales de la salud en cualquiera de las etapas del proceso de decisión informada: en la oferta de información, el respeto de la decisión, el acompañamiento para la ejecución de la decisión, la prestación del servicio, etc.

60 *R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. Op. Cit. pág. 183.*

El Manual de Consejería en Salud Sexual y Reproductiva del Perú, definió un sistema diferenciado para la consejería de las/los adolescentes sobre la base de que estos pueden tener necesidades especiales relacionadas, por ejemplo, con su dificultad para recibir servicios integrales o su temor a que sus padres se enteren que buscan anticoncepción. La guía se refiere a: (1) al momento en el que debe brindarse la consejería, que especifica debe ser continua, reconociendo que todos los momentos son oportunos para brindar información a adolescentes; (2) al contenido que debe incluir lo relacionado con la anticoncepción y aspectos asociados como ETS, VIH/SIDA, anticoncepción de emergencia, violencia sexual, entre otros, y mecanismos para acceder a los servicios que se requieren, y finalmente, de manera específica; (3) a la necesidad de brindar los servicios de manera amigable, brindando información completa y reconociendo las características de la etapa por la que atraviesan los adolescentes.

(Ministerio de Salud. Manual de Consejería en Salud Sexual y Reproductiva. Perú. 2006)

4- Argumentos claves de posición

Menor de edad y capacidad para decidir

- Según la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, la minoría de edad va hasta los 18 años, salvo que una norma interna del país fije una edad inferior.
- La definición de minoría de edad impone límites desde lo legal a la capacidad plena de decidir, es decir la edad normativa de minoría de edad.
- La definición de una edad de minoría de edad tiene un doble propósito: (1) establecer una protección reforzada de los menores dentro de la sociedad e (2) imponer restricciones al ejercicio de los derechos y las obligaciones.
- La minoría de edad no puede convertirse en un factor de vulnerabilidad ni se puede utilizar para permitir o causar daños, por ejemplo, desprotegiendo

los derechos a la salud y la integridad de los menores, como cuando se niega su posibilidad de decidir.

- La titularidad de derechos de los menores se mantiene sobre las limitaciones a su ejercicio por lo que, aun cuando pueda cuestionase la autonomía de lo menores para tomar decisiones, estos siguen siendo titulares de todos sus derechos: la salud, la vida y la integridad física, entre otros.
- Las restricciones que se imponen a los menores sobre su capacidad de decidir tienen por objeto el ejercicio de los derechos ya que la titularidad es plena y permanente.
- Las limitaciones a la capacidad de decidir de las/los menores de edad, deben ser comprendidas de acuerdo con las siguientes reglas:
    1. Deben interpretarse de manera restrictiva ya que entrañan una limitación de derechos.
    2. Quien considera que en determinada situación un menor no puede decidir, tiene la carga de probar porqué.
    3. Son una medida de protección para los menores porque no pueden generarles daño.

Respeto del consentimiento informado de los menores de edad

- Los dos conceptos trascendentales para el respeto del consentimiento informado de los menores son: las capacidades evolutivas y el interés superior del menor.
- Estos entrañan el concepto de autonomía progresiva, según el cual, la autoridad de los padres debe ceder a medida que los menores desarrollan sus capacidades de decidir de manera autónoma.
- Las capacidades evolutivas del menor pueden ser entendidas entonces como una limitación al ejercicio de la autoridad parental, que se fortalece progresivamente hasta eliminarla completamente en favor del reconocimiento de la independencia de los menores, incluso en direcciones que se oponen a las creencias y expectativas de sus padres, a medida que estos van adquiriendo las condiciones necesarias para adoptar decisiones de manera autónoma sobre su propia vida, ejerciendo los derechos de los que son titulares.
- En la aplicación de este concepto se debe tener en cuenta:
    1. La madurez del menor en cada caso concreto.

2. Los profesionales de la salud deben promover el ejercicio de la autonomía en el proceso de evaluación de las capacidades del menor para decidir.

3. Los menores no tienen la obligación de probar que son maduros.

4. La madurez de los menores tiene un componente contextual: servicios amigables pueden propiciar mejor que el menor se sienta cómodo y se disponga para decidir.

5. Los profesionales de la salud son responsables del acompañamiento que hacen del menor en su proceso de decisión.

6. El concepto del interés superior del menor, aun cuando también reconoce la construcción progresiva de la autonomía de los menores, orienta las decisiones en las que se sustituye la capacidad de decidir del menor, para garantizar que los intereses de quienes sustituyen al menor no le causen daños. En otras palabras, la protección de sus derechos es siempre el propósito: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la dignidad, entre muchos otros.

- Los profesionales de la salud y los proveedores de servicios tienen el deber de generar las condiciones para que los menores puedan ejercer su autonomía, brindando explicaciones claras, completas y oportunas sobre los servicios médicos disponibles para el caso.
- Los proveedores son responsables de la manera en que abordan y acompañan el proceso de decisión de un menor de edad y su papel es altamente relevante en la determinación de la madurez del menor y la promoción de su autonomía.
- Los profesionales deben tener como criterios para evaluar al menor:
- Su habilidad para comprender la información relevante y comunicar sus inquietudes.
- Su habilidad para reflexionar y para elegir, con alguna independencia.
- Su habilidad para evaluar los riesgos, los beneficios y los daños.
- La aplicación del interés superior del menor, implica el agotamiento previo de todas las alternativas disponibles para que el menor decida autónomamente.
- Como mínimo se debe: (i) haber brindado información completa veraz y comprensible a los menores y (ii) respondido a sus preguntas e inquietudes (iii) en un contexto amigable, comprometido con sus necesidades

específicas, con garantía de su confidencialidad y privacidad, (iv) respetando sus opiniones, comentarios, preocupaciones e inquietudes y (v) promoviendo, de acuerdo con las características el caso concreto, el ejercicio de la autonomía del menor por todos los medios disponibles.

- El interés superior del menor consiste en la protección de sus derechos (salud, vida, autonomía, igualdad, dignidad, entre otros) y opera en aquellos casos en los que la/el menor no decide sino que se asigna a un tercero para que decida *por* él.
- En la aplicación de este concepto se debe tener en cuenta:
  1. Además de orientar las acciones, las limita. [61]
  2. No puede ser usado para legitimar decisiones que vayan en contra de sus derechos.
  3. Es un criterio para resolver conflictos y para llenar vacíos normativos.
  4. Las decisiones que se adoptan *por* los menores sobre el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva deben orientarse a proteger sus derechos sexuales y reproductivos.
  5. En todos los casos la opinión del menor debe ser escuchada.

El consentimiento informado de los menores de edad.

- El consentimiento informado esta compuesto por el derecho a la información y el derecho a decidir en ejercicio de la autonomía.
- En relación con la información para el consentimiento, se debe:
  1. Ofrecer las mismas garantías que a los adultos.
  2. Ser activo, como profesional, en la exposición de información, asegurándose que es suficiente y que es comprendida.
  3. Considerar que los menores son más vulnerables frente a la manera en la que se ofrece la información por lo que se debe ofrecer un ambiente de confianza y de seguridad que les permita empoderarse frente al ejercicio de sus derechos.

- El diálogo con un menor tiene características específicas en razón de sus condiciones y debería considerar al menos:

61 *Es decir, limita las acciones que sean contrarias al interés superior del mejor, por ejemplo, prohibiéndolas.*

1. La construcción de condiciones de confianza.
2. El respeto de las opiniones y decisiones de los menores, aun cuando difieran de las del profesional.
3. La confidencialidad, especialmente frente a sus padres
4. La promoción de la autonomía.

- En relación con el acto de consentimiento:
  1. El profesional de la salud debe asegurarse que el menor no es sujeto de coerción o presión.
  2. El profesional de la salud debe ser particularmente cuidadoso con sus propios prejuicios, ya que las/los menores tienen menos capacidad de percibir los sesgos.
  3. La *construcción de condiciones de confianza* requiere que las/los profesionales asuman actitudes amigables y comprensivas con los menores, en un lenguaje que les resulte familiar y comprensible.
  4. Brindar información de manera continua (veraz, oportuna y completa) es una contribución decisiva para asegurar progresivamente la consolidación de la autonomía en las/los menores y la conciencia sobre el ejercicio de los derechos.

Bibliografía

Amarilla Gundín, Manuel. El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia. Grupo Europeo de Derecho Farmacéutico (EUPHARLAW). Chiesi. Barcelona. 2004.

Brenes Hernández P. La reglamentación del aborto terapéutico en América Latina: Costa Rica: Asociación Colectiva por el Derecho a Decidir; 2007.

Casas Becerra, Lidia y Valenzuela Rivera, Ester. Derechos sexuales y reproductivos y confidencialidad y VIH/SIDA en adolescentes Chilenos. Acta Bioethica. Acta bioeth., nov. 2007, vol.13, no.2, p.207-215. ISSN 1726-569X. Chile, 2007.

Casas Becerra, Lidia. Capítulo cuatro, salud. La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana. Motta, Cristina y Sáenz, Macarena (editoras académicas). Red alas. Sigo del Hombre Editores, American University Washington Colegge of Law, Center for Reproductive Rights. Colombia. 2008.

Casas Becerra, Lidia. Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual de los adolescentes. Informe en derecho. Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia 2005; 12(3): 94-111. Chile. 2005.

Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T- 477. Colombia. 1995.

Corte Suprema de Estados Unidos. Bellotti contra Baird (Bellotti II). 443 U.S. 622. Estados Unidos. 1979

García Ruíz, Yolanda. Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores. La salud: intimidad y libertades informativas. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia. 2006 (11-40)

Garcia, Diego; Jarobo, Yolanda; Espíldora, Nieves Martín; Ríos, Julián. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Instituto de Bioética. Fundación Ciencias de la Salud. Madrid. Medicina clínica, 2001; 117(5). Página(s):179-190. 2000

González, A. C; Durán, J. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y Alianza Nacional por el Derecho a Decidir. Causal salud. interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. Montevideo, Uruguay. 2008

Haya Plazuelos, J; De los Reyes Peña, S y Lertxundi Barañano, R. Aspectos legales en la adolescencia. Manual de salud reproductiva en la adolescencia. Sociedad Española de Contracepción y Wyeth-Lederle. España. 2001

House of Lords (Cámara de los Lores). Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority. Reino Unido. 1985.

International Planned Parenthood Federation, IPPF. Sexual rights: an IPPF declaration. Reino Unido. 2008.

IPPF. Aborto legal: regulaciones sanitarias comparadas. Uruguay 2008.

Jimena Quesada, Luís. La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida. La salud: intimidad y libertades informativas. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia. 2006 (41-82)

Kottow, Miguel. Participación informada en clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados. UNESCO. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2007.

Lansdown, Gerison. La evolución de las facultades del niño. Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF. Florencia, Italia. 2005.

Ley 41 de 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. España. 2002.

Ministerio de Salud. Manual de Consejería en Salud Sexual y Reproductiva. Perú. 2006.

Planned Parenthood Federation of America. Adolescentes, aborto y leyes de intrusión del gobierno. Publicado por la Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic. New York. 2004.

Planned Parenthood Federation of America. Leyes que exigen la participación obligatoria de los padres en el caso de menores que deseen abortar. Publicado por la Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic. New York. 2007.

R.Cook, B.M.Dickens. Adolescents and consent to treatment. International Journal of Gynecology and Obstetrics (2005) 89, 179—184. Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Anexo de Bioética, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá. 2005.

R.Cook, B.M.Dickens. El reconocimiento de “la evolución de las facultades” de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva. International journal of gynecology & obstetrics. 70(2000) 13-21. Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Anexo de Bioética, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá. 2000

La regulación legal sobre la capacidad de los adolescentes en algunos países de América Latina y su impacto en la salud sexual y reproductiva

Lidia Casas Becerra[62]
Ester Valenzuela Rivera[63]

1. Introducción: Definiendo el problema

La liberalización de la ley sobre aborto en países de la región ha puesto de relieve la cuestión sobre el acceso de los adolescentes a los servicios de la salud sexual y reproductiva, una esfera en la que a los problemas comunes al resto de la población se suman obstáculos específicos, como la edad y la capacidad legal para obtener servicios con total independencia y confidencialidad. A veces, la percepción o creencias que los prestadores de salud tienen de las leyes o regulaciones específicas conducen a servicios ineficaces, observando a ultranza la institución de la patria potestad. En este sentido, es vital entender las legislaciones latinoamericanas y diagnosticar cuáles elementos pueden facilitar —y cuáles obstaculizar— su acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Es asimismo necesario resaltar la amplitud extrema del término "jóvenes", pues no es lo mismo enfocar servicios a adolescentes menores de 15 años que a la población de entre 18 y 25 años, sobre todo porque los primeros no han accedido a la mayoría de edad y por ende no tienen acceso a ciertos servicios de salud. Con el fin de tener claridad en la materia, se estudiará junto a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* la *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, un nuevo instrumento internacional que llena un vacío normativo afincando una serie de derechos para la población joven de 15 a 24 años.

62 **Lidia Casas Becerra** *es investigadora y profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile*

63 **Ester Valenzuela Rivera** *es profesora asociada y Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile*

En un sentido más amplio, este trabajo busca contar con una visión panorámica de la regulación legal en la materia en los países priorizados por la IPPF (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela) junto a una remisión esquemática al tratamiento que se le da al tema en España y el Reino Unido, por ser países con desarrollos legislativos relevantes en la materia.

Como la cuestión de la capacidad legal o edad para consentir o participar en decisiones presenta enormes variaciones en función de los diferentes contextos jurídicos, en un primer momento se revisarán las normas penales nacionales que inciden en el consentimiento de los adolescentes. A continuación se pasará revista a las leyes y reglamentaciones legales o técnicas que definen bajo qué premisas los adolescentes están en condiciones de otorgar un consentimiento por sí mismos. Se revisará en fin cuándo se requiere la intervención de un tercero para validar su voluntad, no sólo con respecto a la obtención de servicios legales de aborto, sino de conserjería, provisión y prescripción de métodos anticonceptivos o de servicios de salud sexual y reproductiva. La construcción de este mapa normativo también permitirá mostrar las oportunidades y los desafíos que tienen las asociaciones miembro de la IPPF sobre la atención a jóvenes menores de edad.

La segunda parte de este trabajo constituye un esfuerzo por entregar algunas recomendaciones que las asociaciones puedan emprender en un trabajo de cabildeo en pro de reformas legales, lo mismo que en uno de difusión de la información, sensibilización y capacitación para prestadores de salud (al interior de las asociaciones o dirigidas a los prestadores del sistema público de salud) y que les permitan tomar posición sobre las discusiones que se producen en los contextos locales, así como conocer los elementos necesarios para abordar el problema, especialmente la intervención de terceros o la existencia o no de servicios de apoyo para la toma de decisiones en salud sexual y reproductiva para adolescentes.

I. Panorama normativo sobre la capacidad de los adolescentes

1. Las leyes de indemnidad sexual

Las legislaciones de América Latina, en general, han sufrido numerosos cambios en las últimas dos décadas para adecuarse a los tratados

internacionales que protegen a las mujeres de la violencia de género, tales como la *Convención Americana sobre la Prevención, Erradicación y sanción contra las Mujeres* (la *Convención Belem do Pará*), la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer* (*Convención de la Mujer*), que se basan en el sistema universal de protección de los derechos humanos y en las demandas de justicia de género en el derecho. También se encuentran otros tratados, tales como *Convención sobre Derechos del Niño* y *la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes*. En el ámbito de la discriminación de género las leyes penales no han sido una excepción, teniendo en cuenta que la construcción de los tipos penales ha tenido una marcado acento androcéntrico en que abundaban los estereotipos y prejuicios sobre la sexualidad, particularmente femenina.

Durante la década de los noventa, los códigos penales en materia de delitos sexuales fueron modificados en Argentina, Colombia, Chile y Perú. Se estableció que los tipos penales debían proteger bienes jurídicos que no habían sido considerados en la protección de las mujeres víctimas de la violencia sexual, pasándose de salvaguardar la honestidad, el pudor, o el honor y las buenas costumbres de las familias, a la protección de la libertad[64] y la integridad sexual[65] de todas las personas. Si antaño las disposiciones penales aludían sólo al concepto de acceso carnal, de lo cual se desprendía que sólo las mujeres eran víctimas de violación, actualmente en la mayoría de los países de la región se considera que la violación (o acceso carnal, o abuso sexual agravado) es la penetración vaginal, anal o bucal, con el pene o con algún objeto.

Un segundo cambio en las legislaciones ha sido la edad de la víctima, lo cual es crucial pues define si la conducta descrita es o no antijurídica. La edad del consentimiento sexual es el límite de edad por debajo del cual el consentimiento prestado por un niño o niña para tener relaciones sexuales no resulta eficaz. La mayoría de los países en la actualidad ha fijado como límite los 14 años (cfr.

64 *Ese es el caso de la modificación del Código Penal chileno en 1999, en que los delitos protegían el honor o la honestidad, ahora sería la autonomía sexual. Véase Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa, editoras, Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América latina, Center for reproductive law and Policy, Universidad de los Andes y Temis, Bogotá, 2001, p. 138.*

65 *Este es el caso de la modificación al Código Penal argentino de 1999. De los "delitos contra la honestidad", el título fue sustituido por "delitos contra la integridad sexual". Ibid., pp. 68-69.*

infra cuadro sinóptico), sin importar que las penas aplicadas dependan de la edad de la víctima, como es el caso peruano, en que la violación a menor de 7 años puede acarrear cadena perpetua[66].

En todo caso, Guatemala es una excepción entre estos países en que la edad para el consentimiento se mantiene en 12 años respecto de los delitos sexuales[67] y que aun se conserva la categoría de mujer honesta respecto de alguno de ellos[68].

Las legislaciones de la región también han sufrido posteriores modificaciones, endureciendo las penas y en algunos casos elevando la edad para el consentimiento sexual. En Perú el Código fue modificado en 2004 en materia de delitos sexuales por la Ley 28.251[69]. Aunque en Chile se atacó el comercio sexual con niños o niñas creando nuevos tipos penales, una ley de 2006 modificó la ley sobre consentimiento sexual a los 18 años, quedando así penalizado todo acceso carnal con menor de edad. Con todo, la ley penal recoge, al igual que el modelo español, penas diferenciadas dependiendo de la edad y las circunstancias en que se produjo el acceso carnal[70], manteniendo la tendencia regional en cuanto al establecimiento de una edad para contraer matrimonio (16 años), y otra para el reconocimiento de hijos (14 años) todo ello en conformidad a los artículos 241 y 46 del Código Civil.

En Perú también se aumentó la edad, pero sin considerar el contexto socio-cultural y los derechos de los adolescentes, lo cual se resolvió parcialmente en Chile en la ley de responsabilidad penal adolescente. En el caso peruano existe un proyecto de ley que está actualmente aprobado en el Congreso, el cual volvería a despenalizar las relaciones sexuales de adolescentes mayores de 14 años[71]. La tramitación de esa iniciativa ha presentado problemas e incluso

66 *Decreto Legislativo 896, 23 de mayo de 1998.*
67 *Código Penal, artículo 173.*
68 *Ibíd. artículo 176.*
69 *Emérito Ramírez Salinas, La irracionalidad legislativa en materia de delitos sexuales, 5 de mayo de 2006.*
70 *Susana Chávez y Jennifer Nagle, De la Protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes. El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley 28.704, Promsex, Lima, 2007.*
71 *Raúl Mendoza, Ley permitirá relaciones consentidas con menores, La República.*

el veto Ejecutivo. Con su posterior archivo algunos sectores de la sociedad peruana desean mantener la regla [72].

Además de los problemas asociados a la atención en salud que discutiremos más adelante, esa situación ha conllevado diversas respuestas desde el sistema penal: desde el archivo de las denuncias hasta el procesamiento de los autores del delito[73].

Vale recordar que las edades del consentimiento entre la legislación penal y civil de América latina y el Caribe albergaban algunas correspondencias. La legislación civil de nuestra región, inspirada en el Código napoleónico de 1804, trata a los menores de edad y los distingue entre infantes (menores de 7 años), impúberes (mayores de siete y menores de 12 o 14 dependiendo del sexo según indique la legislación de cada país), y a partir de esa edad menores adultos, con base en lo cual se establecía una edad diferenciada de las niñas y niños, inter alia, para celebrar el matrimonio. Así, los 12 años marcaba el momento en que las niñas podían contraer matrimonio con el asentimiento de su padre o madre, mientras que para los varones era los 14 años[74]. De allí se puede sostener que se legitimaba el ejercicio de la sexualidad en el marco del matrimonio, pues los menores no requerían el consentimiento sino el asentimiento de una figura, lo cual tuvo consecuencias distintas para el derecho. Esta situación también ha sufrido importantes modificaciones, a instancias de las recomendaciones de órganos de Naciones Unidas, tales como el Comité de Derechos Humanos, que en la Observación General Nº 28 sobre la igualdad de hombres y mujeres instó a que la edad mínima para contraer matrimonio fuera la misma para ambos géneros[75]. Bolivia, uno de los países en estudio, mantiene por ejemplo en su legislación de familia una edad diferenciada para contraer matrimonio, pues las niñas pueden casarse a partir de los 14 años mientras que los adolescentes varones sólo pueden hacerlo a partir de los 16.

72 *Véase por ejemplo, la Declaración de la Asociación de Psiquiátrica Peruana, Pronunciamiento de la Asociación Psiquiátrica Peruana (APP) frente al Proyecto de ley sobre relaciones sexuales consentidas con adolescente (10 de julio de 2007).*

73 *Oscar Curi Carrasco, Marcha y contramarchas del Congreso de la República en la modificatoria del artículo 173 del Código Penal, 10 de enero de 2008.*

74 *Vale recordar que los adolescentes bajo las reglas del derecho civil también tenían y tienen capacidad de negociar desde la pubertad.*

75 *Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000, pár. 23. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.*

De esta manera, se puede ver cómo la edad fija ciertos límites en la capacidad del ejercicio de la sexualidad, ya sea en el contexto del matrimonio o fuera de él, lo cual se expresa en la capacidad negocial en materia civiles y en la celebración de actos intuito personae, como el testar o reconocer un hijo[76].

En materia penal, la edad mínima en las leyes de indemnidad sexual funciona como una presunción de consentimiento válido, que sólo bajo ciertas circunstancias (uso de violencia, fuerza, engaño o chantaje, o bajo el abuso de una relación de poder) se entendería que hay un consentimiento viciado.

Hasta aquí el tema parece ser medianamente pacífico en la doctrina, pues se estima que los adolescentes se encuentran en su etapa de madurez. La ley cumple el rol de protección, pero reconociendo que la edad que se escoja en cualquier modelo normativo puede ser arbitraria para establecer cuando están en condiciones de prestar un consentimiento idóneo en materia sexual.

Ese fue el caso de la modificación al Código Penal en Chile en 2003, cuando se volvió a discutir la edad a propósito de delitos de pornografía y pedofilia que fue catalizada por un caso que parecía vincular a personas públicas. En esa ocasión, algunos congresistas planteaban mantener los mismos límites de edad (12 y 14 años), otros en cambio sugerían subirlo a 14 años mientras un grupo planteaba una medida de consenso en los 13 años, como en Argentina. Estos últimos argumentaban desde los estudios de comportamiento sexual realizados por el Ministerio de Salud, según los cuales un porcentaje de la población juvenil menor de 14 años tenía relaciones sexuales consentidas a

76 *Vale recordar que nuestras legislaciones recogen el principio en virtud del cual los menores adultos, a saber mujer mayor de 12 y menor de 18, y varones mayores de 14 y menores 18 podrán celebrar una serie de contratos y actuación en el ámbito del derecho. Un ejemplo de esto es Chile en que un menor adulto (es decir menor de 18 y mayor de 12 o 14) sin autorización ni representación alguna podrá: testar (arts. 261 y 1005 C.C.); administrar su peculio profesional, lo que supone que ha ejercido plenamente su derecho al trabajo, escogiendo un área laboral en la cual desempeñarse ingresando al mercado laboral (arts. 246 y 439 C.C.), esto sin perjuicio del consentimiento del adulto responsable y otras restricciones impuestas por el Código del Trabajo (arts. 13.2; 13.3; 14.2 y 16); adquirir la posesión de bienes muebles (art. 723.2 C.C.); puede actuar como mandatario (art. 2128 C.C.); puede obligarse en virtud de un depósito necesario (art. 2238 C.C.); reconocer a un hijo (art. 262 C.C.)y; los mayores de 16 años pueden contraer matrimonio con el ascenso exigido por la ley (art. 105 C.C.). En los casos señalados la actuación personal e independiente del menor se autoriza atendido un grado de madurez suficiente para actuar o la naturaleza del acto como en aquellos que son intuito personae como el reconocimiento o la facultad de testar.*

edades muy tempranas con sus pares adolescentes (mayores o menores a ellos), o con personas adultas mayores a ellos[77].

Algunos tipos penales gradúan la pena dependiendo de la edad de la víctima (menores del límite para consentir sexualmente) o se establecen delitos especiales como el estupro, atendida las circunstancias bajo las cuales una niña o niño otorgaron su consentimiento sexual. En este último caso, se entiende que medió consentimiento, pero se le considera viciado y por ende no eficaz, pues el menor que mantuvo relaciones sexuales lo hizo bajo engaño o chantaje.

La modificación del Código Penal de Argentina en 1999 aumentó la edad para el consentimiento sexual. Tiene reglas específicas respecto de distintas situaciones establecidas en los artículos 119 y 120 del Código Penal. La primera disposición considera que el consentimiento es eficaz a partir de los 13 años de edad[78]. Sin embargo, cuando existe acceso carnal violento o ultraje, o existe un adulto que tiene relaciones con adolescentes entre 13 y 16 años, existen reglas especiales, independiente del sexo de la víctima. En Bolivia por su parte, el Código Penal establece que los adolescentes pueden consentir en materia sexual cuando alcanzan la pubertad, sin precisar a qué edad ella se alcanzaría. Sin embargo, es dable suponer que se aplicarán las reglas del derecho civil en la definición de pubertad. En Chile cuando se regula el consentimiento para los adolescentes sólo se refiere al consentimiento sexual entre heterosexuales, de tal manera que el consentimiento para relaciones homosexuales se mantiene en los 18 años de edad[79].

La vivencia de la sexualidad no reconoce los límites impuestos por normas sociales o jurídicas, sino que camina por sendas paralelas, que en algunos puntos se encuentran. Los adolescentes tendrán relaciones sexuales, ya

77 *Lidia Casas, Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual de los adolescentes. Informe en Derecho, Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia, Vol. 12 Nº 3, 2005. Algunos de los problemas que ocasionó cambiar el límite de edad fueron parcialmente subsanados en la Ley de responsabilidad Penal Juvenil que despenaliza las relaciones sexuales entre adolescentes siempre y cuando medie un máximo de dos años de diferencia entre "victima" y autor. Es decir una niña de 13 años podrá tener relaciones sexuales con su novio de 15 años sin que medie reproche penal.*

78 *República de la Argentina, Ley 25.085 del 7 de abril de 1999.*

79 *Véase el artículo 365 del Código Penal.*

sea con pares de su mismo o distinto sexo, con adolescentes de su edad o personas adultas. Para la ley penal, la edad constituye un elemento objetivo de presunción de consentimiento, independiente de que en las relaciones o actos sexuales hubiera mediado fuerza, abuso de poder, engaño o chantaje. La doctrina penal se refiere a estos casos como violación impropia (o abusos sexuales impropios), conocidos en el derecho del *common law* como *statutory rape laws*. Esto queda graficado en el artículo 216 del Código Penal de Panamá:

> "ARTICULO 216. El que tenga acceso sexual con persona de uno u otro sexo, utilizando sus órganos genitales u otras partes de su cuerpo, o introduciendo cualquier objeto en los genitales, boca o en el ano de la víctima, será sancionado con prisión de 3 a 10 años, en los siguientes casos:
>
> **1.** Cuando se use violencia o intimidación;
> **2.** Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad física o mental o por cualquier otra causa no pueda resistir;
> **3.** Cuando la víctima se encuentre detenida o presa y confiada al culpable para vigilarla o conducirla de un lugar a otro, y
> **4. Con persona de uno u otro sexo que no hubiere cumplido 14 años, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas anteriormente."** (el énfasis es nuestro)

Lo que ha resultado problemático actualmente son aquellos casos en que las y los adolescentes realizan conductas de carácter sexual estando debajo de ese límite, es decir bajo el umbral. La tensión se evidencia cuando adolescentes sin la edad para consentir sexualmente, especialmente las jóvenes, solicitan servicios sexuales y reproductivos como la provisión de anticonceptivos. Debería considerarse su caso a la luz del derecho penal como víctimas de delitos de abuso o violación, y habiendo acción penal pública al respecto, debería alertarse a las autoridades de dicho ilícito. Como veremos más adelante, las respuestas penales han seguido caminos distintos a las acciones en el campo de la atención y servicios de salud.

Cuadro Sinóptico 1. Normativa sobre leyes de indemnidad sexual Por País (P), Delitos Sexuales (DS), Violación (V) y Otros.

País	DS	V	Otros
Argentina	13	16	13
Bolivia	14*	14*	Entre la pubertad y ≤ 17, estupro.
Colombia	14	14	
Chile	14	14	No aplica cuando ≤ 2 años entre el menor y pareja. **
Ecuador	14	14	
El Salvador	14	14	
Guatemala	12	12	
México* **	12	12	
Nicaragua	14	14	
Panamá	14	14	
Perú	18	18	
Venezuela	12	12	Seducción: ≤ 16 años y ≥ 21, promesa de matrimonio a mujer conocidamente honesta. Acceso carnal: ≤ 12 y ≥ 16.

** El Código Penal de Bolivia no define la edad en que se alcanza la pubertad.*
*** El Código Penal chileno no mantiene las mismas reglas para los actos de connotación sexual entre personas del mismo sexo, ver artículo 365 del Código Penal. Véase Ley de responsabilidad penal juvenil. *** En México es un estado federativo y la regulación penal le compete a cada Estado. No obstante, el Código Penal del D.F. es modelo para el resto de los estados.*

2. Leyes sobre salud

Es posible afirmar que en los países en estudio existe un manejo regulatorio similar en cuanto al consentimiento sexual de los y las adolescentes y la protección penal en el tratamiento de delitos sexuales. Sin embargo, sí se advierten claras diferencias es la relación entre las normas penales y las normas administrativas, legales, o guías técnicas que se refieren a la capacidad de los adolescentes para consentir en las acciones y servicios de salud. Estas no siempre son claras y pueden acarrear problemas de interpretación e y de asimilación de un corpus normativo heterogéneo y fragmentado, lo cual es muy patente en las acciones de salud que requieren intervenciones más invasivas o quirúrgicas, como podría ser considerado un procedimiento de aborto en los países donde existen situaciones legales de abortos no punibles. En esta

sección se expondrán los detalles normativos en la materia, tomando como base la legislación especial que existe en materia de salud, y la qu existe en salud sexual y reproductiva en particular.

Argentina no tiene una ley sino numerosas normas especiales sobre salud sexual y reproductiva, pues es un país federal y la normatividad depende de la provincia e incluso del municipio. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de Mendoza, Neuquén, a modo de ejemplo, tienen sus propias leyes especiales en que se desarrollan los derechos, garantías, lineamientos en la protección de la salud sexual y reproductiva. A continuación se detallarán algunas.

La Provincia de Buenos Aires dictó la Ley Salud Reproductiva y Procreación responsable 13.066 (28 de mayo de 2003)[80]. Su decreto de eimplementación reconoce que para satisfacer el interés superior del niño todos los menores de edad mayores de 14 años tendrán acceso a los servicios de anticoncepción en confidencialidad, y que los menores de esa edad requieren del consentimiento de sus padres. A su vez señala que se dará prioridad a los métodos de barrera para la prevención de ETS, y otros métodos se prescribirán - como dispone "e) Para el caso de optar el beneficiario por un método no natural, deberá restringir la indicación a alguno de los incluidos en el listado de métodos no abortivos, transitorios y reversibles que el afecto elabora la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica). El Ministerio de Salud gestionará la colaboración con el mencionado organismo, a efectos de posibilitar la aplicación del presente". Como se advierte, la indicación sólo se hará luego de una evaluación clínica. Si la prescripción es un acto de naturaleza médica, las o los prestadores podrían encontrarse en la decisión de no desear prescribir otros métodos, especialmente, la anticoncepción de emergencia so pretexto de "la evaluación clínica" de la usuaria.

En materia de aborto, la provincia de Buenos Aires decretó la Resolución 304/2007 especial sobre la realización de abortos no punibles (art. 86 inc. 1º y 2º del Código Penal), el 29 de enero de 2007[81]. En ella, se dispone

80 *Se pueden encontrar todas las leyes provinciales argentinas. En Notivida.*

81 *Provincia de Buenos Aires, Resolución 304/2007, Autoriza a practicar aborto en hospitales públicos, 29 de enero de 2007. En Notivida.*

expresamente que en caso de incapaces se requerirá el consentimiento de su representante legal:

> "La atención de aborto no punible en el supuesto de mujer embarazada incapaz deberá efectuarse bajo el siguiente procedimiento.
> **Consentimiento informado prestado por el/la representante legal debiendo ser acreditado dicho carácter mediante documentación correspondiente con firma debidamente certificada.**
> Declaración de insana, con firma debidamente certificada o dictamen médico de equipo interdisciplinario de salud mental, de conformidad con lo establecido en el presente.
> Denuncia judicial o policial de la existencia de la violación.
> En caso de negativa injustificada del/la representante legal a consentir el acto médico, se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del Código Civil".

Es interesante notar que, si los intereses de los incapaces estuvieren en oposición con los de sus representantes, el representante legal dejará de intervenir en tales actos, debiendo hacerlo un curador especial para el caso en cuestión. Esta reglamentación tiene como propósito declarado evitar dilaciones innecesarias para la obtención de un aborto bajo los presupuestos señalados en la ley. Pero a pesar de su criterio orientador, no se aplica necesariamente a otras provincias.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó a su vez la Resolución 1174 de mayo de 2007, que también se refirió a la reglamentación del aborto no punible. El documento contempla una disposición sobre consentimiento informado en menores de edad, el cual requiere el consentimiento del representante legal o en su ausencia de la intervención del *Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* y/o a la *Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*[82]. Estas regulaciones responden a los casos que se han judicializado en Argentina, pues paradójicamente los derechos de la menor de edad en necesidad del aborto están en contraposición con las argumentaciones del defensor de incapaces, es decir del representante de los intereses de un no nato[83].

82 *Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Resolución 1174, Ministerio de Salud, 7 de junio de 2007.*

83 *Por ejemplo, véase, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdo 2078, C 100-459, OMV víctima de abuso sexual, La Plata, marzo de 2007; Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Expte. 87.985, Gazzoli Ana Rosa en J. 32.051 y otros, 22 de agosto de 2006. Ambas en Notivida.*

También en Argentina se ha judicializado la posibilidad de que una menor sexualmente activa y madre pueda utilizar el dispositivo intrauterino como método anticonceptivo, que su madre debe autorizar[84].

Por su parte, la ley sobre salud reproductiva de la Provincia de Córdoba repite en términos gruesos lo que señala la de de Buenos Aires, pero guarda silencio sobre los servicios para adolescentes, y si ellos se enmarcan en la confidencialidad[85]. La Resolución 878/2003 de la Provincia de Corrientes creó un programa de salud sexual y procreación responsable, el cual incorpora a todas las mujeres en edad fértil y como grupo prioritario a las menores de 19 años con actividad sexual. De ello, se desprendería que la atención es en el marco de la confidencialidad.

El Código Civil boliviano etiene una norma especial sobre la donación de órganos con la que se busca garantizar que el donante tenga plena capacidad de obrar, quedando prohibida la donación de órganos en vida cuando la acción implique una lesión grave y riesgo para su seguridad física. En cualquier caso se necesitará de un informe favorable de un equipo médico. Se entiende que los adolescentes no podrían donar órganos, pues el Código Civil sólo faculta a los menores de edad para obrar en los actos civiles relativos a compra y venta (arts. 590-592), y las realizadas en torno al peculio de un menor de edad. Por otra parte, el Código de Niñez y Adolescencia de Bolivia de 1999 establece en su título sobre la protección al derecho a la vida y la salud, una disposición expresa sobre el derecho a la salud y su gratuidad para todos los menores, debiendo el Estado desarrollar programas para su puesta en práctica. Este cuerpo normativo no hace distingo, y más aun confirma el principio de no discriminación por razones de edad, de género, clase, raza o etnia. De ello se desprende, que no existe problema en la provisión de servicios a la población adolescente en salud sexual y reproductiva.

Chile, a su vez, no cuenta con una ley general de salud, no obstante los lineamientos jurídicos descansan sobre el texto constitucional (Art. 19 Nº 9 de la Constitución Política del Estado) que obliga al Estado a implementar acciones de

84 *Causa Nº 167/1. Resol. Def. Nº 41, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial -La Matanza, 18 de diciembre de 2001, San Justo Provincia de Buenos Aires. En Notivida.*

85 *Provincia de Córdoba, Ley 8.535, Argentina. "Creación del Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad " dictada el 26 de abril de 1996. En Notivida.*

promoción, prevención, y recuperación de la salud. La protección y aseguramiento de las acciones de la salud se enmarcan en las políticas nacionales en salud sexual y reproductiva del Ministerio de Salud (del Programa de la Salud de la Mujer) que dictó las Normas Nacionales de la Regulación de la Fecundidad[86]. Cabe agregar además que respecto a la infancia y adolescencia el Ministerio de Salud cuenta con el "Plan Nacional a favor de la Infancia y la Adolescencia 2000-2010".

Los lineamientos técnico-administrativos de las Normas de Regulación de la Fecundidad establecen la confidencialidad de las prestaciones de salud de los adolescentes sin intervención de los padres o representantes legales. La confidencialidad de las prestaciones para adolescentes fue objeto de recursos judiciales, uno ante tribunales ordinarios por vía de una acción constitucional, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que la prestación de servicios en confidencialidad no violentaba el derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos[87], arguyendo el artículo 5° de la Convención Internacional de Derechos del niño, norma que entrega a los padres prioritariamente la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención en consonancia a la evolución de sus facultades. Esas normas técnicas fueron objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Chile, inter alia, por la consejería, prescripción de métodos y servicios de salud sexual y reproductiva a adolescentes sin el consentimiento de los padres. En abril de 2008, el Tribunal Constitucional en forma unánime rechazó esta parte del requerimiento, señalando que las acciones de Estado sobre salud sexual y reproductiva no se contraponen con el derecho de los padres a educar a sus hijos[88]. Estas normativas señalan que respecto a las y los adolescentes menores de 14 años (es decir, menores de edad para consentir en relaciones sexuales) los profesionales del área de salud deberán prestar todos los cuidados, entregar y prescribir métodos anticonceptivos. Sin perjuicio de ello, los prestadores deberán poner en conocimiento de las autoridades la eventual condición de víctima de estos adolescentes de violencia sexual, atendido a la aplicación de leyes sobre violación impropia. En la práctica ello significa el reporte al Ministerio Público o a la policía.

86 *República de Chile, Decreto Supremo 48, 2 de febrero de 2007.*
87 *Corte de Apelaciones de Santiago, "Zalaquett y otros contra Ministra de Salud", rol 4693-06 de 10 de Noviembre 2006.*
88 *Tribunal Constitucional, Requerimiento de inconstitucionalidad al D.S. 48 del Ministerio de Salud, rol 740-07, 18 de abril de 2008.*

En materia de VIH/SIDA, la norma chilena ha sido algo distinta, pues no se permite a los menores de edad acceder a pruebas de detección sin que los padres o representantes legales sean informados. Ni el Reglamento del Examen para la Detección del Virus de la Inmunodeficiencia Humana, Decreto N° 182 de 2005, ni la Ley General sobre VIH-SIDA 19.779 de 2001 contemplan normas específicas respecto de la infancia y adolescencia. Sólo prescriben, en términos generales, el derecho a la confidencialidad en el artículo 8 donde se indica que "…la confidencialidad es un derecho fundamental de los portadores del VIH-Sida. Nadie podrá, pública ni privadamente, referirse al padecimiento de esta enfermedad, sin el consentimiento previo del paciente". Aunque este es derecho debería ser ejercido tanto por adultos como por adolescentes, en la práctica los servicios de salud exigen la presencia de padres o representantes legales cada vez que los adolescentes solicitan realizarse una prueba de detección.

Colombia, por su parte cuenta con normas técnicas de planificación Familiar[89]. Su objetivo es brindar a hombres y mujeres en edad fértil la información, educación y métodos necesarios para dar respuesta a sus derechos sexuales y reproductivos. Toda la población en edad fértil es beneficiaria, sean usuarios afiliados a los regímenes contributivo o subsidiado de salud del estado. Sus principios rectores son, inter alia, el derecho a la libertad, igualdad y privacidad. Esta norma incorpora expresamente la utilización de anticoncepción de emergencia entre los métodos de uso en el sistema público de salud. Sin perjuicio de estas normas, llama la atención que la Ley 1146 sobre atención integral a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual no incorpore la anticoncepción de emergencia, como sí lo hace expresamente respecto del uso de retrovirales para evitar el contagio por VIH/SIDA[90].

Ecuador, a su vez, signatario de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, cuenta con un Código de la Niñez y la Adolescencia que establece el derecho de niños y niñas a una protección integral. La Ley Orgánica de Salud reconoce las brechas de género en el acceso, acciones de promoción y prevención de salud, y establece que todas las acciones desplegadas se inspiren en los principios de universalidad, equidad y solidaridad, aplicable no

89 *República de Colombia, Resolución 00412 de 2000, Norma Técnica para la Atención en Planificación Familiar a Hombres y Mujeres.*

90 *República de Colombia, Ley 1146, 10 de julio de 2007.*

sólo a las instituciones públicas, sino también a las privadas que participan en las redes del sector salud[91]. No hay referencias específicas a las acciones de salud dirigidas a los y las adolescentes.

Guatemala, por su parte, cuenta con una norma de carácter general en materia de planificación familiar. El artículo 3º del Decreto 85-2005, sobre acceso universal y equitativo de servicios de planificación familar[92], dispone que toda la población es beneficiaria, en especial, mujeres, adolescentes, parejas y hombres del área rural sin acceso a servicios básicos de salud. Se entiende que su propósito expreso es asegurar el servicio equitativo universal de servicios de planificación familiar, por lo cual su garantía es obligatoria para los servicios públicos y también, en conformidad con su artículo 2, a las ONG que prestan servicios básicos en salud. Esta normativa contiene un acápite especial sobre adolescencia, de carácter programático, para instar a la formación integral de los adolescentes en áreas de educación sexual, protección de la salud, sexualidad y embarazo precoz. No existen disposiciones sobre confidencialidad, ni para la población adulta ni para menores de edad.

En México la ley para la protección de la Niñez y la Adolescencia de 1999 es aplicable tanto al Estado federal como a los estados federativos y municipios. Entre sus características está incorporar el derecho a la protección a salud[93]. No contiene ninguna norma sobre la confidencialidad en los servicios, no obstante las disposiciones de la regla contenida en el artículo 4° inciso 2° permitirían afirmar el derecho a obtener prestaciones de salud en el marco de la confidencialidad, pues se afirma que "los derechos de los adultos no serán tomados como pretextos para obstruir el ejercicio pleno de los derechos de los y las niñas".

En el caso de Panamá, las Normas Técnico-Administrativas relativas a la planificación familiar establecen que todas las mujeres en edad reproductiva, independiente de la edad, tienen derecho a atención. No obstante, cuando se refiere al aborto no punible inducido, señala expresamente que para las menores se requerirá el consentimiento de su representante legal.

91 *República del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema General de Salud, 25 de septiembre de 2002.*
92 *República de Guatemala, Decreto 87-2005, 16 de noviembre de 2005.*
93 *México, Ley Federal de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, 29 de mayo de 2000.*

La legislación general de Perú sobre salud, la Ley General de Salud 26.842, se refiere al consentimiento que deben prestar los adultos a cargo de menores adultos. Dispone que las personas puedan ser sometidas a tratamiento médico o quirúrgico sólo mediante su consentimiento o el de las personas legalmente llamadas a darlo. En caso de negativa de los representantes legales, el médico tratante o el establecimiento de salud deben comunicar la situación a las autoridades judiciales[94]. El caso *K.N.L. vs. el Perú ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas* es muy particular, y consiste en que el hospital exigió el consentimiento de la madre de una adolescente, su representante legal, para la interrupción del embarazo de un feto acráneo, y pese a contar con dicha autorización se negó a realizarlo[95]. En todo caso, la ley general de salud cuenta con una disposición especialísima sobre confidencialidad (artículo 15 incisos a. y b.) la cual dispone que las personas tienen derecho a su intimidad, debiendo asegurarse la confidencialidad de los actos o acciones médicas. De allí puede colegirse que otras acciones de atención en salud, distintas al aborto, no requerirían de intervención de los padres o representantes legales.

Además de las normas legales relativas al derecho a la salud, el Perú cuenta con Guías Clínicas (de 2004) sobre Salud Sexual y reproductiva construidas desde el reconocimiento de los derechos de todas las personas al acceso a la salud, los derechos sexuales y reproductivos en cuanto derechos humanos. Este documento no entrega guías respecto de la atención a los y las adolescentes, pues presupone que todos tienen derecho a la atención en salud en el marco de la confidencialidad. Por su parte, el Ministerio de Salud del Perú ha defendido los derechos reproductivos y sexuales incluso en el caso de adolescentes, aprobando políticas de salud sexual que reconocen los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, como los *Lineamientos de Política Sectorial en salud adolescente 2005-2015*, las *Estrategias Sanitarias en Salud Sexual y Reproductiva 2004*, las *Estrategias en prevención y control de Enfermedades de Transmisión Sexual y VIH 2004* y las *Políticas para mejorar la Atención de Salud Sexual y Reproductivas 2004*, contando incluso con el *Modelo de atención Integral de Salud* (MAIS) responsable de la atención de salud de los peruanos y peruanos comprendidos en la Etapa de Vida Niño. Uno de sus

94 *Ley General de Salud del Perú 26.842 del 9 de julio de 1997.*

95 *Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación Individual 1153/2003, Llantoy v Perú, CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, views adopted on 24 October 2005.*

objetivos se ha centrado en el seguimiento, fomento y apoyo de la aplicación del Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia. Pero debe recalcarse que la inclusión de la anticoncepción de emergencia en las normas técnicas no significaba que ella se distribuyera en los servicios públicos de salud, lo cual sólo fue posible por una acción judicial.

Todo esto da cuenta de que el discurso desde el Ministerio de Salud peruano ha sido de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los Adolescentes. Pero esa intención no se ha reflejado en la realidad ni tampoco se ha traducido en cambios en materia normativa, toda vez que la educación sexual y el acceso efectivo a los servicios de salud públicos, siguen siendo absolutamente ineficientes al momento de entregar a los adolescentes las condiciones necesarias para el ejercicio de estos derechos. Es posible afirmar que las políticas, programas y normativas técnicas sobre y para la adolescencia en materia de salud sexual se estructuran mediante un discurso más liberal que lo que disponen las normas legales. Recogen las ideas y principios rectores como la autonomía progresiva y derechos sexuales y reproductivos, cuestión que no ocurre necesariamente con las legislaciones. La dificultad estriba en el rango o jerarquía de estas normas ante la ausencia de disposiciones expresas sobre la confidencialidad en la prestación de servicios.

Esta tensión se hizo evidente con la modificación de la edad en que menores de 18 años pueden consentir en relaciones sexuales. Si bien las normas técnicas y la ley de salud otorga garantías respecto del derecho a la salud, existe una norma (Ley 26.842, artículo 30) que obliga al facultativo que brinda atención médica a toda persona herida por arma blanca, de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia o de un aborto criminal, a poner en conocimiento de la existencia de un posible delito perseguible de oficio[96]. Toda menor que acude a un servicio de salud por su embarazo o por presentar claros signos de actividad sexual será considerada una victima. En este caso,

96 *Ley General del Salud 26.842 del 9 de julio de 1997. Es interesante relevar esta norma a la luz del caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C/115, 18 de noviembre de 2004, en que el Estado peruano es encontrado culpable por haber condenado a una médico que atendió a un herido a bala sin dar a comunicar a la policía de este hecho conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal. La Corte en la sección relevante señaló que el acto médico está protegido no sólo en la Constitución del Perú sino también en instrumentos internacionales, par. 90-103 de la decisión. Véase al final de este texto, los extractos de la decisión.*

y en forma similar a lo que ocurre en Chile, las adolescentes que acuden a los servicios de salud temen porque su propia actividad sexual será conocida por sus padres al requerir servicios de salud reproductiva distinta a la atención de un embarazo o parto. En el peor de los casos, sus parejas serán procesadas como infractores si son a su vez adolescentes, pero incluso condenados penalmente por tener relaciones con una menor si son adultos y existe una clara prueba de embarazo, aunque su relación sea de pareja.[97]

Lo anterior ha significado que las adolescentes se cohíban en la atención oportuna de todo tipo de servicios de salud sexual y reproductiva, quedando sin efecto la obligación concreta de brindar servicios en confidencialidad conforme a la ley de salud, pues lo que el sistema culpabiliza toda conducta sexual al margen de la ley.

En Chile sucede algo parecido, pues aunque las políticas del Ministerio de Salud reconocen explícitamente los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, no siempre cuentan con un correlato normativo, como por ejemplo las *Políticas Nacional a favor de la Infancia y Adolescencia 2000-2010*, fundadas en los principios rectores consagrados en la *Convención Internacional de los derechos del Niño*.

La Ley Orgánica de Salud de Venezuela, establece en el artículo 69 Nº 1 "El respeto a su dignidad e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de tipo geográfico, racial, social, sexual, económico, ideológico, político o religioso." No señala la edad como una distinción sospechosa de discriminación. En la misma disposición también se asegura la confidencialidad de la información.

De esta descripción del marco normativo regional es posible concluir que el reconocimiento de diversos Estados a los derechos del niño o la niña y los adolescentes, se materializa desde las políticas sanitarias, las cuales reconocen a los jóvenes desde sus atributos y no desde sus carencias. Un problema identificado, sin embargo, consiste en la gran distancia entre el discurso y la realidad actual de los servicios de salud pública, lo mismo que en el bajo nivel o la inexistencia de la educación sexual en muchos países.

97 *Chávez y Nagle, Op. cit. p. 6.*

En Nicaragua, por ejemplo, la *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva* reconoce en los adolescentes la capacidad de decidir libre y espontáneamente sobre su salud sexual y reproductiva. Sin embargo, en el plano normativo existen restricciones al efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como la Ley 603 de 2006 que abolió el aborto terapéutico y trajo consigo efectos gravísimos para las mujeres más pobres del país, concretamente en la población adolescente.

Como una cuestión preliminar, en general las leyes sobre cuidado médico para adolescentes son vagas y confusas. Las disposiciones legales sobre confidencialidad en servicios de salud varían dependiendo de la edad del adolescente y del tratamiento médico al cual él o ella deba someterse. Llama la atención cómo esta dicotomía entre discurso, realidad y normativa está presente en la mayoría de los países, existiendo una brecha injustificable entre lo que se declara y lo que finalmente se ejecuta en términos normativos y fácticos.

Las leyes sobre salud para la población tienden a referirse a la población adolescente como un grupo de beneficiarios. Sin embargo, son las normativas clínicas las que entregan mayor contenido al sentido y alcance del consentimiento informado para los adolescentes. Hay que considerare que (como en Argentina o Chile) los sectores opositores al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos acudan a tribunales en busca de la declaración de inconstitucionalidad de cualquier normativa que consagre la atención a adolescentes en confidencialidad, alegando que contraría el derecho de los padres a educar a sus hijos y el desconocimiento de la patria potestad.

Las normas de seguridad social no regulan expresamente cómo se prestan las atenciones en salud, sino que ello obedece a las prácticas institucionales y sistemas informáticos de cada país. En Córdoba (Argentina) una adolescente tendrá por ejemplo que mostrar su credencial de salud, tendrá una propia distinta de la persona quien pague por la leyes sociales (madre o padre). En Chile, a su vez, los adolescentes también tienen acceso a su propia credencial en salud en el sistema público de salud (FONASA) y privado, credencial que deben presentar para pagar o bien obtener una prestación gratuita cuando sea el caso.

Lo anterior sucede sin perjuicio de que en clínicas o servicios de salud públicos o privados existan sistemas informáticos, en los cuales a los adolescentes les basta presentar su huella digital (bono electrónico) para ser reconocidos como beneficiarios del sistema de seguridad social, y paguen la correspondiente tarifa de co-pago.[98] El sistema no entrega a los padres información de las prestaciones que los adolescentes han obtenido.

Cuando se refieren a las intervenciones quirúrgicas, estas mismas leyes expresan que respecto de los y las adolescentes, se debe contar con el consentimiento de los padres, o en su defecto la autorización judicial. La regla de estas normas es que el aborto es asimilable a una intervención quirúrgica, por lo cual se requerirá la intervención de los padres y responsables legales. Es posible pensar que este tratamiento se produce porque tradicionalmente el aborto ha sido realizado con maniobras invasivas, y las mujeres deben estar consciente de los riesgos médicos asociados, como en cualquier procedimiento.

Una segunda posible especulación, es que estas normas intenten entregar un marco más estricto considerando que la decisión de interrumpir un embarazo sea considerada de relevancia para la afectada.

Es posible afirmar que en la legislación y las políticas de estos países no existe una mirada integral a la infancia y adolescencia, lo cual es grave ya que nos encontramos ante un grupo altamente vulnerable ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual, VIH, embarazos no deseados, abortos ilegales, sin olvidar que en Latinoamérica el aborto es por lo general ilegal. Esa situación dispara los riesgos de la población infanto-juvenil, sobre todo en los segmentos con más carencias, una realidad avasalladora al considerar que dicha población etaria representa más de un tercio del total latinoamericano.

II. El derecho comparado

En el derecho comparado, y particularmente en el derecho continental europeo, la edad de consentimiento corresponde a la de nuestra región y en la mayoría de los países se ha asimismo elevado la edad para contraer

98 *Fondo Nacional de Salud, Bono electrónico.*

matrimonio, habiendo una regla para contraerlo con dispensa (autorización parental o judicial) a los 14 años o sin necesidad de ella los 16.[99] En España, la edad de consentimiento es de 13 años, conforme a lo dispuesto en los artículos 181 y siguientes del Código Penal, sin perjuicio de la sanción cuando se tienen relaciones sexuales con una persona mayor de 13 y menor de 16 años bajo engaño.[100] En materia de salud, la *Ley 14/1986 General de Sanidad*, señala que el Estado se obliga a asegurar las condiciones de acceso a la recuperación y promoción de la salud para todos los habitantes de la república, enfatizando el principio de igualdad de géneros y reitera la necesidad de evitar todo tipo de discriminación.[101] Los derechos de los menores están igualmente protegidos a través de la *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor* que garantiza (artículo 4) el derecho a la intimidad, honor e imagen, y (artículo 5) a buscar, recibir y utilizar información conforme a su desarrollo.[102]

En el Reino Unido la edad de consentimiento es 16 años, pero la jurisprudencia ha hecho una clara distinción entre las normas penales y la edad necesaria para requerir servicios de salud sexual y reproductiva en total confidencialidad. Al respecto hay dos casos que han marcado la normatividad. El *Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authorities* (1986), resuelto por la Cámara de los Lores, estableció que un menor puede ser considerada con madurez y capacidad suficiente para obtener servicios médicos sin intervención parental en el marco de confidencialidad.[103] Por su parte, en el *Axon v The Secretary of State for Health* una madre demandó a las autoridades de salud por el contenido de las normas o guías clínicas del Ministerio de Salud, que permitían la consejería, entrega o prescripción de anticoncepción de emergencia argumentando que la anticoncepción de emergencia era considerada abortiva, y que su administración o prescripción de métodos violentaba el derecho de los padres a educar a sus hijos, fundando algunas de sus alegaciones en decisiones judiciales de Argentina y Chile. El juez de primera instancia desechó la demanda basándose en el caso Gillick.

99 *Véase en este sentido la discusión en Rodrigo Barcia, La capacidad de los adolescentes para recibir la denominada 'píldora del día después', Revista de Derecho Privado, Nº 7, 2006, pp. 150-152.*
100 *Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995.*
101 *España, Ley General de Sanidad 14/1986 de 26 de abril de 1996.*
102 *España, Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, 15 de enero de 1996.*
103 *Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authorities [1986] AC 112 House of Lords. England.*

En Francia, en fin, por expresa disposición de la ley las adolescentes tienen plena capacidad para adquirir la píldora del día después en las farmacias sin mediar ninguna prescripción; incluso las enfermeras escolares están facultadas para su entrega.[104]

La noción del ejercicio de derechos en forma independiente a los padres ha sido asentado hace mucho tiempo en Europa, a partir de las discusiones sobre las implicancias de la adopción de la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992). La Recomendación del Consejo de Europa 1.121 sobre los derechos del niño señala incluso que "junto con el derecho de ser protegidos, los niños tienen unos derechos que pueden ejercer por sí mismos de forma independiente, incluso contra la voluntad de los padres."[105]

Breves referencias al derecho Internacional de los Derechos Humanos

La *Convención Internacional del Niño* es el tratado con la mayor adhesión en el sistema universal, concebida como una verdadera Carta Fundamental de Derechos, en el que los estados firmantes han adquirido el compromiso de adoptar medidas concretas que satisfagan las necesidades básicas de salud, vivienda, educación, recreación y de protección. Pero su aplicación ha sido compleja y ha encontrado grandes escollos en las legislaciones internas, no parte de un niño objeto de derechos, sino de uno sujeto de derechos, con un papel activo, que puede actuar en favor de su propio bienestar tomándose en cuenta su participación, lo que exige transformaciones radicales de políticas públicas y propuestas transversales para las normativas. Para evitar establecer límites de edad o dar definiciones de madurez arbitrarios, la Convención introduce el concepto de la "evolución de facultades", según la cual el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia, viéndose su argumento reforzado por el requisito del artículo 12 de "tener *debidamente en cuenta* las opiniones del niño en función de su edad y madurez".[106]

104 Rodrigo Barcia, Op. cit. pp. 137-158.

105 Citado en Barcia, Op. cit. p. 142.

106 Rachel Hodgkin y Peter Newel, Manual de Aplicación de la Convención Internacional de Derechos del Niños, UNICEF, Ginebra, 2001.

Aunque no se pronuncia explícitamente sobre los derechos sexuales y reproductivos, haciendo una interpretación extensiva de algunos de sus derechos que se relacionan con la sexualidad y la reproducción, se puede sostener que están involucrados en la autonomía progresiva contemplada (artículo 5), en el derecho a la intimidad (artículo 16) sobre la no injerencia en su intimidad personal o familiar, en el derecho a la no discriminación, a la salud en el artículo 24, inc. 1 que dispone "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud…". y en los derechos sobre su libertad de expresión.

El derecho a la salud ha sido desarrollado más detalladamente por el *Comité de los Derechos del Niño* en su *Observación General Nº 3 y Nº 4*[107] que se refieren al derecho al acceso a la educación sexual, a la planificación familiar y acceso a la información veraz y completa en el marco de la confidencialidad. En un sentido similar, la *Observación General Nº 14*[108] elaborada por el Comité General de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla el deber por parte de los Estados miembros de proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la toma de decisiones que afectan su salud. Establece asimismo que el ejercicio del derecho a la salud por parte de los adolescentes dependerá de la atención, que esta sea respetuosa a los jóvenes tomando en cuenta su derecho a la confidencialidad y la vida privada y menciona la necesidad de establecer servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

La *Convención Iberoamericana de la Juventud,* firmada 2005 y ratificada por Ecuador España, Honduras y República Dominicana (a diciembre 2008)[109] es un instrumento internacional que desarrolla áreas distintas como el reconocimiento de la orientación sexual, que explicita al consagrar el principio de no discriminación (artículo 5) y al prescribir el derecho a la identidad (artículo 14)

107 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del Niño. 32 período de sesiones, 31 de enero de 2003 y Observación General Nº 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño, 33 período de sesiones, 6 de junio de 2003.

108 Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 22 período de sesiones, 11 de agosto de 2000, E/C12/2000/4.

109 Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.

contemplando que la orientación sexual es parte de la identidad de cada joven. Prescribe asimismo (artículo 6) la igualdad de género de los jóvenes, el derecho a la educación sexual, específicamente y no en términos genéricos (artículo 23) y el derecho a la salud (artículo 25), incluyendo la atención primaria gratuita. Reconoce en su preámbulo que entre los jóvenes de la región se constatan graves carencias y omisiones que afectan su formación integral, pues existen derechos de cuyo ejercicio se les priva o restringe, como a la educación, trabajo, salud, medio ambiente, participación en la vida social y política y en la adopción de decisiones, entre otros. La Convención plantea asimismo la necesidad de superar prejuicios y concepciones despectivas y paternalistas o meramente utilitarias de los jóvenes, entendiéndolos no sólo como sujetos de derecho sino como actores estratégicos del desarrollo, asignándoles una función y valorando su aporte, por lo cual afirma expresamente derechos que sólo se habían venido gestando en la doctrina del derecho internacional, en particular respecto a la heteronormatividad sexual. Especifica además el grupo etario al cual va dirigida, señalando que por "jóvenes" y "juventud" a todo aquel que tenga entre 15 y 24 años de edad. Desde ese punto de vista, empero, es una Convención que ante el panorama normativo antes expuesto limita derechos, pues las normas nacionales consideran que estos comienzan antes de los 15 años.

Conclusiones

1. Las legislaciones penales reconocen que los adolescentes se relacionan sexualmente. La edad para que su consentimiento sea eficaz varía en los países en estudio, pero en promedio a los 14 años son menores adultos que pueden eficazmente consentir en actos de tipo sexual.
2. Lo anterior no se contradice con la existencia de ciertos tipos penales, que protegen otros bienes jurídicos y que pueden contemplar rangos de edad superiores a los señalados. Una excepción y preocupación es la legislación penal peruana que reconoce que sólo existe consentimiento válido a los 18 años.
3. Las leyes sobre el derecho a la salud consagran que no hay distinción etaria en la entrega de información y provisión de servicios de salud sexual y reproductiva, reconociendo y prohibiendo expresamente cualquier

discriminación. Es por ende probable que los problemas y barreras de acceso no sean legales sino de culturas institucionales, pues los programas y las políticas están abiertos a entregar servicios a todas las mujeres en edad reproductiva. No obstante, los menores que no pueden consentir pueden ser objeto de "medidas de protección" que instan a los profesionales de la salud a comunicar su actividad sexual a las autoridades para protegerlos, lo cual constituye una barrera de acceso.

4. No se advierten condicionamientos en la asesoría, entrega, o prescripción de anticonceptivos, ni en que las normas se refieran expresamente a que los adolescentes requieran intervención parental para acceder a la anticoncepción de emergencia.

5. Las legislaciones revisadas, y las normas técnicas exigen de la intervención de los padres o representantes legales cada vez que un niño o adolescente requiera de una intervención quirúrgica. En algunos casos, la ley expresamente señala que habiendo discrepancia entre los intereses del niño y sus representantes legales frente a una intervención de este carácter, el caso debe ser resuelto por los tribunales.

6. Las legislaciones revisadas le dan al aborto el mismo tratamiento que las intervenciones quirúrgicas. De allí que se requiera el consentimiento parental o de los representantes legales para que una adolescente menor de edad pueda interrumpir un embarazo si lo deseara.

7. No es claro que existan los mecanismos para que las adolescentes puedan hacer valer sus derechos. Si bien en algunos países existe la figura del defensor de incapaces o curador ad ítem, como en Chile, ello no significa que estas instituciones apoyen la decisión de una adolescente, pues su intervención se inserta en lo que la institución o el curador entienda como "el mejor interés del menor".

8. Hay conceptos errados sobre el alcance de la patria potestad, lo cual ha llevado a instalar en el imaginario de los prestadores de salud y sus instituciones que no puedan realizar ciertas acciones sin intervención de los padres, como la entrega de anticoncepción o servicios en consejería.

Anexo

De La Cruz Flores Vs. Perú: extracto de decisión

"c) Penalización del acto médico

90. En el juicio seguido contra la presunta víctima, el 16 de septiembre de 1995 el Décimo Cuarto Juzgado Penal de Lima dictó auto de apertura de instrucción contra la señora María Teresa De La Cruz Flores y otros por "ser integrantes del Partido Comunista del Perú – sendero luminoso, los mismos que proporcionaron atención médica, curaciones y operaciones, entrega de medicinas e instrumental médico para la atención de los delincuentes terroristas[;] hechos [que] constituyen delito previsto y penado en el artículo 4º del [D]ecreto [L]ey [No.] 25[.]475".

91. El 1º de abril de 1996 el Fiscal de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial de Lima señaló en su dictamen (supra párr. 73.22) que la señora María Teresa De La Cruz Flores había "explotado sus actividades profesionales en el campo de la [m]edicina[… y] que su accionar estaba orientado a salvar bienes […] como es la vida humana".

92. El 7 de junio de 1996 el Fiscal Superior de Lima emitió su dictamen (supra párr. 73.23), en el cual señaló que, en lo que se refiere a la señora María Teresa de La Cruz Flores, "la participación de [é]st[a] había consistido en proporcionar atención médica a militantes".

93. En relación con la señora María Teresa De la Cruz Flores, la sentencia de 21 de noviembre de 1996 (supra párr. 73.27) consideró que [en autos] se detalla la documentación encontrada en mil novecientos noventidós a Víctor Zavala Castaño, a Francisco Morales Zapata, a Eduviges Crisóstomo Huayanay, Felipe Crisóstomo Huayanay, Rosa Esther Malo Vilca y Miriam Rosa Juárez Cruzatt, en las cuales se involucra a la acusada, en la que aparece con el seudónimo de "Elíana"; en uno de esos documentos se da referencias no solo a puntos de reunión llevados a cabo con la procesada, sino además, se hace todo un análisis de su evolución doctrinaria e ideológica al interior de la organización, se hace indicaciones de las charlas en la[s] que como médico [h]a brindado, que ha participado en una operación como segundo médico cirujano, así como

de los problemas que se han presentado al interior del Sector Salud, todo lo cual, ha sido corroborado […] por la acusada Elisa Mabel Mantilla Moreno, quien en presencia del Fiscal sostiene que en una oportunidad se encontró con María Teresa De la Cruz por disposición de su "responsable", a efectos de hacer diversas coordinaciones; […] por la misma acusada, quien [..] la sindica como uno de los elementos de apoyo encargada de hacer atenciones médicas e intervenciones quirúrgicas, […] se le sindica como partícipe en una operación a '"Mario"[,] quien estaba quemado de la mano, lo que coincide con lo anteriormente señalado, esto es, que participó como segundo cirujano en una operación de injerto de piel; siendo evidente que la negativa de la procesada, a nivel judicial[,] es dada con el afán de eludir su responsabilidad penal, la misma que se encuentra suficientemente acreditada[.]

94. La Corte observa que el acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica99. A modo de ejemplo, el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú consagra que "[a]cto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico".

95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de1949, señala que "[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos". Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que "[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad". Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

d) Obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos

96. La sentencia de 21 de noviembre de 1996 (supra párr. 73.27) consideró, además, "que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento

del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas".

97. Al respecto, la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que "el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente".

98. En este sentido, la Constitución del Perú de 1993, que prevalece sobre cualquier otra norma interna del ordenamiento jurídico peruano, establece en su artículo 2.18 que toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

99. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141 que "no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión".

100. El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica100.

101. La Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

102. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por

imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.

103. En razón de todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el Estado violó el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora De La Cruz Flores."

Bibliografía

Asociación de Psiquiátrica Peruana, Pronunciamiento de la Asociación Psiquiátrica Peruana (APP) frente al Proyecto de ley sobre relaciones sexuales consentidas con adolescente (10 de julio de 2007).

Barcia, Rodrigo. La capacidad de los adolescentes para recibir la denominada 'píldora del día después', Revista de Derecho Privado, Nº 7, 2006.

Cabal Luisa, Lemaitre Julieta y Roa, Mónica editoras. Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América latina, Center for reproductive law and Policy, Universidad de los Andes y Temis, Bogotá, 2001.

Casas, Lidia. Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual de los adolescentes. Informe en Derecho, Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia, Vol. 12 Nº 3, 2005.

Chávez, Susana y Nagle, Jennifer. De la Protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes. El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley 28.704, Promsex, Lima, 2007.

Curi Carrasco, Oscar. Marcha y contramarchas del Congreso de la República en la modificatoria del artículo 173 del Código Penal, 10 de enero de 2008.

Hodgkin, Rachel y Newel, Peter. Manual de Aplicación de la Convención Internacional de Derechos del Niños. UNICEF, Ginebra, 2001.

Mendoza, Raúl. Ley permitirá relaciones consentidas con menores, La República, 22 de junio de 2007. En: http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,163309/Itemid,/

Ramírez Salinas, Emérito. La irracionalidad legislativa en materia de delitos sexuales, 5 de mayo de 2006.

Convenciones e Instrumentos Internacionales

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. En: http://www.unhcr.org/refworld/publisher,OIJ,,,4b28ef622,0.html.

Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. En: http://hrlibrary.ngo.ru/hrcommittee/Sgencom28.html

Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22 período de sesiones, 11 de agosto de 2000, E/C12/2000/4. En: http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del Niño. 32 período de sesiones, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003. En: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/fba2931809a79daac1256d2d004376f0/$FILE/G0340819.pdf

_____Observación General Nº 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño, 33 período de sesiones, CRC/GC/2003/4

21 de julio de 2003. En: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.4.Sp?OpenDocument

Legislación

República de Chile, Código Civil.
_____ Código Penal.
_____ Decreto Supremo 48, 2 de febrero de 2007.

República de la Argentina, Código Penal.
_____ Ley 25.085 del 7 de abril de 1999.

Provincia de Buenos Aires, Resolución 304/2007, Autoriza a practicar aborto en hospitales públicos, 29 de enero de 2007.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Resolución 1174, Ministerio de Salud, 7 de junio de 2007.

Provincia de Córdoba, Ley 8.535, Argentina. "Creación del Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad " dictada el 26 de abril de 1996.

República de Colombia, Ley 1146, 10 de julio de 2007. En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1146_2007.html

_____ Resolución 00412 de 2000, Norma Técnica para la Atención en Planificación Familiar a Hombres y Mujeres. En: http://www.rgs.gov.co/img_upload/a6760b33a0b37cbd6231b2518c38c335/NORMA_T_CNICA_PARA_LA_ATENCI_N_EN_PLANIFICACI_N.doc.

República de Guatemala, Decreto 87-2005, 16 de noviembre de 2005. En: http://www.congreso.gob.gt/uploadimg/documentos/n1682.doc.

México, Ley Federal de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, 29 de mayo de 2000. En: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf

República del Perú, Código Penal.

Ley General de Salud del Perú 26.842 del 9 de julio de 1997. En: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6774.pdf

Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995. En: http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/0A93A12B-A267-4841-B50D-EC1A452AFB4C/73842/Ley10_1995.pdf

España, Ley General de Sanidad 14/1986 de 26 de abril de 1996. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-1986.html

España, Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, 15 de enero de 1996. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.html

Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdo 2078, C 100-459, OMV víctima de abuso sexual, La Plata, marzo de 2007.

Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Expte. 87.985, Gazzoli Ana Rosa

en J. 32.051 y otros, 22 de agosto de 2006.

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial -La Matanza, San Justo Provincia de Buenos Aires, Causa Nº 167/1. Resol. Def. Nº 41, 18 de diciembre de 2001.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), "Zalaquett y otros contra Ministra de Salud", rol 4693-06 de 10 de Noviembre 2006.

Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de inconstitucionalidad al D.S. 48 del Ministerio de Salud, rol 740-07, 18 de abril de 2008.

Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authorities [1986] AC 112 House of Lords. England.

Comité de Derechos Humanos, Dictamen Comunicación Individual 1153/2003, Llantoy v Perú, CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, views adopted on 24 October 2005. En: http://www.cdh.uchile.cl/Libros/dh-mujeres/21llantoy.pdf

CorteIDH, De La Cruz Flores Vs. Perú, Serie C 115, 18 de noviembre de 2004. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf

¿Existe una obligación legal de respetar el secreto profesional en el tratamiento médico a adolescentes?

Martín Hevia[110]

Esta reflexión parte del presupuesto de que los adolescentes son sujetos de derechos cuya relevancia crece en función de su edad, pero cuyo efectivo ejercicio implica la creación de mecanismos prácticos como la aplicación de servicios integrales orientados a sus necesidades específicas. Dado que en ese ámbito los profesionales de la salud desempeñan una función central debido a las repercusiones de sus intervenciones, es necesario discutir el tema del secreto médico en la atención a menores.

En efecto, en la atención en salud sexual y reproductiva a menores son muy frecuentes escenarios de muy difícil manejo, como el de una adolescente abusada sexualmente que pide al personal hospitalario no hacer pública su situación; o el de una menor que viene acompañada al servicio por una pareja mucho mayor, y no quiere que sus padres se enteren; o el de una joven que padece una infección sangrante causada por un aborto inseguro, con graves riesgos para su salud y que ruega que no se notifique a sus padres.

En el marco de los objetivos de la IPPF es muy relevante abogar por el respeto a la confidencialidad en el tratamiento médico a adolescentes. El presente texto argumenta a favor de esa idea y explica por qué el secreto profesional es fundamental en ese contexto. La sección 1 trata sobre la importancia del secreto profesional médico, la 2 los casos en que un médico puede suspender la confidencialidad, la 3 las razones por las que debe ser mantenida cuando se trata de adolescentes, y 4 recomendaciones sobre el tema.

110 **Martín Hevia** *es Profesor Asistente de la Universidad Torcuato Di Tella. Doctor en Derecho de la Universidad de Toronto (2007); Abogado de la Universidad Torcuato Di Tella (2001).*

I. El Secreto Profesional

La confidencialidad se justifica por el interés en proteger la intimidad, el desarrollo de la personalidad, la libertad, la vida y la salud de las personas, de conformidad con los tratados de derechos humanos suscritos por los pases latinoamericanos y caribeños.[111] Se basa en que probablemente el paciente no quiere que se difunda información que considera íntima,[112] por lo que la decisión de hacerlo debe ser conciente, es decir libre, informada y responsable. El fundamento del "consentimiento informado" de los pacientes se basa en efecto en que "*obligar a revelar información íntima es una violación de la libertad de las personas*".

La confidencialidad promueve la *confianza* en los médicos al favorecer la sinceridad de los y las pacientes, quienes al carecer de ella pueden mentir y dificultar las tareas médicas, acarreando deficiencias en sus servicios.[113] La falta de confidencialidad es una barrera al acceso a la salud, pues ante el temor de que se revele información sensible, los pacientes pueden asimismo no concurrir a los centros asistenciales y favorecer tratamientos riesgosos. En un sentido más amplio, la ausencia de confidencialidad viola el derecho a la salud y pone en peligro la vida de las personas.

En salud sexual y reproductiva, ante el temor de que el médico revele información sensible, las pacientes pueden o no ser completamente honestas ante el temor de que la información se haga pública (lo que puede tener graves implicaciones penales), o automedicarse sin asesoría profesional.

Los Códigos de Ética médicos establecen explícitamente el deber de no difundir información que haya llegado a conocimiento del profesional con motivo de la

111 *Ver PROMSEX, Médicos en Conlicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30 – Análisis de la Constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la Obligación de Médicos y Médicas de Denunciar p. 7.*

112 *El principio de autonomía personal reza así: la libre elección individual de una pluralidad de planes de vida es valiosa. El Estado y los demás individuos no pueden interferir con tales decisiones autónomas. El Estado simplemente debe diseñar instituciones que impidan la interferencia mutua en los planes de vida e incluso faciliten la persecución de tales planes. Ver, por ejemplo, Carlos Nino, Ética y Derechos Humanos Buenos Aires, Astrea, 1989, cap. 5.*

113 *Ver Iniciativas Sanitarias, El Secreto Profesional-Confidencialidad.*

realización de un acto médico, lo cual se extiende al resto del equipo de salud. Del mismo modo, los funcionarios de la institución de asistencia que no integren el equipo de atención a los pacientes, deben actuar con discreción y los pacientes y sus acompañantes deben poder identificar su función.[114] En particular, la historia clínica y demás registros deben manejarse con discrecionalidad, lo cual implica no dejarlos al alcance de terceros ni visibles para otros pacientes o acompañantes, sino guardados bajo llave o contraseña, según el tipo de almacenamiento, y transportados en unidades sin los nombres de los pacientes.[115]

Es por ende crucial que todos los estudiantes de medicina se familiaricen con la importancia de la confidencialidad y que la practiquen, lo mismo que los profesionales, en particular aquellos nuevos en un establecimiento sanitario, o novatos en el manejo de herramientas tecnológicas.[116] De hecho, la importancia del secreto profesional se refleja en varias legislaciones que establecen que incurre en un delito aquel médico que en el ejercicio de su profesión revele información sobre un paciente sin su consentimiento: ni un juez penal o civil puede relegar al médico de dicha obligación, sino únicamente el paciente mismo. El deber de mantener el secreto profesional es crucial a tal punto que debe mantenerse incluso en caso de deceso del paciente.

En Argentina, por ejemplo, la obligación de mantener la confidencialidad comienza con el juramento hipocrático y se refleja en los códigos de ética profesionales. El artículo 4 de la ley 23.277 impone a los psicólogos la obligación de "guardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizare en cumplimiento de sus tareas especificas, así como de los datos o hechos que se les comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos o ideológicos de las personas." Por su parte, el sistema criminal protege la confidencialidad (art. 156 del Código Penal) estableciendo que se reprime con multa e inhabilitación a quien "teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa", por lo que en principio los médicos únicamente pueden violar la confidencialidad cuando tengan una "justa causa" para hacerlo.

114 Iniciativas Sanitarias, El Secreto Profesional-Confidencialidad, supra nota 3.
115 Idem.
116 Idem.

El inciso 1 del artículo 177 del *Código Procesal Penal de la Nación* establece a su vez el deber de todo funcionario o empleado público de denunciar la comisión de delitos que conozca en el ejercicio de sus funciones. El inciso 2 establece incluso el deber de denunciar "los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional." El artículo 244 establece que el deber de no informar aquello que conozcan en ejercicio de su arte se extiende a "los hechos secretos que hubieren llegado a conocimiento de los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado, en razón del propio estado, oficio o profesión." En ese sentido, sólo el interesado puede en principio relevar a su médico del cumplimiento del deber de confidencialidad.

En América Latina, el leading case sobre confidencialidad es "De la Cruz Flores vs. Perú" cuya acusación consistía en haber prestado servicios médicos a supuestos terroristas. Fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2004,117 la cual respondió que el objetivo de un acto médico no es lesionar bienes jurídicos sino preservar el bien jurídico fundamental que es la vida de las personas, invocando la Constitución de Perú, que en su artículo 2.18 establece el derecho a guardar el secreto profesional. También hace referencia a una recomendación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de adoptar en las legislaciones la protección del secreto profesional.118

Del mismo modo, dado que la expectativa de confidencialidad es un presupuesto básico y específico de la relación médico-paciente,[119] de ningún modo se puede obligar a los primeros a denunciar a los segundos. Sin embargo, a pesar de la decisión en *De la Cruz Flores* y del lenguaje explícito del artículo 2.18 de la *Constitución* peruana, el articulo 30 de la *Ley N. 26842, Ley General de Salud* establece que "[e]l médico que brinda atención a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por

117 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 18/11/2004.

118 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999).

119 Además, la Corte deja bien en claro que si bien, por supuesto, los médicos pueden ser perseguidos penalmente por la comisión de delitos, no se los puede perseguir por el ejercicio de su profesión.

causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de autoridad competente.", lo cual genera un serio conflicto para los médicos, pues o cumplen con el deber ético-jurídico de respetar el secreto profesional, o acatan la citada ley. De todas formas, en el caso de la salud sexual y reproductiva, obligar a los médicos a denunciar a sus pacientes cuando existan indicios de aborto criminal *no* es un medio idóneo ni para proteger la vida del feto , ni para resolver el problema de salud pública generado por los abortos clandestinos, pues ante el terror de ser denunciadas por los médicos las mujeres suelen practicarse abortos clandestinos y riesgosos, creando un vínculo directo entre la mortalidad materna y la interrupción de embarazos en esas condiciones. Sin embargo, para proteger la vida el Estado puede tomar medidas que no vulneren el secreto profesional ni afecten el derecho a la salud —e incluso la vida— de las mujeres que deben tomar decisiones. Sin duda, la medida más contundente sería el cambio de las legislaciones restrictivas, pero pueden tomarse otras acciones más inmediatas como clausurar los centros de provisión de abortos en condiciones de riesgo, perseguir penalmente a quienes ponen en peligro la vida de las mujeres practicando abortos inseguros, organizar campañas de educación sexual, y distribuir métodos anticonceptivos en los centros de salud oficiales.[120]

En conclusión, la función del médico no es investigar delitos sino atender a todas las personas por igual sin importar sus condiciones religiosas, políticas, legales o el origen de sus lesiones o enfermedades. Obligarlo a denunciar a sus pacientes desvirtúa la relación de confianza entre ellos. Al igual que al sacerdote que escucha confesiones, el abogado al que sus clientes o incluso sus clientes potenciales le confiesan la comisión de un delito, el médico tiene la obligación de mantener el secreto profesional.[121] En ese sentido el Estado debe rodear de garantías su trabajo.[122] Tal como lo dice el juez García Ramírez en el caso De la Cruz Flores:

120 Ver PROMSEX, Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30 – Análisis de la Constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la Obligación de Médicos y Médicas de Denunciar p. 26.

121 Ver el voto razonado del juez Garcia Ramirez en De la Cruz Flores, supra nota 9.

122 Idem.

> [e]l Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir con su deber…sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y a asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere la raíz de la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante – o delator – de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.[123]

2. Excepciones al deber de mantener el secreto profesional

¿Cuál es el alcance del deber de confidencialidad? ¿Hay excepciones? De las decisiones de los tribunales surge la regla según la cual la obligación de confidencialidad cede *solamente* cuando el médico sabe que su paciente dañará seriamente a un tercero.[124] Sin embargo, lo anterior no puede traducirse en la criminalización de las personas viviendo con VIH/SIDA, quienes con frecuencia son presionadas a revelar información sobre su estatus.

En ese sentido, la Corte Suprema de California sostuvo que la confidencialidad cede cuando el médico sabe que su paciente dañará seriamente a un tercero[125]; y la de Canadá adoptó un estándar similar argumentando que el riesgo debe ser (1) claro y con un objeto identificable, (2) de daño corporal serio o de muerte e (3) inminente.[126]

123 Idem.
124 Ver, por ejemplo, Elaine Gibson, Medical Confidentiality and Protection of Third Party Interests 6(2) The American Journal of Bioethics 23-25.
125 Tarasoff v. Regents of the University of California (Supreme Court of California, 529 p. 2d 553, Cal. 1974).
126 Smith V. Jones (1999), 169 Dominion Law Reports (4th) 385 (Supreme Court of Canada).

3. El secreto profesional en el tratamiento a adolescentes

Los profesionales médicos que atienden adolescentes suelen enfrentarse a la decisión de notificar o no a sus padres o tutores. La duda se debe a su desconocimiento del régimen legal aplicable en el sentido de si los adolescentes están legalmente facultados para recibir información sobre el tratamiento. Al respecto es necesario tener presente que los países de América Latina y del Caribe han ratificado la *Convención de los Derechos del Niño*, que en su artículo 1 define "niño" como todo ser humano menor de 18 años (a menos que la ley nacional señale que la mayoría de edad se adquiere antes) y en su artículo 5 introduce el concepto de "evolución de las facultades del niño",[127] estableciendo en particular que ellos son sujetos de derechos y que a medida que evolucionan sus facultades, pueden ejercerlos por su cuenta.[128] Por tal razón, fija asimismo la obligación de los Estados de respetar dicha evolución[129], lo cual es compatible con el respeto a la autonomía de la familia: en su Preámbulo sostiene que es el "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños", y el artículo 18 que es a los padres a quienes incumbe la responsabilidad de su crianza y desarrollo.[130]

El objetivo es alcanzar un equilibrio entre los derechos de la familia y los de los niños. Si la función de los padres es orientar y dirigir debidamente a sus hijos en el desarrollo de su personalidad y de una vida responsable, en el proceso de evolución de las facultades de los niños los padres no tienen que respaldar necesariamente sus opiniones, una situación en la que deben

127 *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención." – énfasis agregado -.*

128 *Ver Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño UNICEF, 2005, p. 21.*

129 *Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

130 *Ver Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño UNICEF, 2005, p. 22.*

explicarles con claridad por qué su decisión es diferente. En ese sentido, es importante no agobiar a los niños con responsabilidades inadecuadas para el estado de evolución de sus capacidades.[131]

En América Latina, la adopción de la *Convención sobre los Derechos del Niño* implicó un cambió muy importante pues se pasó de un paradigma "tutelar" y "asistencialista", al nuevo paradigma de "protección integral"[132], según el cual los niños tienen derechos de los que son titulares exclusivos por su condición de personas en etapa de crecimiento.[133] Se adoptó el concepto de "competencia", habitual en la bioética, por ser la más adecuada para el ejercicio de los derechos personalísimos de los niños[134] y por ser más flexible que "capacidad" (cfr. "incapaz") ya que no hay una edad específica en la que los niños dejan de ser incompetentes. Mientras que la capacidad se da sin mediación, la competencia es paulatina: se va forjando a medida que el niño de que se trate desarrolle su autonomía personal.[135]

El criterio fundamental para determinar cómo los médicos deben actuar ante sus pacientes adolescentes es el principio del "interés superior del niño"[136], fundamental en la Convención, que en su artículo 3.1 establece que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o

131 Idem., p. 20, 23.

132 Para una discusión de este punto, ver Nelly Minyersky y Marisa Herrera, Autonomía, Capacidad y Participación a la Luz de la Ley 26.061 en Emilio García Méndez (comp.), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – Análisis de la Ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 43-70.

133 Por ejemplo, Argentina ratificó dicho tratado mediante la ley 23.849 y la reforma de la Constitución Nacional en 1994 le dio status constitucional – ver artículo 75, inciso 22, Constitución Argentina.- Ver Nelly Minyersky y Marisa Herrera, Autonomía, Capacidad y Participación a la Luz de la Ley 26.061 en Emilio García Méndez (comp.), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – Análisis de la Ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 43-70.

134 Idem., p. 45.

135 En contra de esta visión, algunos autores argentinos sostienen que el régimen de la ley 26.061 no afecta en nada al régimen de capacidad civil establecido en el Código Civil. Esta visión distingue entre "capacidad civil" y "capacidad para la protección" referida a las políticas públicas de infancia. Sin embargo, el sistema de protección integral comprende no sólo la implementación de políticas que tienen por objetivo garantizar la protección de los derechos de los niños, sino también el modo en que tales derechos se ejercen. Entonces, la capacidad progresiva comprende tanto a la capacidad civil como al ejercicio de los derechos sociales y políticos. Idem., p. 48.

136 Ver el voto de Lord Fraser en el caso Gillick, Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 All ER 402 (HL).

los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

Argumentos de posición

Los médicos deben determinar si tratan o no a un paciente menor sin el consentimiento de los padres en función de su interés superior y asegurándose de que entienda con claridad la naturaleza del tratamiento recibido. Los principios fundamentales que deben guiar esa conducta son los mismos que rigen los tratamientos en adultos, como respetar el secreto profesional, evitar un mal mayor, o reducir el daño para la salud del paciente.

Un ejemplo de regulación modelo es la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA),[137] cuya normativa hace obligatoria la asistencia sanitaria a todos los adolescentes que se presenten en cualquier efector dependiente de la Secretaría de Salud, ya sea solo o con acompañante adulto.[138] A su vez, establece que los dependientes de la Secretaría de Salud deben promover los mecanismos correspondientes para remover las barreras administrativas que pudieran surgir[139], y especifica que es irrelevante que el paciente adolescente esté indocumentado, incluso para comunicar la situación a las autoridades. [140] La ley presume asimismo que todos los adolescentes que requieren atención cuentan con la madurez necesaria para formar juicios propios, lo que implica que los profesionales de la salud tienen la responsabilidad de responder a sus solicitudes.[141] En ese contexto se distinguen las siguientes dos situaciones: (1) el paciente adolescente que concurre acompañado de un mayor y (2) el que concurre por su cuenta. En el primer caso el médico debe hacerle saber al mayor que atenderá al paciente adolescente sin su intervención, y tendrá una reunión en la que le recordará al paciente su derecho a la confidencialidad; si se da la eventualidad de que no sea posible mantenerla, también deberá comunicarle al menor las razones. Si es la salud o la vida del paciente lo que está

137 Ver Resolución N° 1.252/05 y Resolución N° 1.253/05.
138 Ver arts. 1 y 2, Resolución N° 1.252/05.
139 Idem., art. 2.
140 Art. 2, Resolución N° 1.253/05.
141 Ver los Programas de Salud Sexual y Reproductiva de la CABA y la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

en riesgo, el médico deberá evaluar si este entiende la magnitud del peligro y si considera que no puede hacer frente a su situación por sí solo, deberá pedir al paciente que designe una persona para que lo ayude, haciendo énfasis en que este tercero sea alguien en quien el menor confíe. Los médicos deben por ende comunicarle a los adolescentes en qué casos no corresponde respetar a rajatabla el secreto profesional, como cuando buscan anticonceptivos para protegerse de abusos sexuales, ante lo cual lo más apropiado sería ponerse en contacto con las autoridades competentes.[142] Por otro lado, si los guardianes del adolescente están a cargo de un tratamiento médico, es necesario que el médico les informe qué medicamentos le ha prescrito, para así identificar sus contraindicaciones. Si el paciente concurre por su cuenta el criterio se mantiene:

> "En caso de niños/as y adolescentes que se presenten sin un acompañante adulto y que de acuerdo a la evaluación realizada por un equipo profesional interdisciplinario, no reúnan las capacidades necesarias para hacer efectivo el ejercicio personalísimo de su derecho a la salud, deberá convocarse al referente adulto que el niño/a o adolescente reconozca como tal. En caso de no mediar la instancia de evaluación interdisciplinaria, el personal de salud que establezca el "primer contacto" procederá del mismo modo. Si los mismos no presentan referentes adultos, se deberá establecer contacto con la Guardia Permanente del Consejo Asesor de Derechos de Niños/as y Adolescentes (CDNNyA), quien instrumentará los medios necesarios para hacer efectivo su derecho a la salud (...) Para el supuesto de que los niños/as y adolescentes que concurran a los efectores sin un acompañante adulto y se encontraren en situación de emergencia y/o urgencia, deberá brindarse primero la atención asistencial necesaria a fin de garantizar en forma prioritaria el derecho a la salud de dicha población."[143]

142 *B. M. Dickens & Rebecca Cook, Law and Ethics in Conflict Over Confidentiality? (2000) IGJO 385-391.*

143 *Ver artículos 5 y 6, Resolución N° 1.252/05. El art. 6 sigue así: "Posteriormente y sólo en aquellos casos en que existiera oposición del niño/a o adolescente y/o de su representante legal a la práctica médica que se realizara (o que se le esté por realizar en el futuro), o cuando se tratara de prácticas que requirieran autorización judicial, tales como mutilación de órganos, cambio de sexo o trasplantes, se solicitará la autorización correspondiente a la "Asesoría General Tutelar de Menores e Incapaces de la Ciudad de Buenos Aires"…".*

En las jurisdicciones en las que no haya reglamentaciones como la citada, los médicos deben trabajar activamente para que se reglamente la Convención de los Derechos del Niño, aplicar los principios que emanan de los derechos humanos y por consiguiente promover en todos los casos el interés superior del niño, la salud pública y la reducción de daños a pacientes adolescentes.

Respecto al acceso a exámenes de HIV, el Comité de los Derechos del Niño recomendó que el acceso voluntario a los servicios de asesoramiento y los exámenes confidenciales estén respaldados por el respeto al derecho a la salud de los niños.[144] A su vez, el artículo 24 de la Convención establece que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios." Esto puede implicar que los niños tengan acceso a asesoramiento y a exámenes confidenciales sobre su salud.

El artículo 14.1 es muy significativo[145] pues reconoce que una consecuencia de que los niños tengan libertad de pensamiento, conciencia y religión es la de observar o no las restricciones religiosas al uso de métodos anticonceptivos y al aborto, lo cual se sitúa por fuera de la autoridad parental.

144 *Observación N. 3 (2003), HIV/SIDA y Derechos de los Niños, 17/3/03.*

145 *Artículo 14:*

1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*
2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*
3. *La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

Bibliografía

Alan Guttmacher Institute, *Hacia un Nuevo Mundo: vida sexual y reproductiva de los jóvenes* (New York: AGI, 1998).

Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24. Mujer y Salud. Articulo 12. Vigesima Sesion. 1999. para. 8.

Convención de los Derechos del Niño.

Entre La Espalda y la Pared: el secreto profesional y la atención posaborto, Managua: Ipas Centro América.

Fiorella Melzi, *Adolescents' Consent to Treatment in Sexual and Reproductive Health Services* (manuscrito sin publicar).

Gerison Lansdown, *La Evolución de las Facultades del Niño*, UNICEF, 2005.

Iniciativas Sanitarias, *El Secreto Profesional-Confidencialidad.*

Jorge López Bolado, *Los Médicos y el Código Penal* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987).

José Antonio Andrade, *Reflexiones sobre la Responsabilidad Médica* (Madrid: Edersa, 1998).

José Enrique Vázques López, *El Secreto Profesional Médico: a propósito de un caso Cuad. Med. Forense* [online].

KD Katz, *The Pregnant Child's Right to Self Determination* (1999) 61 Albany Law Review 1119.

Lucila Larrandart, Articulos 85/88 en David Baigún y Eugenio Zaffaroni (comps.), *Código Penal y Normas Complementarias. Analisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi).

María Mercedes Cavallo, *Secreto Profesional y Obligación de Denunciar en los Casos de Aborto con Consentimiento de la Mujer* (memorando de investigación, inédito).

Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: *Artículo 30* – Análisis de

la Constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la Obligación de Médicos y Médicas de Denunciar Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos/PROMSEX.

Nelly Minyersky y Marisa Herrera, Autonomía, *Capacidad y Participación a la Luz de la Ley 26.061 en Emilio García Méndez (comp.)*, Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – Análisis de la Ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006

Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, *Adolescents and Consent to Treatment* (2005) 89 International Journal of Gynecology and Obstetrics 179-184.

Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, *Adolescents' Reproductive Health Care* en 58 (2004) Entre Nous: The World Health Organization/European Regional Magazine for Reproductive and Sexual Health 13-15.

Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, *Recognizing Adolescents' Evolving Capacities to Exercise Choice in Reproductive Health Care* (2000) 70 International Journal of Gynecology and Obstetrics 13-21.

Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens y Joanna N. Erdman, *Respecting Adolescents' Confidentiality and Reproductive and Sexual Choices* (2007) 98 International Journal of Gynecology and Obstetrics 182-187.

Sentencias, Informes y Leyes

Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999).

Comité para la eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24. Mujer y Salud. Articulo 12. Vigesima Sesion. 1999. para. 8.

De la Cruz Flores v. Perú Sentencia de Noviembre 18, 2004, FJ 96-103, Corte Interamericana de Justicia.

E., A.T.. Suprema Corte de Buenos Aires. 2006.

Fernández, Gladys y otra s/ Aborto. Suprema Corte de Buenos Aires. 1990

G.N. Cámara Nacional Criminal y Correccional. Sala VII. 2007.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA [1986] ac 112 House of Lords, Inglaterra, 1986.

Insaurralde, Mirta. Cámara Penal de Rosario. 1995.

Insaurralde, Mirta. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. 1998.

Iñiguez Dominga (I.,D.I.). Suprema Corte de Buenos Aires. 1992.

Kjeldsen v. Denmark 1 EHRR 711 (1976).

Las Pautas de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Compilación de los documentos esenciales. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 1997.

Ley 418 de Salud Sexual y Reproducción Responsable, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Mr. X v. Hospital Z (1998), [1999] All India Reports 495 (Supreme Court of India).

Natividad Frías. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. 26/08/1966.

Re W. (A Minor) (Tratamiento Médico) (1992) 4 All WE 627. Corte de Apelaciones de Inglaterra.

Resoluciones N° 1.252/05 y *N° 1.253/05*, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sentencia C-264/96, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-411/93, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia de la Sala Primera de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, 26 de noviembre de 2002 (secreto profesional vs. aborto).

Smith V. Jones (1999), 169 Dominion Law Reports (4th) 385 (Supreme Court of Canada).

Tarasoff v. Regents of the University of California 529 p. 2d 553, Cal. 1974.

Zambrana Daza. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1997.

Leyes sobre participación parental: ¿son lo que en verdad necesitamos?

Yali Bair, PhD[146]
Ana Sandoval[147]
Annie Lundahl, MSW[148]

En los últimos tres años, nuestras Filiales de Planificación Familiar, junto con otros miembros de coalición en California, han hecho frente a tres iniciativas de ley, según las cuales los adolescentes se verían obligados a notificar a sus padres antes de poder obtener servicios de aborto en dicho estado. Hemos sido capaces de hacer frente a tales perniciosas iniciativas por medio de una campaña que incluyó tareas de sensibilización y concientización, una investigación exhaustiva y acciones de base, y que no sólo se impuso en las urnas sino que también resultó victoriosa en este sensible debate de la opinión pública. Yali Bair, PHD, es Vicepresidente de Política Pública para las Filiales de Planificación Familiar de California, y ha realizado investigaciones en el área de salud femenina y se ha desempeñado también en tareas de promoción de políticas públicas por más de veinte años. Ana Sandoval es Directora de Comunicaciones y Operaciones, con catorce años de desempeño en el área de comunicación estratégica y Annie Lundahl es Especialista en Organización de Campo Interestatal, con experiencia en organizaciones administrativas sin fines de lucro y de servicio directo, principalmente vinculadas a mujeres y adolescentes.

Participación parental: parece una buena idea.

Al público en general, las leyes de participación parental- una legislación que estipula la notificación o el consentimiento parental antes de que un adolescente pueda practicarse un aborto- le parece una buena idea. En efecto,

146 **Yali Bair, PhD** *es Vice Presidente del área de Políticas Públicas para las afiliadas de Planned Parenthood en California. Demographic info*

147 **Ana Sandoval** *es la Directora de Comunicaciones para las afiliadas de Planned Parenthood en California.*

148 **Annie Lundahl**, *MSW. afiliadas de Planned Parenthood en California.*

es un hecho normal y natural que los padres quieran involucrarse en la vida de los jóvenes. En consecuencia, la primera reacción en relación con esta cuestión tan sensible es la de brindar apoyo a las leyes de participación parental, en la medida en que el público- sean estos padres o no- cree que esta legislación redunda en beneficio de los jóvenes. El modo en que abordamos los riesgos de las leyes de participación parental constituye un primer paso crucial que nos permitirá superar la inclinación natural del público a secundar dicha legislación.

Conseguir la victoria en torno a un tema tan sensible para la opinión pública en los comicios californianos exigió una reformulación de los términos del debate. Fue necesario encontrar los mecanismos para abordar la problemática de las leyes de participación parental de modo que el público vislumbrara los riesgos inherentes a dichas reglamentaciones y que admitiera la idea de que oponerse a las leyes de participación parental es, en realidad, lo que los "buenos" padres harían para proteger a su hija.

A los fines de lograr dicho cambio de perspectiva, fue necesario desmitificar ciertas nociones idealizadas en relación con la paternidad, es decir, aquellas según las cuales los adolescentes son felices, íntegros y cuentan con padres dispuestos a dialogar con ellos sobre cualquier tema. Durante la fase de investigación de nuestra tarea de concientización, que incluyó grupos focales sobre la problemática en cuestión, los participantes de dichos grupos, cuando se los invitó a reflexionar acerca de lo que haría un adolescente en tal situación, manifestaron el miedo y la desesperación que los jóvenes experimentarían, incluso aquellos jóvenes que provenían de hogares en que existía una buena comunicación con los padres. Para lograr que los participantes adoptaran esta misma posición, los coordinadores tuvieron que apelar a la sensibilidad y hacer alusión a las implicancias en "el mundo real" de las leyes de participación parental. Se los exhortó a "salir de su propia burbuja" y a pensar en aquellos adolescentes que no podían hablar con sus padres por miedo a ser golpeados o echados de sus casas, jóvenes a los que se describió como "atemorizados y desesperados". También se los indujo a pensar en los actos temerarios que podían realizar los jóvenes en tales situaciones, tales como tomar el asunto en sus propias manos (recurriendo a abortos ilegales o autoinducidos) o desestimar la asistencia médica indispensable.

Al mismo tiempo, fue necesario apaciguar los miedos de los participantes en relación con aquello que harían los adolescentes a la hora de verse en la necesidad de tomar una decisión vinculada a un embarazo. A partir de datos obtenidos de estudios, se cercioró al público de que la mayoría de los adolescentes efectivamente comprometen a sus padres al momento de tomar una decisión acerca de un embarazo no deseado. A su vez, se destacó que existen otras soluciones más efectivas y menos riesgosas a la problemática del embarazo adolescente, tales como el acceso a la educación sexual integral, a la planificación familiar y al apoyo de familias fuertes y responsables durante el desarrollo del adolescente.

Al focalizar sobre la importancia de la seguridad de los adolescentes y de un acompañamiento responsable por parte de sus padres, al tiempo que se recalcó que "en el mundo real" las leyes de participación parental pueden, en rigor, resultar perniciosas para los propios jóvenes, se generó un clima de discusión que le permitió al público oponerse a leyes que, exteriormente, parecían buenas. Esto es así pues, en una jerarquía emocional, garantizar la seguridad de los adolescentes es primordial frente al derecho de los padres "a saber". En este sentido, para el público, oponerse a leyes que ponen en riesgo la seguridad de los jóvenes equivale a proteger a estos últimos. El mensaje fundacional de nuestras campañas resulta esclarecedor al respecto:

> *"Si por cualquier motivo mi hija no pudiera acercarse a mí, querría que estuviera segura. Su seguridad es más importante que recibir la notificación del gobierno."*

Leyes de participación parental: ¿Qué implican para los adolescentes?

A partir de 2008, 34 estados de los Estados Unidos disponen de leyes de participación parental ya en vigor, en tanto que otros 7 cuentan con legislación que no ha sido instrumentada debido a conflictos con las constituciones estatales.[1] Para poder sancionar leyes de participación parental, es preciso que los estados provean a los menores con una opción alternativa, por lo general, a través del tribunal de minoridad.

En el centro del debate en torno a la participación parental prevalece la noción según la cual dicha intervención resulta indispensable para lograr que los adolescentes discutan con sus padres temas vinculados a la actividad sexual y al embarazo. Estudios recientes demuestran que la mayoría de los jóvenes efectivamente involucran a sus padres en cuestiones relativas a la actividad sexual, la contracepción y el aborto. [2] Es verosímil, no obstante, que a los adolescentes les resulte más sencillo recurrir a sus padres en cuestiones vinculadas a la sexualidad más que en materia de aborto. En los Estados Unidos, los menores representan aproximadamente el 7 por ciento de los casos de aborto, y la mayor parte de ellos (60%) da participación a al menos uno de sus padres en la toma de dicha decisión. Resulta evidente que los adolescentes tenderán a involucrar a sus padres en decisiones vinculadas a la salud sexual en la medida en que la relación con los progenitores y el clima familiar propicien dicho acercamiento. Forzar a los adolescentes a hablar con sus padres en tales circunstancias puede ser una medida superflua en la mayoría de los casos y, en otros casos, incluso peligrosa.

Leyes de participación parental: ¿Qué dicen los adolescentes que harían?

Uno de los aspectos centrales en la discusión en torno a la implementación de las leyes de participación parental radica en analizar qué harían los adolescentes en el caso en que la legislación efectivamente entrara en vigor. Un estudio reciente desarrollado en California [3] concluye que el 90 % de los adolescentes no dejaría de mantener relaciones sexuales, menos de la mitad continuaría solicitando ayuda en materia de planificación familiar y de enfermedades de trasmisión sexual (aun cuando la legislación solamente se aplique al aborto) y cerca de la mitad de ellos optaría por soluciones alternativas, como desplazarse hacia otro estado. Estos datos, así como nuestra experiencia en centros de salud, demuestran que la falta de confidencialidad, o la presunta falta de privacidad, constituyen claros factores disuasivos para los adolescentes al momento de requerir servicios de asistencia en materia de salud reproductiva. Las leyes de participación parental, que pretenden reducir la incidencia de abortos entre los adolescentes, podrían, irónicamente, redundar en un número mayor de casos, en tanto disuaden a los adolescentes

de solicitar asistencia vinculada a la salud reproductiva, o a la planificación familiar. Este estudio pone de relieve la importancia de hallar soluciones reales para hacer frente a la incidencia de embarazos no deseados entre adolescentes, por medio de políticas en salud que promuevan una educación sexual integral así como acceso confidencial a servicios gratuitos o de bajo costo en materia de planificación familiar.

Leyes de participación parental: ¿Qué hacen en verdad los adolescentes?

Un compendio reciente de las investigaciones desarrolladas en torno a las leyes de participación parental en los Estados Unidos demuestra que éstas revisten una escasa incidencia en los aspectos que resultan de mayor interés tanto para los padres como para los legisladores. Aun cuando el abordaje metodológico de los estudios en cuestión es ecléctico y los resultados obtenidos se ven afectados por factores locales o regionales, el grueso de la investigación desarrollada en dicha área señala que dichas leyes resultan más perjudiciales que provechosas.

La incidencia de casos de embarazo entre los adolescentes o bien manifiesta una leve disminución o se mantiene estable. En relación con los índices de aborto y nacimientos, los datos resultan menos precisos. La mayoría de los estudios evidencian una disminución en los casos de aborto entre menores en aquellos estados que cuentan con leyes de participación parental. Sin embargo, también se ha registrado un incremento en el número de abortos en estados adyacentes a aquéllos, que no cuentan con dicha legislación. La tasa de nacimientos entre adolescentes registra apenas un leve incremento o no sufre ninguna variación significativa. Estos registros posiblemente reproduzcan las variaciones observadas en los índices de embarazo. Es probable también que reflejen los datos incompletos relacionados con los resultados de los embarazos o el hecho de que algunos adolescentes de mayor edad decidan posponer un aborto hasta la mayoría de edad para evitar notificar a sus padres.

Este compendio de estudios también indica que las leyes de participación parental resultan en un incremento de los abortos en el segundo trimestre así como en un aumento en el promedio de la edad gestacional en los abortos practicados durante el primer trimestre. Los abortos efectuados en el segundo trimestre son más complicados, conllevan más riesgos a la salud de la mujer y son más difíciles de practicar que intervenciones más tempranas. Algunas comunidades ofrecen servicios restringidos para llevar a cabo intervenciones durante el segundo trimestre, de modo que las mujeres se ven forzadas a recorrer cientos de millas para someterse a procedimientos que pueden durar varios días. En este sentido, tales leyes pueden potencialmente poner en riesgo la salud de una mujer joven debido a la demora que implica en el acceso a los servicios requeridos. El hecho más significativo entre los estudios realizados revela que existe un incremento en el número de menores que se desplazan desde estados en los que rigen las leyes de participación parental hacia otros que no cuentan con dichas legislaciones para poder someterse a un aborto. Este dato convalida el estudio mencionado anteriormente en el que se les pidió a los adolescentes que predijeran cómo actuarían en circunstancias en que efectivamente imperaran leyes de participación parental. Por otra parte, los estudios demuestran que las leyes de participación parental no implican necesariamente una mayor ingerencia de los padres en lo que atañe a las decisiones de los jóvenes en materia de sexualidad. [5]

Leyes de participación parental: ¿Cómo afectan a los prestadores?

La prestación confiable de servicios de salud reproductiva de carácter confidencial constituye un componente esencial en el desarrollo de una vida sexual saludable entre los adolescentes. En caso de no tener acceso a una atención de calidad, respetuosa y confidencial, los adolescentes podrán requerir información y atención de fuentes poco confiables o desestimar o suspender un tratamiento que resulta imperioso. Si bien no existen investigaciones formales sobre el impacto de las leyes de participación parental sobre los prestadores de salud, resulta claro que los cambios de política vinculados a dichas leyes tienen el potencial de incidir negativamente en la prestación de servicios de salud y la relación con el paciente. Las leyes de participación

parental a menudo se asocian con un incremento en las obligaciones de notificación. Se les puede exigir a los prestadores notificar al Estado o a los padres los casos de embarazo adolescente, con independencia de la decisión de obtener un aborto. Se los puede instar a informar acerca de un embarazo adolescente como un potencial indicador de abuso infantil, o a documentar y notificar cada intervención practicada a un menor. Todos los pacientes, pero en especial los adolescentes, valoran la confidencialidad en la relación médico-paciente. Menoscabar dicha confianza de cualquier modo que sea resulta problemático tanto para el paciente como para el prestador de servicios de salud, quien en última instancia desea siempre lo mejor para su paciente. Las leyes de participación parental implican la incorporación de un tercero ante quien el profesional deberá rendir cuentas (los padres), colocándolo en la difícil posición de tener que observar un procedimiento que no necesariamente beneficia al paciente.

Por otra parte, existen inquietudes respecto a las crecientes responsabilidades legales de los prestadores de salud. Una versión de una propuesta de ley sobre notificación parental en California extendió los plazos de prescripción de la responsabilidad de un prestador a los cuatro años posteriores al momento en que un padre toma conocimiento de un aborto que no había sido notificado, aun cuando esto suceda veinte o treinta años después de la intervención. Las leyes de participación parental no protegen a los prestadores de salud, sino que más bien los exponen con frecuencia a mayores responsabilidades legales, hecho que puede incidir negativamente en su disposición a brindar atención a adolescentes o prestar servicios de salud reproductiva.

Leyes de participación parental: La participación de los jóvenes en "advocacy"

Los jóvenes constituyen un sector importante de la población a ser incluidos en acciones de "advocacy" en relación con las leyes de participación parental; sin embargo, a menudo se los excluye de las etapas iniciales del proceso. Los jóvenes no sólo son los más afectados por la implementación de estas leyes sino que son quienes pueden brindar testimonios de primera mano, bien por haber atravesado ellos mismos tal situación o por tener

conocimiento de pares que se vieron en la necesidad de lidiar con un embarazo adolescente. Nuestra experiencia nos demuestra que, una vez familiarizados con los pormenores de las leyes de Notificación Parental, los jóvenes comprendieron inmediatamente las implicancias de las mismas y el modo en que repercutirían en los jóvenes del estado. Tal como señalamos anteriormente, la mayoría de los menores efectivamente da participación a sus padres en decisiones que atañen a un aborto. Y no sólo cuentan con un conocimiento indirecto de tales situaciones, sino que conocen íntimamente los motivos por los cuales algunos jóvenes no involucran a sus padres al momento de tomar decisiones en este sentido.

La inmediata toma de conciencia por parte de los adolescentes acerca de la complejidad de la problemática vinculada a las leyes de participación parental implica que los jóvenes son los actores sociales que con mayor presteza se comprometen en acciones de "advocacy". El hecho de que muchos de los adolescentes, debido a su edad, no pudieron votar constituyó un aliciente significativo a la hora de manifestar su opinión a través del "advocacy". Involucrar a los jóvenes tempranamente en una campaña de concientización puede generar un alto nivel de compromiso de su parte en varios niveles: en tanto voceros, organizadores y voluntarios.

Leyes de participación parental: El rol de la comunidad.

Los prestadores de servicios de salud reproductiva, educadores, padres y jóvenes se beneficiarían con la obtención de soluciones reales en materia de embarazo adolescente, en lugar de la implementación creciente de legislación punitiva que obstaculiza la provisión y obtención de una atención de calidad. Todos los individuos y grupos de profesionales que diariamente se preocupan por la situación de los adolescentes adoptaron una posición oficial manifiestamente contraria a las iniciativas de ley a favor de la notificación parental. Tanto docentes como médicos, enfermeras, trabajadores sociales y terapeutas se opusieron a este tipo de legislación, con plena convicción de que tales normativas en realidad no funcionan y no brindan soluciones efectivas a la comunidad. Estos referentes comunitarios, que gozan de la

confianza del público, pueden abogar por recursos y gestionar programas que promuevan una educación sexual saludable, e incluso la participación de los padres.

La participación parental y la comunicación en materia de sexualidad y salud son un componente esencial en el desarrollo saludable de un adolescente. Lograr una comunicación abierta, precisa y temprana en temas vinculados a la sexualidad es una conquista a la vez imperiosa y ardua. Los padres requieren información actualizada en materia de salud reproductiva y conocer los modos más efectivos de trasmitir mensajes a sus hijos que sean acordes con los valores familiares. Nada de esto se logra por medio de leyes de notificación parental, sino que, en rigor, cualquier avance efectivo puede ser menoscabado por tales leyes. Tanto los padres como los adolescentes son quienes mejor velan por sí mismos a la hora de gestionar recursos de su propia comunidad para hacer frente a sus necesidades individuales.

Bibliografía

Abma, J.C. and F.L. Sonenstein, *Actividad sexual y prácticas contraceptivas entre los adolescentes en los Estados Unidos, 1988 y 1995.* Vital Health Stat 23, 2001(21): p. 1-79.

Dennis A, H.S., Joyce TJ, Finer LB, Blanchard K, *El impacto de las leyes que requieren la participación parental para el aborto: Una reseña de la literatura*, 2009, Instituto Alan Guttmacher, Nueva York.

L*a contracepción cuenta: un ranking de los esfuerzos estatales*, 2006, Instituto Alan Guttmacher.

Los adolescentes y la notificación parental para el aborto: ¿Qué puede aprender California de la experiencia en otro estado? 2008, Centro Bixby de Investigación y Desarrollo de Políticas en Salud Reproductiva, Universidad de California, San Francisco.

Perucci, A., *La pérdida de servicios de salud reproductiva confidenciales: una proyección de su impacto en adolescentes menores de edad*, 2007, Programa de California sobre el acceso a la atención en salud.

El entorno de las decisiones tomadas por personas adolescentes: el caso de la salud sexual y reproductiva

Juan Guillermo Figueroa Perea[149]

Introducción: toma de decisiones y adolescencia

En la toma de decisiones sobre salud sexual y reproductiva (SSR) por parte de adolescentes hay dos dimensiones cruciales: la condición misma de ser adolescente y la diversidad de ámbitos de decisión. Este texto busca brindar elementos para la reflexión acerca de sus derechos y responsabilidades, así como en su interacción con los adultos.

Se suele considerar al adolescente como un 'menor de edad' cualificado, quien aún carece de elementos definitivos para acceder a ciertos derechos y capacidades, y en un sentido general a la plena legitimidad. Sin embargo, esa concepción es falaz por asumir que los adultos son el prototipo del ciudadano por definición titular de derechos, sin necesidad de demostrarlo o confirmarlo. La madurez necesaria para tomar decisiones responsables se basa pues en la edad acumulada, y no en la constatación de una habilidad adquirida o entrenada.

Desde lo legal, la población mayor de edad tiene legitimidad formal para tomar decisiones, un derecho que implica un mayor o menor grado de responsabilidad y la obligación de dar cuenta de las eventuales consecuencias negativas. Aunque un adolescente con claridad e información significativa puede asumir responsabilidades, debido a su edad ésta no le será reconocida. Puede suceder incluso que quien lo representa formal y legalmente (sus padres o tutores) decidan contra lo que él ha decidido a partir de su conocimiento de la situación y desde su toma de posición al respecto. También es posible que

149 **Juan Guillermo Figueroa Perea** *es investigador en El Colegio de México y profesor de asignatura en la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorado en sociología y demografía por la Universidad de París-X Nanterre y con títulos universitarios en filosofía y en matemáticas. Es editor de ocho libros relacionados con el estudio de la reproducción, la salud y la sexualidad.*

personas sin necesidad de intermediarios (es decir mayores de edad) carezcan de dichas habilidades para decidir, e incluso de la capacidad de asumir responsabilidades básicas.

Surgen al respecto cuestiones sobre cómo proceder cuando los tutores toman decisiones "inmaduras" que afectan a adolescentes y pueden no considerar la complejidad de su contexto. En todo caso, no hay que perder de vista la preponderancia de la opinión del adolescente concernido.

1. Decisiones desde la experiencia de ser adolescente

El estudio de la legitimidad legal del adolescente como titular de derechos y garantías sociales debe identificar los límites de su rango de decisión, tanto por su desarrollo fisiológico (p.e. en función del desarrollo de su corteza cerebral o de su identidad en el manejo de sus emociones) como por su relativa inexperiencia y por las lagunas informativas resultantes.

Para abordar la cuestión es relevante preguntarse si haber cumplido una edad específica es un factor definitivo al tomar decisiones, lo mismo que por la calidad de la información recibida, de la libertad a disposición o de la calidad del acompañamiento percibido. De hecho, un mal acompañamiento puede ser paralizante y tener el efecto adverso de favorecer la delegación de las responsabilidades por parte el adolescente. En efecto, los temas de SSR requieren un acompañamiento que suministre información significativa, pero que asimismo inspire confianza, lo cual se logra cuando los acompañantes buscan comprender el contexto de los adolescentes y empatizar con sus preocupaciones, siendo percibidos como personas de confianza por parte de los adolescentes.

Se trata de un requisito para el diálogo crítico y respetuoso, en el que se puede lograr una eficiente comunicación, siempre y cuando los adultos aceptan a su vez la posibilidad de un intercambio constructivo en el que al aportar su experiencia, pero se muestran dispuestos a reconocer los límites de sus conclusiones y juicios.

El contexto no es sencillo, pues la figura del tutor y la del representante de un menor pueden no ser fáciles de conciliar con la de los progenitores biológicos o sociales, ya que por la existencia de unos regularmente se descarta la pertinencia de otros. El conflicto se genera cuando hay disenso, ya se expresan puntos de vista divergentes pero sobre todo porque se contextualiza el poder y la autoridad ejercidos sobre los adolescentes.

Esta problemática plantea en últimas un tema cardinal de reflexión en SSR en adolescentes y es qué tan válido es intervenir en cuanto adulto representante en contra de las decisiones del adolescente, bien sea en cuanto padre biológico o tutor designado legalmente.

2. El entorno de las decisiones desde algunas lecturas disciplinarias

En la literatura sobre ética, derecho y pedagogía, se define "responsabilidad" como una decisión *libre* y tomada a sabiendas de sus consecuencias (es decir con *conocimiento de causa*). Cuando alguno de esos dos requisitos no está garantizado se habla de atenuantes en el grado de responsabilidad, en especial cuando la persona no sabía las consecuencias de su quehacer porque no tenía obligación de saberlo (como sí la tendrían ciertos profesionales o los ciudadanos ante el desconocimiento de las leyes) y cuando hubo coacción.

En este contexto es enriquecedora la idea (Piaget en Kamu s/f y Freire 1971) según la cual la aspiración del proceso educativo debe ser el desarrollo de la autonomía, de modo que la educación sea un proceso de práctica de la libertad que requiere de la práctica para consolidarse. En ese entorno no tiene cabida la sanción indiscriminada de los errores, sino únicamente un entorno solidario y favorable al diálogo sobre las consecuencias indeseadas de los actos, tratándose de un intercambio dentro del aprendizaje general de las implicaciones en el sentido amplio de la libertad. Los seres humanos ejercemos permanentemente nuestra libertad (Sartre), incluso al cederla o al aceptar irreflexivamente las decisiones de otros.

La capacidad de reflexionar sobre las consecuencias de sus decisiones es propia del ser humano (Álvaro Vieira Pinto, 1973) y le permite reflexionar sobre ciertos hechos antes de afrontarlos dejándolo asimismo en condiciones

de planear, anticipar y moldear la realidad de acuerdo a sus propias opciones. Mientras que los humanos pueden hacer y rehacer la historia a partir de su capacidad de anticipación (Freire, 1971), los animales siguen sus instintos y se adaptan simplemente a ellos. En ese contexto, ¿cuáles son los recursos con los que cuenta un adolescente al tomar decisiones?

Los entornos sociales que deslegitiman la rectificación o los que sancionan todos los errores son poco favorables a la toma responsable de decisiones, pues privilegian las respuestas usuales o el obedecimiento fundamentalista de lo ya establecido tomándola como sinónimo de la madurez (Figueroa y Fuentes 2001); sólo al llegar a la edad de la 'legalidad formal' se puede 'reconocer a la persona', pues entonces sabrá qué decisiones debe tomar (Ortega y Gasset, 1968). Sin embargo se ha descrito este proceso como una domesticación de las personas (Hierro, 1989) y se ha advertido sobre su capacidad de expropiar la capacidad reflexiva de los seres humanos (Illich, 1977).

Este escenario genera una tensión entre las necesidades progresistas de este enfoque y las de orden paternalista, que incluso podrían considerarse "bien intencionadas", según las cuales es necesario proteger a los menores, aunque con ello se ignoren, minimicen o hasta atrofien algunas de sus capacidades, con sus negativas repercusiones en su sentido de la iniciativa y de la responsabilidad. Por el contrario, hay lecturas pedagógicas que reivindican y estimulan 'la rebeldía' como una fuerza positiva en la exploración de nuevas respuestas, pues está en juego nada menos que el derecho del individuo a la búsqueda y construcción de su identidad (Figueroa 2001); no se trata de "desobedecer la norma", sino de hacerse visible en un entorno en el que se percibe que no está siendo tomado en cuenta. Al examinar esas aspiraciones es necesario preguntarse cuáles son los criterios de evaluación de la población adolescente, lo que a su vez implica considerar quién, desde qué códigos de lenguaje y a partir de qué cosmovisión lo hace (Stern 2008).

Es asimismo necesario preguntarse si, al estimular o dificultar el hecho de tomar decisiones y hacerlo con responsabilidad, las especificidades de la adolescencia inciden en el desarrollo sexual y reproductivo. Algunos elementos centrales en ese proceso son la pertenencia a cierto grupo social; la escolaridad de sus progenitores o tutores; el valor social asignado a su ser varón o mujer;

el acceso a escolaridad formal y a otros recursos sociales; o la relación con diferentes tradiciones religiosas. En efecto, se trata de temas que versan sobre normas definidas mucho antes de su nacimiento, a las que se espera que se acomoden, a veces sin poder expresar disenso alguno.

Las condiciones sociales, familiares e individuales pueden también acompañar el desarrollo de las capacidades críticas de una persona en su manera de relacionarse con las normas sociales. Existe una gradación del ejercicio de la libertad (Nunner Winkler, 1992) según la cual en un primer nivel se la percibe como hacer lo que se quiere, en un segundo actuar con conocimiento (la autonomía), y en un tercero como un medio para influir en los criterios sociales subyacentes a todo ejercicio de la libertad (la autodeterminación). El fin de ese proceso no es reinventar las normas de continuo, sino brindarle a cada persona la capacidad de comprenderlas, situarse y responsabilizarse ante ellas. Tampoco se pretende idealizar a los adolescentes, sino reflexionar sobre su función como fuente de renovación y, en un sentido más general, sobre las consecuencias de ignorarlos en los procesos de construcción colectiva.

Otro elemento imprescindible es la percepción de consecuencias futuras de una decisión en particular y de las responsabilidades que la acompañan. Al respecto se distinguen claramente las posturas deontológicas y teleológicas (Sánchez Vázquez 1982 y Lamas 1993): en el primer caso se trabaja con dos valores (aceptable o no), y en el segundo se tratar de entender las razones y motivaciones de un acto y desde ahí acompañar solidariamente a la persona que toma decisiones.

Esa apertura es necesaria para entender que el adolescente actúa en contextos cuyas normas ya existen, pues fueron definidas por otras personas de autoridad ya establecida. Sin embargo, desde una perspectiva que favorece la autonomía en la toma de decisiones (Piaget en Kamu s/f y Freire 1971) se conciben las normas como construcciones sociales, que deben actualizarse de continuo por todo tipo de actores, en cuanto se trata de un recurso colectivo para moldear su entorno social. Más que centrarse en obedecer o no un código predefinido, se busca estimular la reflexión y la capacidad de decidir.

Se trata pues de reconocer la autoridad moral de los adolescentes en las decisiones sobre su vida y de favorecer la toma de decisiones responsables (libres e informadas) sobre los temas de SSR, pues les incumben en cuanto seres humanos.

3. Las decisiones de adolescentes en la salud sexual y reproductiva

La salud, la sexualidad y la reproducción (SSR) han sido reconocidas y calificadas como objeto de derechos fundamentales de los seres humanos, es decir condiciones indispensables de los individuos para desarrollarse como personas. De ahí la importancia de evitar toda discriminación en su ejercicio y alertar sobre las consecuencias dañinas, un tema que involucra en particular la interacción con adolescentes.

En lo comentado hasta este momento respecto a la función de la información en la capacidad de tomar decisiones (el *conocimiento de causa*) y sobre hacer historia como protagonista y no sólo como observador, se han delineado dos cuestiones capitales: "qué significa contar con información sobre las posibles consecuencias de una decisión" y "cuándo se puede saber que dicha decisión se toma libremente". Ahora bien, antes que nada es necesario relativizar esos elementos para no paralizar la deliberación, pues un cuestionamiento extremo obstaculizaría el ejercicio de lo que podría denominarse el 'derecho a ejercer como persona' (Correa y Petchesky, 1994).

En ese sentido es muy recomendable diseñar estrategias abiertas, sujetas a una revisión constante, dirigidas a evaluar qué tan significativo es el conocimiento (usando categorías analíticas de la pedagogía) y a identificar las coacciones externas e internas (Sánchez Vázquez 1996) que obstaculizan o dificultan tomar decisiones. Las coacciones externas tienen que ver con obstáculos sociales e institucionales, y las internas se dan en el contexto de su desarrollo individual y de su personalidad. En esos términos la libertad del proceso depende de la disminución de las coacciones externas e internas identificadas en cada contexto, y se vuelve más significativo un conocimiento en su comprensión de la cosmovisión y de las representaciones sociales de la población con la que se interactúa.

Vale la pena subrayar que puede haber dificultades específicas para tomar ciertas decisiones, ya sea por razones de edad, experiencia, falta de información significativa, delegación a una autoridad, o debido a un acompañamiento restrictivo y maniqueo sobre los temas de salud sexual y reproductiva, lo cual constituye en últimas una violación de sus derechos.

En este ejercicio reflexivo es pertinente indagar por el significado de rectificar una decisión identificada como errónea, así como por las posibilidades mismas de revisarla en contextos específicos en los que se desarrollan cotidianamente los menores, y en los cuales es definitiva su percepción de las posibles reacciones de los adultos.

El presente texto propone realizar diferentes ejercicios reflexivos sobre los componentes de la SSR, sistematizando para fines analíticos algunos de sus momentos y requisitos mínimos, para así identificar las dificultades de orden social, familiar e individual en la toma de decisiones, bajo el supuesto de que los adolescentes bien informados, entrenados y acompañados, pueden responsabilizarse por sus acciones. Dicha iniciativa permite a su vez evidenciar habilidades individuales específicas y demandas generales que deben afrontarse mediante programas, políticas públicas y servicios de salud sexual y reproductiva. En el mismo contexto, se podrían esbozar propuestas de revisión de las relaciones de poder, de la definición de responsabilidades y del reconocimiento de las diferentes formas de autoridad a las que se refieren los adolescentes, como la familia, los ámbitos escolares, diferentes instituciones o los medios de comunicación, sin ignorar los marcos legislativos de sus relaciones sociales.

Las etapas en la SSR son tres, divididas así a pesar de presentar fuertes solapamientos: (a) el entorno sexual susceptible de derivar en eventos reproductivos, (b) el proceso del embarazo que potencialmente puede derivar en un parto o en la interrupción de la gestación y (c) el desarrollo, la socialización y el acompañamiento del producto de dicho embarazo, en caso de que sea continuado, como lo es un nuevo ser humano.

Es asimismo necesario delimitar la información mínima suficiente para que una persona (en este caso adolescente) tome decisiones responsables

en su vida sexual y reproductiva en función de edad, entorno sociocultural y desarrollo emocional. Sobre el embarazo adolescente (Stern y García, 2001), las infecciones de transmisión sexual (Aggleton, 2001) y el entorno del aborto por (Lista, 2001) existe una bibliografía de calidad.

El análisis de los temas de la SSR debe comprender la óptica de los adolescentes, sin que ello signifique idealizarlos. Al respecto, es de particular importancia poner de manifiesto el abismo que existe entre asumir que el embarazo es un problema social que debe evitarse, y contextualizarlo según las condiciones y motivaciones y recursos de quienes lo viven (Stern y García, 2001). En ese sentido es imprescindible tener muy presentes los imaginarios y la concepción que de ellos se tiene, en particular de lo que es válido o no (Aggleton, 2001).

Por ende, se propone en este texto enfatizar la reflexión colectiva (obviamente incluyendo a los adolescentes) sobre qué es el "conocimiento significativo" para tomar decisiones responsables en SSR, lo que implica que los adultos deben a su vez estar dispuestos a aprender. No sólo es necesario contar con total libertad para tomar decisiones, sino también aprender a dialogar con los resultados y sus consecuencias. Eso implica decidir *con* el adolescente pero no *en lugar* del adolescente.

4. Algunas conclusiones en el proceso de seguir reflexionando

En el proceso de toma de decisiones existen tres niveles de análisis a partir de los cuales es posible realizar recomendaciones específicas: a) la capacidad de pre-ocupación; b) el entorno pre decisional; y c) el manejo de las consecuencias de una decisión.

a) En el caso de la pre-ocupación las recomendaciones consisten en facilitar que las personas perciban, sientan y razonen sobre situaciones similares a aquellas sobre las que se puede decidir, pero antes de vivirlas. Es decir, ayudar dejando de tener toda la atención puesta en la mera información para vincularse a experiencias análogas de manera que les sean significativas a los adolescentes, recurriendo a las diferentes formas de conocimiento que tenemos los seres humanos.

b) En el entorno predecisional es crucial la información de los espacios propios al adolescente como el hogar, la escuela y los medios de comunicación, los servicios de salud, y todos los medios escritos y audiovisuales a los que tenga acceso, con el fin de que identifique los recursos cognitivos y contextuales para tomar decisiones, confrontando coacciones de todo tipo, lo cual requiere entregarles el conocimiento que se tiene en la materia, dejando a un lado las valoraciones que puedan inhibir o dificultar su aprendizaje.

c) Para el manejo de las consecuencias posteriores se recomienda concebir la decisión como un proceso y no como un hecho puntual, evitando lecturas maniqueas, unívocas y de obligado cumplimiento. Un acompañamiento enriquecedor consiste en brindar herramientas formales propuestas que ayuden a tomar decisiones *cuando* se ha considerado su complejidad, en especial las que conciernen horizontes hasta entonces desconocidos. De lo contrario, se podría llegar a paralizar a la persona, favoreciendo incluso que delegue su libertad de decisión en otros

En ese proceso es crucial garantizar al adolescente que va a imperar la tolerancia ante el ensayo y el error en el desarrollo de la capacidad de decisión, así como un entorno (familiar e institucional) que perciba como confiable, en particular para manejar los sentimientos de culpa y reforzar su autoestima y confianza en lo *seleccionado* o *construido*.

Por el momento concluimos suscribiendo de nuevo la necesidad de "repensar a la población adolescente como personas a quienes primero debe reconocerse como sujetos activos con necesidades y expectativas distintas, al margen de querer compartir con ellas los máximos de recursos culturales, económicos, educativos, y de información con el fin de que resuelvan y construyan de la mejor forma su proyecto de futuro individual y colectivo. Para ello se vuelve obligada una redefinición de los sujetos y el reconocer que si no se les ve como ciudadanos (reales o potenciales) titulares de derechos humanos, difícilmente serán éticas las acciones que se implementen, a pesar de que sean en su beneficio" (Figueroa y Rodríguez 2000, p.117).

Bibliografía

Aggleton Peter (2001) "Prácticas sexuales, enfermedades de transmisión sexual y SIDA entre los jóvenes" en Claudio Stern y Juan Guillermo Figueroa (coordinadores) *Sexualidad y salud reproductiva: avances y retos para la investigación*. El Colegio de México. México, pp. 365-381.

Correa Sonia y Rosalind Petchesky (1994) "Reproductive and sexual rights: a feminist perspective". En Gita Sen, Adrienne Germain y Lincoln Chen (Editores). *Population Policies Reconsidered*. Harvard University Press. pp. 107-123.

Figueroa, Juan Guillermo (2001) "Los procesos educativos como recurso para cuestionar modelos hegemónicos masculinos", en *Diálogo y Debate de Cultura Política.* Año. 4, Núm 15-16, pp. 7-32.

Figueroa, Juan Guillermo y Yuriria Rodríguez (2000) **"**Programas de salud y educación para población adolescente: una evaluación ética", *Perspectivas bioéticas*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, No. 10, pp. 101-119.

Figueroa, Juan Guillermo y Cristina Fuentes (2001) "Una reflexión ética sobre los derechos humanos: el contexto de la reproducción de las mujeres jóvenes" en J. G. Figueroa (coordinador) *Elementos para un análisis ético de la reproducción*, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, México. pp. 75-97.

Freinet, Celestin (1964) *Técnicas Freinet de la escuela moderna*, Editorial Siglo Veintiuno, México.

Freire, Paulo (1971) *La educación como práctica de la libertad*. Siglo Veintiuno Editores. México.

Hierro, Graciela (1989) *De la domesticación a la educación de las mexicanas*. Editorial Torres Asociados, México.

Illich, Iván (1977) *Un Mundo sin Escuelas*, Edit. Nueva Imagen, 1977

Kamu Constance (Sin fecha) *La Autonomía como finalidad de la Educación.* (Implicaciones de la teoría de Piaget). Programa regional de estimulación temprana. UNICEF, México.

Lamas, Marta (1993) "El debate bioético: proceso social y cambio de valores". *Sociológica*, Año 8, número 22. pp. 187-203.

Lista, Carlos A. (2001) "El debate subyacente: aborto y cosmovisiones morales" en J. G. Figueroa (coordinador) *Elementos para un análisis ético de la reproducción*. Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, México.

Nnner-Winkler, Gertrud (1992) "Juventud e Identidad como problema pedagógico", *Educación,* Tübingen, Vol. 45 pp. 52-69.

Ortega y Gasset, José (1968) "El absurdo del estudio", en *Lecciones preliminares de metafísica*. Editorial Espasa Calpe, Madrid.

Sánchez Vázquez, Adolfo (1982). *Ética*. Tratados y manuales Grijalbo. México.

Sánchez Vázquez, Adolfo (1996) "Introducción a la Ética", en G. Careaga, J.G. Figueroa y C. Mejía (Comps.), *Ética y Salud Reproductiva*, México: PUEG/ UNAM y Editorial Porrúa, pp.29-82.

Stern, Claudio (2008) (coordinador) *Adolescentes en México. Investigación, experiencias y estrategias para mejorar su salud sexual y reproductiva*. El Colegio de México y Population Council. México.

Stern, Claudio y Elizabeth García (2001) "Hacia un nuevo enfoque en el campo del embarazo adolescente" en Claudio Stern y Juan Guillermo Figueroa (coordinadores) *Sexualidad y salud reproductiva: avances y retos para la investigación*. El Colegio de México. México, pp. 331-358.

Vieira Pinto, Álvaro (1973) *El pensamiento crítico en Demografía***.** Centro Latinoamericano de Demografía. Santiago de Chile.

Conclusiones: Recomendaciones para la acción

Giselle Carino, Responsable Área Aborto Seguro IPPF/RHO
Marcela Rueda, Área Aborto Seguro IPPF/RHO
Jessie Clyde, Área Jóvenes IPPF/RHO

Los cinco documentos presentados en esta publicación ofrecen los elementos a tomar en cuenta para apoyar el desarrollo de las capacidades de los adolescentes, concretamente, su capacidad para tomar decisiones autónomas, en un ambiente de confidencialidad, en relación a su salud sexual y reproductiva. A continuación, se presentan recomendaciones específicas para la acción en los niveles de políticas públicas, leyes y programas; prestación de servicios de salud; e información, educación y comunicación.

Políticas públicas, leyes y programas

1. Es importante señalar la importancia de contar con políticas públicas, leyes y programas que permitan a los jóvenes ejercer sus derechos humanos en general y sus derechos sexuales y reproductivos en particular. En muchos países las leyes ya contemplan un reconocimiento de la capacidad de los menores, en la medida en que adoptan la Convención de los Derechos del Niño a sus legislaciones nacionales. No obstante, dichas leyes aún no se traducen en normativas, protocolos, lineamientos y planes de acción, que guíen el accionar de los profesionales de la salud, así como al sector de educación. Es importante que desde las organizaciones de la sociedad civil se desarrollen procesos de incidencia política orientados a la generación de dichas respuestas.

2. Es importante revisar los contextos legislativos y normativos locales, asegurando que existe garantía del respeto a la confidencialidad en el

marco de la atención en salud, sin discriminación de ningún tipo (Ej. edad). En caso de que existan restricciones a la garantía de la confidencialidad, es importante sumar esfuerzos para cambiar dichas condiciones, en la medida en que el secreto profesional es un elemento vital para asegurar la relación profesional de la salud- usuario y garantizar el ejercicio del derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

3. En los países en que la legislación requiera el consentimiento obligatorio de los representantes legales para la prestación de servicios como el aborto (o prestación de servicios quirúrgicos en general), es necesario generar procesos de incidencia política para la revisión de dicha medida. En ese sentido, el aumento del uso del aborto con medicamentos para la interrupción del embarazo puede dar nuevas oportunidades para establecer protocolos o guías clínicas distintas, que permitan a las adolescentes consentir sobre el servicio que están solicitando, sin el involucramiento obligatorio de padres o tutores. Es importante mencionar que al recomendar la revisión de las medidas de consentimiento obligatorio de padres o terceros, no se está desconociendo el valor que su acompañamiento puede tener para apoyar la decisión tomada por la adolescente frente al embarazo que no desea.

4. Es importante desarrollar procesos de incidencia para la modificación de guías clínicas del sector salud que no hayan incorporado la anticoncepción de emergencia en sus protocolos de atención a niñas, adolescentes y mujeres agredidas sexualmente.

5. La participación juvenil en la transformación de las políticas públicas, leyes y programas que afectan el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, así como en los servicios de salud y educación, es un mecanismo en sí mismo para fortalecer las capacidades de los adolescentes. Por esta razón, deben realizarse todos los esfuerzos para asegurar que se reconoce el derecho de los jóvenes a la participación en todas las decisiones que afectan sus vidas y afectan su entorno; así como tomar medidas para facilitar el ejercicio de dicho derecho.

Servicios

1. Las instituciones de salud, públicas y privadas, y en particular aquellas que prestan servicios de orientación y atención en salud sexual y reproductiva para adolescentes, deben desarrollar y difundir una política de confidencialidad. Dicha política debe ser compartida no sólo con los profesionales de la salud, si no también en los espacios de sala de espera, consultorios y demás instalaciones, de tal manera que los jóvenes también puedan enterarse y apropiarse de la exigibilidad de este derecho. Es importante garantizar que dicha información es compartida con un lenguaje sencillo, que pueda ser comprendido por la diversidad de audiencias jóvenes.

2. Los protocolos y lineamientos de servicios deben apoyar la labor del profesional de salud en la prestación de servicios a adolescentes, orientándole sobre los elementos a considerar en la evaluación de la situación particular del joven que acude al servicio.

Estos elementos incluyen:

- La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: el adolescente debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes.
- La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El adolescente debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo coaccione y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo.
- La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: el adolescente debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y a largo plazo.[150].

La evaluación hecha por el profesional no pretende determinar si el joven tiene o no derecho a la toma de decisiones, si no determinar el nivel de acompañamiento que el adolescente requiere para apropiarse y usar las habilidades que le permitan el ejercicio de sus derechos.

150 Tomado de: Lansdown, Gerison. La evolución de las facultades del niño. pág. 78.

3. En caso de que exista sospecha de que un adolescente está siendo víctima de abuso sexual, el profesional de la salud debe generar un proceso de diálogo con el usuario, para responder a dicha situación. Para apoyar de una mejor manera al adolescente, el profesional debe explorar: edad, nivel de comprensión de las situaciones ligadas al ejercicio de su sexualidad (Ej. consentimiento en las relaciones sexuales, decisión de acudir al servicio), condiciones de vida del menor (familia, acompañantes, educación), comportamiento del menor (Ej. signos de ansiedad), comportamiento de la pareja (Ej. si ha prohibido que el adolescente hable de él o ella, edad de la pareja). Si como resultado de dicho ejercicio se conociera de una situación de abuso sexual, el profesional de la salud debe tener las herramientas para apoyar al adolescente, ya sea a través de los servicios institucionales o de referencias; así como ofrecer información sobre las implicaciones legales del caso, particularmente con relación al resguardo de la confidencialidad de la consulta.

4. La historia clínica debe permitir que el profesional de la salud capture información sobre las condiciones de salud física y mental del adolescente, así como del contexto donde se desenvuelve y las redes de apoyo con que cuenta para implementación de sus decisiones, particularmente aquellas relacionadas con su salud sexual y reproductiva. Así, por ejemplo, ante la decisión de una adolescente para interrumpir un embarazo, es importante explorar si la joven identifica los riesgos, beneficios y opciones con que cuenta; si podrá implementar dicha decisión sin ser presionada; y si contará con el apoyo económico o los medios para asegurar un servicio seguro. Como resultado del diálogo con la adolescente, el profesional puede recomendar el involucramiento de los padres, otros adultos o pares, para que actúen como una red de soporte, sin que esto se convierta en un requisito para la prestación oportuna del servicio demandado por la usuaria.

5. Es necesario revisar y fortalecer las políticas de calidad institucional a partir de los conceptos de autonomía de los adolescentes y del derecho a la confidencialidad. Para ello deberá hacerse un seguimiento activo de las directrices (adherencia a protocolos, seguimiento a los servicios usando tanto la auditoría médica como la opinión de los/as usuarios/as) y un seguimiento pasivo (buzones de sugerencias y otros encuentros o modalidades de evaluación con usuarias).

Información, educación y comunicación

1. Es necesario generar procesos de sensibilización y capacitación dirigidas a remover las barreras culturales que no han hecho posible la correcta entrega de servicios a la población adolescente en los servicios de salud pública. Es posible que estas mismas creencias afecten incluso al personal de las mismas instituciones de salud públicas y privadas, con ello menoscabando la entrega de servicios en forma oportuna y eficaz, por lo cual se hace necesario involucrar a los profesionales de la salud actuales, así como estudiantes de ciencias de la salud, en la discusión sobre los derechos de los jóvenes, el ejercicio del derecho a la confidencialidad y la obligatoriedad del secreto profesional.

2. Es posible considerar la realización de procesos educativos que fortalezcan las habilidades de toma de decisiones autónomas de los adolescentes, así como el conocimiento y apropiación del ejercicio de los derechos, particularmente los derechos sexuales y reproductivos. Estos procesos deben apoyar una reflexión desde la perspectiva de los derechos y de género, sobre situaciones cotidianas donde los adolescentes se enfrentan a la toma de decisiones sobre su salud sexual y reproductiva y sus vidas en general. Los procesos educativos deben estar conectados con los servicios, en la medida en que deben aportar la información sobre los mecanismos existentes para el ejercicio del derecho a la salud. Algunos ejemplos de estos procesos educativos incluyen los programas de educación de pares, actividades de reflexión y discusión en las salas de espera de los servicios de salud, actividades comunitarias o en espacios escolares.

3. Los materiales informativos de los servicios de salud, tales como folletos, afiches, videos, entre otros, deben hacer siempre mención al derecho de los jóvenes a la toma de decisiones autónomas y al derecho a la confidencialidad en los servicios.

4. Los procesos de información, educación y comunicación deben involucrar también a los padres de familia, tomándolos como aliados y

haciéndolos parte del proceso de fortalecimiento de las capacidades de los adolescentes para la toma de decisiones autónomas y de la búsqueda de las condiciones que apoyen el mejor interés de los jóvenes. Así, por ejemplo, los padres de familia deben ser una población aliada en cualquier iniciativa de promoción y defensa para generar cambios legislativos con relación a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes. Con este propósito, deben incluirse en actividades intergeneracionales de reflexión y discusión y ser una población objetivo de las campañas de comunicación sobre el tema.

5. Es necesario evaluar los programas que promueven la participación juvenil (Ej. programas de educación de pares) para asegurar que no son solo espacios informativos si no que realmente abren un espacio para la reflexión sobre el ejercicio de la autonomía, la confidencialidad y los derechos sexuales y reproductivos en general.