



Por un niño
sano en un
mundo mejor

Sociedad Argentina de Pediatría

MIEMBRO de la ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE PEDIATRÍA y de la ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE PEDIATRÍA

Comité de Estudios Permanentes del Adolescente

Parte 4.

Reflexiones del CEPA a raíz del proyecto de despenalización del aborto.

Autonomía adolescente

Reconociendo la importancia de la salud sexual y reproductiva y la necesidad de tomar medidas para aumentar el acceso de los niños a dichos servicios, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a los Estados:

“Permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicas sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad”. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 15 (2013).

El Comité de los Derechos del Niño también recomendó específicamente ampliar la disponibilidad de los métodos anticonceptivos para niños sexualmente activos:

“Los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos. También deben facilitarse métodos anticonceptivos permanentes y a largo plazo. El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal.” Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 15 (2013).

Interrupción Legal del Embarazo:

Las normas vigentes sobre aborto legal en la Argentina incluyen el derecho de niñas y adolescentes al acceso a la interrupción del embarazo en determinados casos.

El Ministerio de Salud de la Nación en su Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (2015)¹ estableció que se debe respetar, en todos los casos, en primer lugar el derecho de las niñas y adolescentes a participar de forma significativa en la atención y en las decisiones relacionadas con la práctica de los abortos legales.

En los casos en que se requiere acompañamiento y se presente un conflicto entre la decisión de la niña (menor de 13 años) y la opinión de su/s progenitor/es: de no ser posible el acuerdo o en caso de negativa injustificada de quienes la asisten en el proceso de toma de decisiones respecto a la práctica de un aborto legal, se debe proceder de acuerdo con lo establecido en el art. 26 del Código Civil y Comercial, que indica que *“el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”*.

El concepto de autonomía y autodeterminación para la toma de decisiones en el cuidado de la propia salud no debe ser parangonado ni trasladado ni asimilado al concepto de inimputabilidad penal. Una cosa es la competencia para autodeterminarse y asumir los valores y principios personales en orden al cuidado de la propia salud, lo cual representa la elección por el propio proyecto de vida (art. 19 CN) y otra muy distinta es la responsabilidad originada en un hecho ilícito. La imputabilidad consiste en el juicio de reprochabilidad por la conducta ilícita (contemplada así por una ley) que implica la valoración de la antijuridicidad, es decir la contradicción normativa de la conducta con el ordenamiento jurídico (o sea, la conducta reprochada no está “autorizada” por el ordenamiento jurídico)¹. Esa valoración supone contar con capacidad de comprensión de valores jurídicos, que la sociedad (más allá de las decisiones, gustos o valores personales) considera de tal importancia como para hacerlos obligatorios plasmándolos en una ley. A diferencia de la competencia que refiere a valoraciones y preferencias exclusivamente personales, individuales.

La imputabilidad penal requiere no sólo la capacidad de comprensión de valores jurídicos (antijuridicidad) sino además la capacidad de adecuar la conducta individual a esa comprensión. Si no puedo comprender la antijuridicidad o no puedo evitar poner en acto mi conducta contraria a la norma, entonces surge la inimputabilidad.

Mientras la competencia bioética refiere al cuidado de la propia salud en base a la individualidad de cada uno y a la imposibilidad de universalizar esos valores personalísimos (por eso las decisiones son case by case); la imputabilidad penal es un concepto jurídico con valoraciones psicológicas, que refiere a valores sociales juridizados, ergo exigibles, y a la posibilidad de comprensión de esos valores y de conformar la conducta a esa comprensión.

¹ Por ejemplo. Si Juan le dispara a Pedro y lo mata, es una conducta típica de homicidio (es una acción ilícita porque así lo establece el art. 79 CP). Si Juan disparó a Pedro porque lo odia, será una conducta típica de homicidio –en este caso agravado por odio- que además es antijurídica, porque el ordenamiento jurídico no me autoriza a matar a otro por odio. Si Juan mató a Pedro porque lo odia porque unas voces le dijeron que él era la encarnación del diablo, entonces la acción de Juan es típica y antijurídica pero no será culpable, ya que Juan no pudo “motivarse en la norma”, es decir, comprender que lo que estaba haciendo era antijurídico porque presenta una alteración morbosa de sus facultades –en este caso, esquizofrenia-. Ahora bien, si Juan mata a Pedro porque Pedro estaba a punto de violar a su hija, la acción de Juan es típica de homicidio (es decir, es ilícita) pero no es antijurídica, ya que el ordenamiento jurídico le permite causar un daño a otro –proporcionado en la medida de la agresión y a través de un medio racionalmente adecuado- para proteger la vida o la integridad de un tercero –es lo que técnicamente se llama legítima defensa-. Comprender todo este proceso es

En resumen, no se puede asimilar la capacidad para defender y exteriorizar las preferencias personales a la hora del proceso de toma de decisiones médicas, con la capacidad de culpabilidad, para reprochar una acción criminal (típica y antijurídica).

Capacidad de discernimiento y edad

En cuanto a la edad, el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” en la página 17 refiere: todas las personas de 14 años (el nuevo CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Ley 26.994, establece 13 años) o más son consideradas por la legislación argentina como plenamente capaces de discernimiento. Por ello, pueden otorgar por sí mismas su consentimiento informado y realizar personalmente la declaración jurada requerida para la interrupción de un embarazo producto de una violación, sin que se requiera la autorización de sus padres o representantes legales. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda fomentar que las adolescentes cuenten con la compañía y el apoyo de una persona de su confianza durante el proceso. Igualmente que con las mujeres adultas, es esencial que los equipos de salud garanticen claramente la confidencialidad, asegurándoles a las adolescentes que no compartirán la información de la consulta con nadie. Este criterio debe aplicarse teniendo en cuenta el principio del respeto del interés superior del niño, establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

En el caso de las niñas y adolescentes menores de trece años, se deberá respetar su derecho a ser escuchadas y a que su opinión sea tenida en cuenta. Esto se basa en el principio de la “autonomía progresiva” y el grado de desarrollo de cada niña o adolescente en situación de requerir la realización de una ILE. Sus representantes legales, o los que sean nombrados especialmente para el caso, deberán participar en conjunto con la niña o adolescente en la toma de decisiones, y deberán firmar el consentimiento informado y la declaración jurada de la violación cuando corresponda. Si existiera una negativa injustificada de sus padres, tutores o encargados de acompañar la decisión de la niña o adolescente, puede requerirse asistencia letrada.

Ver: Ministerio de Salud de la Nación. “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”. 2016. Página 17.
http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf

El nuevo CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Ley 26.994, establece en sus:

ARTICULO 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

lo que un niño, por más maduro que sea, no puede hacer hasta la edad de los 16 años para los delitos de acción pública –que son la gran mayoría, y los de mayor gravedad-.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Ver: CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6>

Posteriormente, los conceptos vertidos en el artículo 26 CCC fueron aclarados por la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, por la cual se establecieron los siguientes principios hermenéuticos:

- a) toda interpretación relacionada con el alcance de la autonomía progresiva de un niño debe realizarse en consonancia con el principio pro homine, es decir se deberá dar preeminencia a aquella interpretación que más derechos reconozca al niño.
- b) dentro del concepto de progenitores se abarca no solamente a los padres sino a todo aquel adulto que ejerza el cuidado del niño, aunque fuera de forma circunstancial y/o temporaria.
- c) El concepto de invasividad de los tratamientos asienta sobre la gravedad de la decisión, en relación con la evidencia científica de riesgo para la salud, vida o integridad del niño.
- d) A los 16 años se adquiere la mayoría de edad para todas las prácticas relacionadas con el cuidado de la salud.
- e) La anticoncepción no se considera práctica invasiva conforme el concepto señalado precedentemente, por lo que el niño a partir de los 13 años puede consentir por sí mismo el uso de anticonceptivos.

f) A los fines del ejercicio del derecho a la modificación de la identidad de género, la edad de plena capacidad se adquiere a los 16 años, y entre los 13 y 16 años el niño podrá dar su consentimiento para intervenciones que no pongan en riesgo grave su salud, su vida o su integridad.

En resumen: Las normas vigentes sobre aborto legal en la Argentina incluyen el derecho de niñas y adolescentes al acceso a la interrupción del embarazo en determinados casos.