

El ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva por parte de las personas adolescentes en el contexto paraguayo. El respeto a su interés superior

The exercise of the right to sexual and reproductive health by the adolescents in the Paraguayan context. Respect for the best interest of the child

Isaac Ravetllat Ballesté⁽¹⁾, Claudia Sanabria Moudelle⁽²⁾

RESUMEN

En Paraguay, tres de las problemáticas que estadísticamente afectan en mayor medida a las personas durante su etapa adolescente son: el embarazo, las adicciones y la violencia. Dos de ellas, por ende, están directamente vinculadas con el derecho a la salud sexual y reproductiva y su pleno ejercicio. Así, sin ir más lejos, tanto el embarazo adolescente como el abuso sexual se vislumbran como consecuencias visibles de una falta o un inadecuado ejercicio de estos derechos fundamentales; situaciones de vulnerabilidad, que no deben seguir permaneciendo invisibles y a las que el ordenamiento jurídico debe dar debida respuesta. Pues bien, es precisamente en este contexto que nos surge el interrogante acerca de cuál es la situación real en que se encuentra la garantía del derecho a la salud sexual y reproductiva de los adolescentes en el actual marco normativo paraguayo. Así, de todos los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes a partir de 1989, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la salud sexual y

ABSTRACT

In Paraguay, three of the problems that statistically most affect people during their adolescent stage are: pregnancy, addiction and violence. Two of them, therefore, are directly linked to the right to sexual and reproductive health and its full exercise. So, without going any further, both teenage pregnancy and sexual abuse are seen as visible consequences of failure or improper exercise of these fundamental rights; vulnerabilities, which must no longer remain invisible and that the law should give due response. It is precisely in this context that the question about what the real situation in which the guarantee of the right to sexual and reproductive health of adolescents in the current regulatory framework arises. So, of all the rights of children and adolescents since 1989, with the adoption of the Convention on the Rights of the Child, the right to sexual and reproductive health is presented as one of the most controversial so their effective recognition and acceptance by the adult world is concerned. This article focuses on what the precise legal status of the ability to exercise their rights to sexual and reproductive health in

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación N°. 11150135, del cual el Prof. Isaac Ravetllat es el investigador responsable.

1. Profesor Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho y Magister en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Vocal del Observatorio de la Infancia de la Generalitat de Cataluña (España). Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

2. Magíster en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Magíster en Globalización, Desarrollo y Cooperación por la Universidad de Barcelona (España). Experta en Políticas Sociales de Infancia por la Universidad Complutense de Madrid (España). Encargada de promoción de los derechos del niño del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social del Paraguay.

E-mail: sanabriamoudelle@hotmail.com

Correspondencia: Dr. Isaac Ravetllat Ballesté. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Campus Talca. Avenida Lircay s/n. Talca. Chile. E-mail: iravetllat@utalca.cl

Recibido: 06/01/2016; Aceptado: 16/03/2016.

Los autores declaran que no existen conflictos de interés en el presente estudio.

<http://dx.doi.org/10.18004/ped.2016.abril.59-76>

reproductiva se presentan como uno de los más controvertidos por lo que a su aceptación y reconocimiento efectivo por parte del mundo adulto se refiere. El presente artículo se interesa por precisar cuál es el régimen jurídico de la capacidad para ejercitar los derechos a la salud sexual y reproductiva en el caso de que su titular sea una persona adolescente, y trata de hacerlo de una manera ilustrativa, a partir del planteamiento de los principales presupuestos que se pueden dar al respecto en la realidad cotidiana.

Palabras clave: Capacidad progresiva, consentimiento informado, salud sexual y reproductiva, interés superior del niño, confidencialidad.

INTRODUCCIÓN

El derecho de la infancia y la adolescencia como disciplina autónoma es de reciente aparición, apenas data de finales del siglo pasado. En general, si bien es cierto que tras la aprobación y entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño se viene reconociendo a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, no es menos cierto que, a pesar de esos avances normativos, la infancia y la adolescencia continúan siendo, en gran medida, completamente invisibles a los ojos de nuestra sociedad⁽¹⁾.

Advertida esta circunstancia, uno de los ámbitos en que, precisamente, toma mayor relevancia la afirmación esgrimida *up supra* es el del derecho a la salud sexual y reproductiva. Es por ello, que el presente estudio se circunscribe en el análisis pormenorizado de cuál es el régimen jurídico aplicable a la capacidad de ejercicio de este tipo de derechos en aquellos casos en que su titular es una persona adolescente, y ello, a partir de la exégesis de los principales supuestos que puedan plantearse al respecto en la realidad cotidiana de la actividad médica y sanitaria.

En efecto, uno de los sectores en que más ilustrativo y lleno de matices se muestra el limitado poder de disposición que el individuo, y ni qué decir tiene el adolescente, ostenta sobre su vida e integridad corporal es la actividad facultativa y terapéutica^(2,3). En este contexto, tradicionalmente, se consideró a las personas que todavía no habían alcanzado la

the event that the owner is an adolescent person, and try to do it in an illustrative manner, from the approach major budgets that can be given about the everyday reality.

Keywords: Progressive capacity, informed consent, sexual and reproductive health, best interest of the child, confidentiality.

mayoría de edad como sujetos absolutamente incapaces de poder participar, ya sea directa o indirectamente, en la toma de decisiones vinculadas con su estado de salud, más aun tratándose de su salud sexual y reproductiva. De esta forma, el paciente menor de edad era considerado como un mero objeto pasivo de intervención, y, en consecuencia, debía actuar y consentir por él su representante legal⁽⁴⁻⁸⁾. Ahora bien, el tratamiento legal irrogado a estas situaciones empezó a experimentar un cambio sustancial de tendencia a partir de finales del pasado siglo. El punto de inflexión de esta metamorfosis vino provocado por el advenimiento de una nueva filosofía acerca de la verdadera naturaleza de la declaración de voluntad en el ámbito sanitario. El denominado como *consentimiento informado* pasó a ser concebido como un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del individuo, no susceptibles, por definición, de representación legal⁽⁹⁾.

Con base en este planteamiento, principiaremos nuestro trabajo con un intento de delimitar con claridad cuál es el cuerpo normativo que reconoce a los adolescentes el derecho a la salud sexual y reproductiva, tratando de poner de manifiesto las contradicciones y lagunas existentes al respecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Acto seguido, haremos especial mención a la denominada como competencia Gillick: institución propia del Common Law⁽ⁱ⁾ de la que trae origen la

i. Sistema de derecho de origen anglosajón, caracterizado por ser un conjunto de normas creadas por jueces mediante un sistema inductivo basado en precedentes judiciales.

capacidad de ejercicio autónomo de derechos por parte de los adolescentes en el ámbito sanitario, y que sirvió como estímulo, o detonante si se prefiere, del reconocimiento normativo de las competencias que el sector poblacional más joven ostenta sobre el mentado ámbito material.

Efectuadas estas consideraciones generales acerca del reconocimiento progresivo del derecho de autonomía del paciente y su tratamiento jurídico, procederemos, a continuación, a enumerar algunas de las principales situaciones que, entendemos, mayor número de controversias generan en la *praxis*, tanto a nivel social como jurídico, cuando el sujeto involucrado activamente en ellas es una persona adolescente. El acceso a los métodos de planificación familiar, la realización de las pruebas del VIH y la negativa de proseguir un determinado tratamiento terapéutico, representan tan solo algunos de esos ámbitos de posible intervención autónoma de los adolescentes que provocan un sinnúmero de interrogantes, a los que trataremos de dar cumplida respuesta, un interesante aporte en este sentido es la de Aguilar ML⁽¹⁰⁾.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y SU MARCO NORMATIVO VIGENTE

1. A modo de delimitación previa

Antes de entrar a delimitar el acervo normativo que reconoce a los adolescentes de forma expresa su derecho a la salud sexual y reproductiva, es conveniente que identifiquemos con claridad a qué se refiere nuestro sistema legal cuando menciona: por un lado, el derecho a la salud sexual, y por otro, el derecho a la salud reproductiva. Efectivamente, aun reconociendo que ambos conceptos son abordados habitualmente en forma conjunta, debido a que uno es parte esencial para ejercer el otro y viceversa; sin embargo, entendemos, que obedecen a dos realidades, aunque cercanas no idénticas, por lo que es necesario definirlos por separado.

Así, en primer término, conceptualizamos la *salud sexual* como el estado general de bienestar físico, mental y social de las personas, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en la esfera sexual del individuo, así como sus funciones y procesos. Las

personas, por ende, ostentan el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, de la que no es parte obligatoria la procreación, pues la sexualidad en sí misma considerada no es sino una forma de comunicación, convivencia y/o amor entre los sujetos.

En segundo lugar, y siguiendo en este caso lo preceptuado por la Organización Mundial de la Salud, definimos la noción de *salud reproductiva* como aquella condición en la cual se logra un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos aquellos aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En resumidas cuentas, implica la habilidad para la procreación y la regulación de la fertilidad.

Identificados ya ambos derechos, procedemos, acto seguido, a delimitar los principios y el contexto legal nacional que deben guiar, a la par que sustentar, la práctica de los profesionales de la salud cuando prestan sus servicios y programas a un público que no ha alcanzado todavía la mayoría de edad.

2. El paradigma de la atención integral de los derechos de la niñez y la adolescencia

Toda política pública actual de atención integral a la niñez y la adolescencia debe fundamentarse, a tenor de lo prestablecido tanto en la normativa nacional como internacional, en el conocido como *paradigma de la protección integral*. Esta noción, superadora de la teoría de la *situación irregular*, nos ofrece una nueva conceptualización del rol que niñas, niños y adolescentes están llamados a desempeñar en sus relaciones familiares, sociales y con respecto al Estado en general^(11,12). Esta mirada promueve el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho, en oposición a la tradicional idea de definirlos a partir de su incapacidad jurídica^(13,14).

En línea con lo apuntado, las instituciones y profesionales sobre los que recae la responsabilidad de aplicar las políticas públicas, no siendo los actores del ámbito de la salud una excepción a esta regla general, deben adaptar todas y cada una de sus intervenciones al referenciado marco normativo, evitando, con ello, cualquier tipo de interferencia o

práctica contraria al citado enfoque integral de derechos.

En Paraguay, sin ir más lejos, está reconocido el derecho a la salud como un derecho garantizado por el Estado, con un enfoque preventivo, promocional y tendente a la calidad de vida. En este mismo sentido, se garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva de todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción alguna; derecho fundamentado, como no podría ser de otro modo, en los principios de libertad, dignidad e igualdad.

Ahora bien, para hacer posible el ejercicio de estos derechos por parte de las niñas, niños y adolescentes deben ser tomadas en consideración ciertas prevenciones: en primer lugar, debe reconocerse, de una vez por todas, a las niñas, niños y adolescentes como los verdaderos titulares del derecho a la salud, concretamente del derecho a la salud sexual y reproductiva. Este derecho no puede estar condicionado a la voluntad de un tercero. Así, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo pertenece y debe ser ejercido única y exclusivamente por su titular. Por ende, si bien los progenitores, o en su defecto los tutores, ostentan, conforme a lo establecido en el artículo 71 inciso e) del Código de la Niñez y la Adolescencia, la representación legal de los hijos para todos los actos de la vida civil hasta tanto éstos no adquieran la mayoría de edad, ello no les habilita para obstaculizar el efectivo ejercicio de los mismos; en segundo término, se nos antoja del todo imprescindible el poder contar con una educación sexual y en la sexualidad de calidad, impartida desde edades bien tempranas desde las instituciones educativas; y, por último, pero no por ello menos importante, también deben generalizarse los servicios de salud amigables con pertinencia cultural y enfoque de género en todos los puntos de atención ciudadana.

Vinculado con lo anterior, el artículo 54 de la Constitución Nacional, establece un orden de prelación con respecto a quiénes están llamados a garantizar los derechos fundamentales de las niñas y los niños. El listado principia con la familia, es seguido por la sociedad y se cierra, finalmente, con una mención al Estado. No olvidemos, además, que al tratarse de niñas, niños y adolescentes, las facultades que se reconocen a sus progenitores, o tutores, para garantizar su desarrollo armónico e

integral han de ser, en todo caso, ejercidas atendiendo a su interés superior (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 71 del Código de la Niñez y la Adolescencia)⁽¹⁵⁾. En este sentido, no parece razonable que los propios padres o responsables de un menor a 18 años se opongan a que el mismo reciba educación, información o programas de salud promocionales y preventivos.

Tomando como referencia la prelación establecida en la Constitución Nacional, y dejando ahora al margen las particulares responsabilidades atribuidas a las familias con respecto a sus hijos/as, entendemos que corresponde al Estado, como otro de los garantes efectivos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos a la población infantil y adolescente, el deber de generar políticas públicas que promuevan la salud y el acceso de niñas, niños y adolescentes a los servicios, prestaciones y programas.

En particular, para el caso de la salud sexual y reproductiva, el Estado ostenta la obligación de proveer toda la información necesaria a fin de que la persona, sin importar la etapa de la vida en la que se encuentre, pueda ejercer sus derechos conforme a los principios de autonomía progresiva, libertad, interés superior y no discriminación. Cualquier negación al respecto, cuando el protagonista sea un adolescente, puede ser entendida como una discriminación por cuestión de edad. En suma, la Constitución defiende la igualdad de las personas para acceder a la garantía de derechos, y en este sentido, las niñas, niños y adolescentes no quedan, en modo alguno, excluidos.

Otro principio que también debemos traer a colación, es el de la autonomía o capacidad progresiva del individuo. Este principio determina que a medida que la persona va madurando, adquiere mayores competencias. El Código Civil reconoce la capacidad relativa a las personas que hayan cumplido 14 años de edad, coincidiendo con la definición legal de la adolescencia (si bien ello parece reconducirse a la esfera patrimonial, que no personal, del individuo). Por su parte la Ley 2169, que estipula la mayoría de edad en Paraguay, define como adolescente a toda persona desde los 14 hasta los 17 años. Al mismo tiempo, encontramos que la imputabilidad penal se da a partir de los 14 años, por lo que parece evidenciarse que si una persona puede

ser responsable por sus actos en el ámbito penal a partir de ese momento cronológico, por qué no va a serlo también en el ámbito sanitario. Este principio de la autonomía progresiva está incorporado en el orden jurídico nacional a través de la Ley 57/90, que adopta la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por último, no podemos cerrar este apartado sin hacer una mención, aunque breve, al principio transversal del interés superior del niño. Este concepto jurídico indeterminado (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia)⁽¹⁵⁾ debe ser el que delimite o restrinja la toma de decisiones en la práctica cotidiana del sector profesional objeto de nuestro análisis^{(ii),(16)}. Efectivamente, la formulación legal de esta cláusula general supone la constatación de un principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula abstracta aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones diarias que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado. En opinión de Gómez de la Torre⁽¹⁷⁾, puede otorgarse una triple función al principio del interés superior del niño: es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que le concierna debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; asimismo, es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas; y, por último, también debe ser vista como una norma de interpretación y de resolución de conflictos. Por su parte, Gatica y Chaimovich⁽¹⁸⁾ afirman que el llamado interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en casos de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño. Así, concluyen estas autoras, ni el interés de los progenitores, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser

considerados prioritarios en relación a los derechos del niño.

3. El caso Gillick. El antecedente al principio de la capacidad progresiva en el ámbito sanitario

Antes de indagar acerca de las posibles situaciones de hecho ante las que podemos encontrarnos si de la prestación del consentimiento informado de un adolescente se trata, debemos subrayar, de conformidad con las tesis mayoritarias defendidas en la actualidad, que uno de los antecedentes más claros del actual sistema de delimitación de la autonomía sanitaria imperante en nuestro ordenamiento jurídico, proviene del conocido caso Gillick, suscitado ante los tribunales del Reino Unido a mediados de los años ochenta del pasado siglo. Este caso es citado por la mayor parte de la doctrina anglosajona y europea continental que ha tratado sobre el asunto⁽¹⁹⁻²⁴⁾.

En el ordenamiento jurídico inglés la figura del denominado *Gillick competent* surgió a partir de leyes sobre anticoncepción, para evitar la contradicción existente entre las disposiciones generales y la legislación penal. En las normas penales se consideraba delictiva toda relación sexual con menores de dieciséis años, por lo que empezó a plantearse el dilema de la distribución de anticonceptivos en individuos que no hubieran alcanzado aún la mayoría de edad. Paralelamente por parte del Departamento de Salud se emitió una resolución sobre el uso de preservativos por los menores que no hubieran cumplido todavía la edad de los dieciséis. En cierta medida se aconsejaba a los facultativos la necesidad de proveer estos elementos cuando fueran requeridos, pero se añadía que en lo posible debía obtenerse el consentimiento de los progenitores. La señora Victoria Gillick, madre de cinco niñas adolescentes, quiso que las autoridades locales le asegurasen que sus hijas no iban a recibir anticonceptivos sin su expreso consentimiento. Como la Administración no atendió su petición, se planteó la cuestión ante los tribunales argumentando que la entrega de anticonceptivos a

ii. La Observación General N° 14 (2013) adoptada por el Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013), en su párrafo 1° utiliza la locución "concepto dinámico" para referirse al interés superior del niño. En realidad esta expresión es utilizada con idéntica significación que la contenida en la más conocida noción de "concepto jurídico indeterminado". El empleo de la voz "concepto dinámico" procede, casi con toda seguridad, de la traducción literal de la versión inglesa "dynamic concept", puesto que en el lenguaje jurídico anglosajón no existe figura alguna conocida bajo la idea de concepto jurídico indeterminado.

menores interfería en el ejercicio de la patria potestad. La Cámara de los Lores en el caso Gillick contra el Hospital de West Norfolk, el Área de Salud de Widsbech y el Departamento de Salud⁽²⁵⁾, rechazó en 1986 su pretensión señalando que los derechos de los padres existen para el beneficio de sus hijos y para permitirles cumplir sus deberes, y que el derecho de los representantes legales a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de comprender la opción propuesta⁽ⁱⁱⁱ⁾.

A raíz de este conocido pronunciamiento jurisprudencial, se habla de la *competencia Gillick* para referirse al caso de los adolescentes sometidos a responsabilidad parental que son perfectamente capaces de adoptar decisiones autónomas en todo aquello que concierna a su salud, de manera que serán ellos personalmente los que emitan su consentimiento, y no sus legítimos representantes.

Esta doctrina jurisprudencial fue acogida poco después por la *Children's Act, Section 8 (1), Family Law Reform Act 1989*, en virtud de la cual "el consentimiento de un menor de dieciséis años a un tratamiento quirúrgico, médico o dental, que, sin dicha autorización constituiría una intromisión a su esfera personal, será tan válido como si fuera mayor de edad; y cuando un menor, de acuerdo con lo establecido en esta sección haya otorgado un consentimiento válido, no será necesario obtener otro consentimiento de su padre o representante". La Ley ha proporcionado, por ende, un criterio bien definido, en virtud del cual al consentimiento de un adolescente de dieciséis años se le reconoce la misma eficacia que al emitido por un mayor de edad, incluso en el supuesto de que rechace un examen o un tratamiento psiquiátrico.

Este mismo sistema, manteniéndonos aún en el contexto anglosajón, es el seguido por la Section 2.4 de la Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 que establece que los menores que no alcancen los dieciséis años tendrán capacidad legal para consentir tratamientos médicos si son capaces de entender la naturaleza y consecuencias del mismo.

En el Derecho italiano, por su parte, también se considera que es suficiente la capacidad natural (el raciocinio, la aptitud intelectual y volitiva) o de hecho para prestar el válido consentimiento a un tratamiento o intervención médica. Así, si un menor reúne tal nivel de autogobierno, nada impide que sea él mismo el encargado de emitir la declaración de voluntad autorizando u oponiéndose a determinadas intervenciones y tratamientos médicos con independencia de que en función de la gravedad de éstos se requiera mayor o menor madurez. Asimismo, similar posición ha sido la adoptada tanto por el ordenamiento jurídico francés como por el alemán. En el primero de ellos, el artículo L1111-4 del Code de la Santé Publique reconoce el derecho al menor a poder emitir el consentimiento informado siempre que éste sea capaz de expresar su voluntad y participar en la decisión; mientras que, en el segundo, se distingue entre capacidad negocial –*Geschäftsfähigkeit*– y capacidad para consentir –*Einwilligungsfähigkeit*–, partiendo en materia de consentimiento a las intervenciones médicas.

4. El marco normativo vigente en Paraguay: el Código de la Niñez y la Adolescencia

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680/2001)⁽¹⁵⁾ reconoce expresamente a las niñas, niños y adolescentes (artículo 14) su derecho a la salud sexual y reproductiva. En este sentido, el mentado precepto se pronuncia del siguiente tenor literal: "el Estado, con la activa participación de la sociedad y especialmente la de los padres y familiares, garantizará servicios y programas de salud y educación sexual integral del niño y del adolescente, que tiene derecho a ser informado y educado de acuerdo con su desarrollo, cultura y valores familiares. Los servicios y programas para adolescentes deberán contemplar el secreto profesional, el libre consentimiento y el desarrollo integral de su personalidad respetando el derecho y la obligación de los padres o tutores".

Esta previsión del Código de la Niñez y la Adolescencia no hace sino desarrollar un derecho ya

iii. Otro caso sonado es el de Hannah Jones, la niña inglesa de trece años que, apelando a su propia dignidad, rechazó en el año 2008 el trasplante de corazón que podía prolongar su vida. Hannah tuvo leucemia a los cinco años, enfermedad que le provocó una grave lesión de corazón. La única forma de prolongar su vida era el trasplante, cuyos resultados eran medicamente inciertos porque el tratamiento posterior para evitar el rechazo podía provocar una reaparición de la leucemia. La muchacha, apoyada por sus padres, decidió renunciar al trasplante lo que, finalmente, fue admitido por las autoridades británicas. El caso Hannah generó un intenso debate en la opinión pública sobre la competencia de los adolescentes para tomar decisiones irreparables sobre su vida y salud.

garantizado por la propia Constitución Nacional, que en su artículo 61 estatuye como garantía y sin distinción alguna que “el Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia”. Añadiendo, a mayor abundamiento, que “se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno-infantil para la población de escasos recursos”.

En resumen, el texto constitucional garantiza el derecho a planificar la descendencia que se desea tener, así como reconoce la necesidad de que el Estado cuente con programas y servicios que, en primer lugar, acompañen al ciudadano en el desarrollo de una sexualidad sana y responsable, acorde con su edad y estado de madurez; y, en segundo término, entreguen o faciliten los servicios y prestaciones que permitan efectivizar la promoción y prevención de enfermedades y embarazos no deseados, asegurándose de este modo el derecho a planificar la propia vida, al respecto Berni et al. nos arrojan interesantes datos⁽²⁶⁾.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA PERSONA ADOLESCENTE

1. Ideas generales

En el derecho paraguayo, el principio rector de las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del paciente, que se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud. De esta forma, podemos definir este concepto jurídico determinado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un individuo, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada. Es obligatorio según la Ley N°. 836/80 del Código Sanitario de la República del Paraguay (art. 24); prestándose especial atención a la comprensión del paciente, y a la información suministrada redactada de manera clara, sencilla y completa.

Capacidad, información y voluntariedad se erigen, pues, como los pilares fundamentales sobre los que se asienta la autonomía del paciente o usuario, el

cual, además de estar facultado para autorizar una determinada actuación médica, puede revocar su declaración de voluntad en cualquier momento, y, como no, negarse u oponerse a recibir cualquier tipo de tratamiento.

2. El derecho de información sanitaria

La premisa inicial para que el consentimiento del paciente sea válido es que éste haya recibido previamente una información adecuada, puesto que para decidir libremente es preciso tener conocimiento de la situación, las alternativas, las contraindicaciones, los riesgos y las posibles consecuencias que de ello puedan derivarse.

El deber de información del paciente se erige como una de las responsabilidades asumidas por los médicos y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y un elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo cualquier actividad facultativa. En otras palabras, el deber de informar se configura como parte integrante de la actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Además, y a pesar de que ello no suela decirse expresamente, la información que ha de proporcionar el facultativo no se agota en un único acto, sino que es un deber de tracto continuado.

Por lo que a las niñas, niños y adolescentes se refiere, además de las escasas previsiones generales contenidas en el Código Sanitario de la República del Paraguay, también debemos tener en cuenta lo prescrito tanto por el artículo 13 – derecho a la salud -, como por el artículo 14 – derecho a la salud sexual y reproductiva -, ambos del Código de la Niñez y la Adolescencia, que disponen que cualquier niña, niño o adolescente tiene derecho a “ser informado y educado” sobre su salud “de acuerdo con su desarrollo, a su cultura y valores familiares”. En particular, *fine* el precepto “los servicios y programas para adolescentes – mayores a 14 años – deberán contemplar el secreto profesional, el libre consentimiento y el desarrollo integral de su personalidad respetando el derecho y la obligación de los padres o tutores”.

Un aspecto particularmente importante al que debe prestar especial atención el facultativo a la hora de transmitir la información sanitaria, radica en el

hecho de no perder de vista cuáles son las condiciones psicológicas y culturales que la persona presenta, y procurar, en la medida de lo posible, que ésta pueda comprender los beneficios y riesgos que conlleva cada una de las opciones clínicas disponibles⁽²⁷⁾. Tan sólo se logrará este objetivo si los profesionales sanitarios evitan el uso de tecnicismos que puedan hacer ininteligible la información que se pretende transmitir y, a la vez, trata de aclarar los interrogantes que se susciten, empleando términos comprensibles que el paciente alcance a interiorizar sin mayores problemas.

A tenor de lo apuntado, cuando resulte que la/el usuaria/o sea una niña, niño o adolescente, el facultativo asume la obligación de informarle en términos que le resulten verosímiles, adaptando y modulando las explicaciones a su grado de desarrollo intelectual y volitivo.

Otra cuestión relevante en relación al derecho a la información sanitaria de la/el usuaria/o que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad es la concerniente a la interrogante sobre quién ostenta su titularidad. A la luz de la legislación vigente en Paraguay, parece incuestionable que tal prerrogativa se reconoce al propio paciente, pues así se extrae de los artículos 5 y 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 61 y 68 de la Constitución Nacional y 13 y 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia. No obstante, una vez fijada esta regla general, el propio artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño – en relación con el artículo 18.1 del propio Tratado Internacional – y el artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia *in fine*, auspician la posibilidad de autorizar al facultativo u otro profesional del ámbito sanitario a informar a los familiares del paciente no mayor de edad cuando este último lo consienta o cuando lo consideren oportuno atendiendo a su interés superior.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el acervo normativo vigente en Paraguay, si la persona se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permita recibir la información o comprenderla – *ad exemplum*, por tratarse de una persona de muy corta edad -, la información debe facilitarse a sus representantes legales (artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia); y en igual modo, si la niña, niño o adolescente debe ser hospitalizado, intervenido quirúrgicamente o han de aplicársele

tratamientos necesarios para preservar su vida o integridad física (artículo 17 del Código de la Niñez y la Adolescencia). Esta última, es la única referencia expresa que se hace en la ley de infancia sobre la necesidad de solicitar autorización a los padres, tutores o responsables. En consecuencia, y dado su carácter de excepcionalidad, entendemos que para el resto de supuestos debe aplicarse el marco general garantista que nos proporciona la Carta Magna y demás leyes nacionales, todas ellas favorables al reconocimiento pleno de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

Llegados a este punto, se nos plantea el interrogante sobre si la obligación de informar a los progenitores o, en su caso, al tutor de una niña, niño o adolescente es ineludible o debe combinarse con el respeto al deber del secreto médico y con el derecho a la intimidad del paciente no adulto. Para resolver satisfactoriamente tal cuestión no nos cabe sino acudir a la interpretación teleológica, a la *ratio legis* perseguida por las normas reguladoras de esta materia.

El fin último de estos preceptos es proteger la salud – en particular la sexual y reproductiva- y la vida de las niñas, niños y adolescentes posibilitando que los titulares de la responsabilidad parental y, en su caso, la tutela puedan ejercer su facultad de velar por ellos. Este deber se traduce en la necesidad de proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos/as, por lo que, en aras a su adecuada atención, los representantes legales deben conocer aquellas circunstancias relativas a su salud que pueden poner en peligro su apropiado crecimiento físico y mental.

Amén de lo apuntado, la obligación de informar a los representantes legales de la situación médica en la que se encuentra su hijo/a no debe interpretarse de forma absoluta, sino en correspondencia con el criterio de protección que inspira a estas instituciones jurídicas, por lo que no se podrá invadir su intimidad cuando no exista riesgo para su salud⁽²⁸⁾.

En definitiva, debemos distinguir entre la situación médica que no entraña peligro grave para el niño, niña o adolescente y aquéllas que sí lo comportan, pues mientras que en el primero de los casos sólo podrá informarse a sus representantes legales si

aquél manifiesta su consentimiento expreso o tácito, en el segundo existirá un deber de informar a los representantes incluso en contra de su voluntad, pues en este supuesto debe sacrificarse su intimidad en favor de la protección de su salud. En realidad, este deber de informar a los progenitores – tutor – va íntimamente ligado a la capacidad del sujeto para consentir por sí mismo. En efecto, si el niño, niña o adolescente no reúne madurez suficiente para prestar el consentimiento serán sus representantes legales los que reciban la información y tomen la decisión que estimen oportuna. Si, por el contrario, la persona ostenta capacidad, prestará por sí misma la declaración de voluntad y el equipo sanitario deberá respetar la confidencialidad de su estado de salud si así lo insta el propio individuo que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad, excepto si éste actúa de forma que ponga gravemente en peligro su integridad física y/o psíquica⁽²⁹⁾, o si nos encontramos ante una de las circunstancias estipuladas en el artículo 17 del Código de la Niñez y la Adolescencia (hospitalización, intervención quirúrgica o aplicación de tratamientos necesarios para preservar la vida o integridad del niño, niña o adolescente). De la misma opinión es Ruiz J⁽²⁹⁾, si bien sobre la base del ordenamiento jurídico español, quien sostiene que la información deberá facilitarse al paciente, aunque sea menor de edad. Si además se sigue el criterio que la propia ley ha utilizado para el consentimiento informado, siempre que el paciente presente capacidad para entender será él el destinatario de la información.

3. El derecho de confidencialidad de las personas adolescentes en el ámbito sanitario

En consonancia con lo apuntado en el apartado anterior, consideramos que la atención y asistencia que los servicios de salud para adolescentes deben brindar a sus usuarios han de reunir ciertas características para que se considere efectivamente garantizado el derecho: disponibilidad, visibilidad, calidad, calidez, confidencialidad, satisfacción, flexibilidad y coordinación, son sólo algunas de las principales particularidades a las que hacemos referencia.

De entre las enumeradas, la confidencialidad se destaca por ser una de las propiedades más importantes, ya que el adolescente podría ver comprometida su privacidad de no encontrar esta

garantía en los servicios. La confidencialidad posibilita el ejercicio, sin intromisiones indebidas, del derecho a la intimidad garantizado por nuestra Constitución Nacional. Este derecho de la personalidad encuentra sus límites en el derecho constitucional de protección al adolescente. En caso de que los profesionales de la salud detecten situaciones de riesgo, deben orientarlos y encontrar a través del diálogo, el apoyo de los padres o persona de referencia. Ahora bien, el secreto profesional se rompe en ciertos casos: abuso, maltrato, depresión, violencia, riesgo de suicidio, drogas, déficit intelectual o riesgo de vida. El Manual de Manejo Integral del Adolescente (IMAN)⁽³⁰⁾ refiere estos casos en los cuales se rompe la confidencialidad. Si fuera necesario comunicar las citadas situaciones a los padres o encargados del adolescente, el personal de salud deberá buscar a través de la mediación el canal para hacerlo. Es más, conforme a la legislación vigente están especialmente obligados a denunciar tales circunstancias las personas que trabajan con niños, niñas y adolescentes, tal como pudieran ser los profesionales de la salud⁽¹⁵⁾.

Por consiguiente, y a modo de resumen, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el deber de confidencialidad también preside las relaciones de los profesionales sanitarios con los adolescentes, pero sin llegar a tener, entendemos, un carácter absoluto e ilimitado cuando se trata de los progenitores o tutores. Así, los facultativos, además de tener en cuenta, frente al vacío legal existente sobre la materia en Paraguay, la edad y capacidades de la persona, también deben valorar, entre otras circunstancias, la situación de hecho ante la que se encuentran, la información concreta de la que disponen y el riesgo que asume el adolescente con su decisión.

Si realizada esta ponderación, el cuerpo médico determina que el adolescente reúne la capacidad y el raciocinio suficientes para decidir autónomamente acerca de su salud y se opone, además, a que se informe de ello a sus progenitores o tutores, el profesional, en principio, debiera priorizar el deber de respeto a esa voluntad emitida y mantener el secreto profesional.

Sin embargo, esta regla ordinaria de actuación presenta, tal y como ya hemos avanzado, varias

excepciones. La primera de ellas, se circunscribe a aquellas situaciones médicas que puedan llegar a desentrañar un riesgo real para un tercero si éste no es puntualmente informado de la misma. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un adolescente al que se le diagnostica una enfermedad sexual de carácter extremadamente contagioso. Los criterios o indicadores a tener en consideración para romper el secreto profesional ante tales circunstancias son fundamentalmente los enumerados a continuación: la gravedad del perjuicio que el silencio pudiera llegar a ocasionar – criterio de la proporcionalidad -; la probabilidad de que efectivamente tal eventualidad termine ocurriendo – criterio de la verosimilitud -; la posibilidad de identificar a las víctimas potenciales del menoscabo – criterio del reconocimiento -; su inminencia – criterio de la temporalidad -; la certeza de que una comunicación o intervención podrá disminuir la amenaza y su gravedad – criterio de la actuación -; y, finalmente, la constatación de que el propio paciente sea el agente causante del daño – criterio de la causalidad -. La revelación de la información imprescindible, en tales casos, deberá efectuarse con plena discreción y tan solo a quien corresponda⁽⁹⁾.

La segunda de las salvedades está prevista para cuando concurra un grave riesgo para la salud o la vida del adolescente, en cuyo caso, y a ello parece referirse el artículo 17 párrafo 1º del Código de la Niñez y la Adolescencia, deberá informarse a los padres, tutores o responsables y recabarse su autorización. Parece, entonces, que en caso de grave riesgo los representantes legales gozan de una especie de “derecho a saber” y “a autorizar”. La atribución de estas facultades encuentra su razón de ser, además de en el aludido precepto legal, en el principio del interés superior del niño y en el deber que recae sobre los titulares de la potestad parental de obrar siempre en beneficio de los hijos/as y procurar el desarrollo integral de su personalidad (artículo 14 *in fine* del Código de la Niñez y la Adolescencia).

La tercera de las excepciones al deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios se da en todas aquellas situaciones en que haya claras evidencias de que el adolescente es o ha sido víctima

de un delito de maltrato, abuso sexual o violencia, siempre y cuando dicha situación no provenga, precisamente, de su núcleo familiar. En este caso, a pesar de la negativa del adolescente, se pondrán en funcionamiento los protocolos de atención a la violencia y se comunicará, además de interponer la correspondiente denuncia, a los parientes o responsables no abusadores. En Paraguay, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social cuenta con el Programa Nacional para la Prevención y la Atención Integral de Mujeres, Niñas, Niños y Adolescentes en situación de violencia basada en género, doméstica e intrafamiliar.

En cuarto y último término, el deber de confidencialidad consideramos también decae si existen motivos de salud pública que así lo aconsejen. En estos casos la Ley N°. 836/80 del Código Sanitario de la República del Paraguay permite adoptar mandatos contra la voluntad de los individuos por razones sanitarias de urgencia o necesidad (artículos 28 y 29).

SITUACIONES COTIDIANAS QUE REQUIEREN LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL DE SALUD: RESPUESTAS Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA^{iv}

Una vez analizada la base teórica que debe guiar la toma de decisiones por parte de los profesionales de la salud cuando se enfrentan a diferentes tesituras en las que hay implicadas personas adolescentes, presentamos, a continuación, un compendio de las principales situaciones de hecho que encarnan a la perfección miedos y dudas todavía no resueltos de manera definitiva por el mundo del Derecho. La metodología seguida para dar cumplida respuesta a las dudas planteadas en los subsiguientes extractos de realidad se centra no tan solo en la solución aportada en sí misma considerada, sino, y en ello radica su particularidad, en la fundamentación jurídica del porqué de nuestras palabras.

1. Caso 1: Adolescente de 15 años de edad, que acude sola a un servicio de salud solicitando asistencia, información y provisión de métodos anticonceptivos. Solicita también estudios como el PAP y pruebas laboratoriales

iv. Entendemos por personal de salud, todas las profesiones definidas en la Resolución S. G. N°. 131, de 24 de marzo de 2015, por la que se modifica y amplía la Resolución 280/2013, por la cual se aprueba el Catálogo de Profesiones de Salud del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social a ser implementado en la Dirección de Registros y Profesiones.

Cómo actuar: la asistencia, información y provisión de servicios y programas de salud sexual y reproductiva están contempladas en el art. 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Así, los estudios de PAP, y otros análisis laboratoriales que no requieran consentimiento formal y escrito, deben ser realizados a la persona adolescente sin necesidad de contar con la presencia de un adulto. Se debe diferenciar el consentimiento formal del consentimiento verbal. El profesional de salud debe brindar atención a las personas menores a 18 años aunque no estén acompañadas de un adulto, salvo en aquellos casos que la ley lo establezca expresamente. Igualmente, siempre se deberá ofrecer consejería para buscar el acercamiento de la persona adulta, ya que los padres y responsables son los primeros obligados en brindar protección a la niña, niño o adolescente para su desarrollo integral. Por último, apuntar que la información sobre los métodos anticonceptivos que ha de dispensarse a los adolescentes es la que figura en el listado de recomendados por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social⁽³¹⁾, además se ofrecerá consejería para garantizar el ejercicio responsable de su salud sexual y reproductiva.

Fundamentación jurídica: el Derecho a la salud, y específicamente el Derecho a la salud sexual y reproductiva están reconocidos en la Constitución Nacional (CN), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Ley 57/90, y en el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), Ley 1680/2001. Así la CN, artículo 61 - De la planificación familiar y de la salud materna - infantil, expresa: "El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia. Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno-infantil para la población de escasos recursos."

Por su parte la CDN reconoce el derecho a la salud en su artículo 24: "1. 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. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia." En los artículos 13 y 14 se trata la libertad de expresión que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo..."

La garantía del derecho a la salud está igualmente consagrada en el artículo 13 del CNA al establecer que "el niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud", y, por su parte, el derecho a la salud sexual y reproductiva se legisló expresamente en el artículo 14 del CNA, que reza del siguiente tenor literal: "El Estado, con la activa participación de la sociedad y especialmente la de los padres y familiares, garantizará servicios y programas de salud y educación sexual integral del niño y del adolescente, que tiene derecho a ser informado y educado de acuerdo con su desarrollo, a su cultura y valores familiares. Los servicios y programas para adolescentes deberán contemplar el secreto profesional, el libre consentimiento y el desarrollo integral de su personalidad respetando el derecho y la obligación de los padres o tutores".

Cierto es que el artículo 38 del Código Civil preceptúa que las personas al cumplir los 14 años de edad adquieren capacidad de hecho relativa, lo que pudiera parecer que aplicado al ámbito de la salud sexual y reproductiva nos llevaría a afirmar que todo sujeto mayor a la mentada edad (de 14 años en adelante) sí tendría derecho a que le fueran suministrados, sin mediar autorización ni consentimiento alguno por parte de sus representantes legales, métodos anticonceptivos^(v) y métodos complementarios de diagnóstico; y, por el contrario, a las personas menores a catorce años no les sería reconocida tal posibilidad. Ahora bien, este precepto del Código Civil está pensado desde y para

v. Jurídicamente se toma la acepción del término anticoncepción no como "el ir contra la vida", sino, como el "prevenir la concepción".

la protección única y exclusivamente patrimonial de los sujetos, por tanto no es susceptible de ser aplicado en aspectos de carácter personal de los individuos. Ello nos lleva, en primer lugar, a constatar una carencia absoluta en la normativa paraguaya actual de una regulación que haga mención expresa al momento en que una persona adquiere la capacidad de ejercicio autónomo de derechos en el ámbito de la salud (laguna ésta, extensible a cualquier otro de los derechos de la personalidad); y, en segundo término, nos obliga a dar una respuesta legal coherente frente a tal vacío legal. Así las cosas, entendemos que el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 57/1990) y el Código de la Niñez (1.680/2001) deben ser los instrumentos que nos ayuden a resolver la duda planteada.

En este sentido, tanto los artículos 3, 12 y 24 de la Convención, como los artículos 13 y 14 del Código de la Niñez parecen mostrarnos el camino, al indicarnos que atendiendo a los principios rectores de la capacidad progresiva del sujeto y al interés superior del niño debiera determinarse caso por caso, desde una visión garantista de los derechos del niño, el suministrar o no métodos anticonceptivos y métodos complementarios de diagnóstico a niñas, niños y adolescentes^(vi).

Lo apuntado en el párrafo anterior no entra, en forma alguna, en contradicción con la potestad (que no derechos)^(vii) atribuida a los progenitores o representantes legales sobre sus hijas/os o representados, pues tal institución debe ser concebida como un mecanismo facilitador, de apoyo, de acompañamiento si se quiere, del desarrollo integral de la persona y no como un elemento obstaculizador de su proceso de evolución gradual (artículo 71, apartado a, del Código de la Niñez).

2. Caso 2: Adolescente menor de 18 años, embarazada de un adulto

Cómo actuar: se debe brindar atención inmediata aunque no venga acompañada por un adulto

(padres, tutores o encargados). Se deberá detectar una posible situación de maltrato o violencia (abuso sexual, intrafamiliar, de género) recordando que si se trata de una menor de 14 años y la persona de la cual quedó embarazada es un adulto, se trata de un abuso sexual y por ende tal situación debe ser denunciada ante la Fiscalía Penal. Si se tratara de una relación entre una adolescente entre 14 y 16 años con un adulto mayor de edad, se trataría del delito tipificado en la normativa penal como de estupro. Existen otros tipos penales y situaciones que requieren igualmente protección que están descritos en el Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud⁽³²⁾, que sería del todo aconsejable que fuera consultado por el profesional.

En suma, debe tenerse en cuenta la edad para proceder a denunciar las situaciones que correspondan: 1) embarazada menor de 14 años se presume abuso sexual, se debe realizar la denuncia ante la Fiscalía Penal; 2) embarazada de entre 14 y 16 años, si el embarazo es producto de una relación con un adulto se configura como el delito de estupro conforme al Código Penal. Se denuncia ante la Fiscalía Penal; 3) si el embarazo es fruto de una relación entre pares, por poner un ejemplo, entre niño y niña de hasta 13 años de edad, se deberá brindar consejería, acompañamiento y comunicar la situación a la Defensoría de la Niñez en los casos en que se requieran medidas de protección para cualquiera de los implicados.

Para realizar la denuncia, cuando ello fuera necesario, no se requiere conformidad de los padres o representantes legales, y es necesario recalcar que el profesional de salud está obligado a denunciar estos hechos.

Fundamentación jurídica: la protección de los derechos del niño y del adolescente está consagrada en la Constitución Nacional, el Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley 57/90. La CN en su artículo 54 establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio

vi. Conforme a los Criterios de Elegibilidad de la OMS, se reconocen los métodos anticonceptivos que pueden ser suministrados a las personas adolescentes (Se entiende por adolescente, según los criterios de la OMS, toda persona de entre 10 y 19 años de edad). Adaptado de Planificación familiar Un Manual Mundial para proveedores. Orientación basada en la evidencia desarrollada gracias a la colaboración mundial. OMS. 2007.

vii. El término potestad, desde una perspectiva jurídica, hace referencia a los derechos atribuidos a una persona (en nuestro caso a los progenitores) para dar debida respuesta a un deber que le ha sido encomendado por el ordenamiento jurídico, en nuestro caso velar por el desarrollo integral de su hija/o.

pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores”.

Por su parte, la obligación de denunciar está recogida en el artículo 5 del CNA, al pronunciarse tal como sigue: “Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente, debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto, al Ministerio Público o al Defensor Público. El deber de denunciar incumbe en especial a las personas que en su calidad de trabajadores de la salud, educadores, docentes o de profesionales de otra especialidad desempeñen tareas de guarda, educación o atención de niños o adolescentes. Al recibir la información, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), el Ministerio Público y el Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen”.

Adicionalmente, los profesionales del ámbito de la salud, en su carácter de funcionarios públicos y “sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o entidades del Estado, tienen las siguientes obligaciones: h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones” (artículo 57 de la Ley de la Función Pública).

3. Caso 3: Niño de 9 años que acude con sus padres a la urgencia con un cuadro de Meningitis Aguda Bacteriana. Los padres se oponen a la realización de métodos auxiliares de diagnóstico y a la internación luego de ser informados que corre riesgo de vida el niño y la posibilidad de contagio

Cómo actuar: si existe riesgo para la vida o integridad física de la niña, niño o adolescente (NNA), el médico debe actuar conforme a la ciencia médica y luego comunicar al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia.

En caso de oposición de los padres o encargados, se debe actuar conforme a la ciencia médica y luego comunicar al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia.

Si existe tiempo para tramitar antes la autorización ante el Juzgado, se deberá hacer previamente.

En caso de que los padres retiren al niño ya sea de manera pacífica o por la fuerza, se debe comunicar de inmediato a la Fiscalía de la zona y solicitar intervención para evitar el riesgo.

Todo debe quedar registrado en la historia clínica por el personal tratante (enfermera, trabajador social, psicólogo, u otra especialidad). Siempre se debe registrar quien acompaña al niño, niña o adolescente.

Fundamentación jurídica: la protección de los derechos del niño y del adolescente está consagrada en la Constitución Nacional, en la Ley 1.680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley 57/90 que acoge la Convención de los Derechos del Niño.

La CN en el Artículo 54.- De la protección al niño, expresa: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los Derechos del Niño en caso de conflicto de intereses tienen carácter prevaleciente”.

Por su parte el Artículo 13 in fine dispone: “En las situaciones de urgencia, los médicos están obligados a brindarles la asistencia profesional necesaria, la que no puede ser negada o eludida por ninguna razón” y el Artículo 17 habilita al profesional de salud a intervenir en determinados casos, sin autorización previa, pero con la obligación de comunicar lo actuado de manera inmediata al procedimiento: “Las Instituciones de Salud públicas o privadas, requerirán la correspondiente autorización de los padres, tutores o responsables cuando deban hospitalizar, intervenir quirúrgicamente o aplicar los tratamientos necesarios para preservar la vida o integridad del niño o adolescente. En caso de oposición del padre, la madre, los tutores o responsables por razones de índole cultural o religiosa, o en caso de ausencia de éstos, el profesional médico requerirá autorización judicial. Excepcionalmente, cuando un niño o adolescente

deba ser intervenido quirúrgicamente de urgencia por hallarse en peligro de muerte, el profesional médico estará obligado a proceder como la ciencia lo indique, debiendo comunicar esta decisión al Juez de la Niñez y la Adolescencia de manera inmediata”.

4. Caso 4: Niña de 13 años de edad embarazada, consulta en el Servicio de Salud por dolor abdominal y otros signos de maltrato (moretones). Se detecta posible abuso sexual por su pareja, un adulto de 25 años con quien convive, con la venia de sus padres. A la consulta acude con su madre

Cómo actuar: en primer término, debe garantizarse la atención integral a la salud; asimismo llevarse a cabo la correspondiente denuncia ante la Fiscalía; todo ello sin perder de vista que las medidas cautelares correspondientes se solicitan ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia a través de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia.

Se debe brindar atención inmediata aunque no venga acompañada por un adulto (padres, tutores o encargados). Se deberá detectar una posible situación de maltrato o violencia (abuso sexual, intrafamiliar, de género) recordando que si se trata de una persona menor a 14 años y el hombre del que quedó embarazada es un adulto, se trataría de un caso de abuso sexual y debe ser denunciado ante la Fiscalía Penal. Si se tratara de una relación entre una adolescente entre 14 y 16 años con un adulto mayor de edad, se trataría del delito tipificado como Estupro. Existen otros tipos penales y situaciones que requieren protección que están descritos en el Manual de Atención Integral a Víctimas en el Sistema de Salud⁽³²⁾ y debe ser consultado por el profesional de salud.

La conformidad de los padres o responsables sobre una situación de violación de derechos, cualquiera sea ésta (uniones de hecho de niñas menores a 14 años con adultos, explotación sexual, abuso sexual, criadazgo, trabajo infantil forzado, etc.) no legitima la situación y toda persona que tenga conocimiento de los hechos, en especial los profesionales de salud (Art. 5, CNA) está obligada a denunciarlos.

Se debe tener en cuenta la edad para proceder a denunciar las situaciones que correspondan: 1) embarazada menor a 14 años de edad en pareja con un adulto se presume abuso sexual, se debe realizar

la denuncia ante la Fiscalía Penal; 2) embarazada de entre 14 y 16 años, si el embarazo es producto de una relación con un adulto se configura como el delito de Estupro conforme al Código Penal. Se debe denunciar ante la Fiscalía Penal. Para realizar la denuncia no se requiere conformidad de los padres o representantes legales, y es necesario recalcar que el profesional de salud está obligado a denunciar estos hechos; 3) si el embarazo es fruto de una relación entre pares, por poner un ejemplo, entre niño y niña de hasta 13 años de edad, se deberá brindar consejería, acompañamiento y comunicar la situación a la Defensoría de la Niñez en los casos en que se requieran medidas de protección para cualquiera de los dos.

Fundamentación jurídica: se debe tener presente la obligación de brindar protección al niño (Art. 54, CN) que expresa: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores”. Se menciona especialmente la protección contra la violencia y el abuso, es decir, el Estado como titular de esta obligación debe poner en marcha todos los mecanismos para dar respuesta ante las situaciones detectadas. Los Servicios de Salud constituyen una puerta de entrada para las víctimas.

La obligación de denunciar está recogida en el Artículo 5 del CNA, De la obligación de denunciar: “Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente, debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto, al Ministerio Público o al Defensor Público. El deber de denunciar incumbe en especial a las personas que en su calidad de trabajadores de la salud, educadores, docentes o de profesionales de otra especialidad desempeñen tareas de guarda, educación o atención de niños o adolescentes. Al recibir la información, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), el Ministerio Público y el Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen”.

Adicionalmente, en carácter de funcionarios públicos y conforme a la Ley de la Función Pública (1626/00) que en el Artículo 57 dispone: “Son obligaciones del funcionario público, sin perjuicio de lo se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o entidades del Estado, las siguientes: h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones”.

5. Caso 5: Niña indígena de 12 años de edad^(viii) llega a la Unidad de Salud de la Familia con embarazo producto de una relación aceptada culturalmente. Tiene VIH positivo y está sin tratamiento. Antecedentes de aborto espontáneo que no fue investigada la causa. Acompaña el líder de la comunidad que solicita los diagnósticos

Cómo actuar: en primer lugar, ha de asegurarse la atención integral a la salud. También debe tenerse en cuenta la Ley 3.940 que establece derechos, obligaciones y medidas preventivas con relación a los efectos producidos por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Asimismo, no puede obviarse el derecho a la confidencialidad y el respeto al secreto profesional, aunque se trate de una persona de pueblos indígenas. Lo anterior no es óbice para que pueda consultarse a la usuaria acerca del procedimiento a seguir conforme a sus normas en cuanto a estar acompañada durante la consulta. Por último, y en caso de posible abuso sexual o violencia, se aplica el mismo procedimiento que el establecido para el Caso 4.

Fundamentación jurídica: en este caso, se debe mencionar la disposición general de la Constitución Nacional que hace referencia a los Pueblos Indígenas: Artículo 62.- “De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguay. Por su parte el Artículo 63.- De la identidad étnica, Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política,

social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”. Es importante señalar los alcances de esta disposición, en especial nos interesa destacar que se reconoce el derecho a aplicar su sistema de organización como bien dice el texto constitucional, siempre que no atenten contra los derechos fundamentales, estos serían en el caso planteado, el Derecho a la Vida, a la Integridad Física y a la Salud, por tanto, para el caso, se aplicaría la ley y no la costumbre.

Se debe tener presente la obligación de brindar Protección del Niño (Art. 54, CN) en concordancia con el Principio del Interés Superior, Artículo 3 del CNA, que establece: “Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”. La niña perteneciente a un pueblo indígena, debe ser igualmente protegida de todo tipo de violencia, ya que como cualquier otra persona de su edad se encuentra en desarrollo. Esta protección debe hacerse efectiva aunque la práctica esté culturalmente aceptada, ya que como mencionamos más arriba, en un Estado de Derecho, donde existe ley, no existe costumbre.

Se debe además escuchar a la niña sobre su situación y evaluar. El personal de salud deberá dar el mismo trámite que a los demás casos evitando la discriminación por motivos de raza o etnia.

6. Caso 6: Adolescente de 15 años que es traída por la persona adulta referente a un servicio de salud para solicitar examen físico y ginecológico que certifique el inicio o no de las relaciones sexuales

viii. Para la mayoría de los pueblos indígenas, la adolescencia inicia con la aparición de la menstruación en las mujeres y, con la capacidad económica para los varones. Al inicio de la adolescencia hacen un ritual en la comunidad para socializar que la persona entra en esta etapa de la vida.

Cómo actuar: brindar consejería a la persona adulta referente (mama, papa, tío, abuela, novio adulto, patrona) sobre el Derecho a la Intimidad y el Derecho al Ejercicio de la Salud Sexual y Reproductiva de la persona adolescente. Igualmente, facilitar consejería con la adolescente reforzando el Derecho a la Intimidad y la Confidencialidad.

También deben detectarse situaciones de violencia. Solo se hará una evaluación física con el consentimiento de la adolescente. De tal modo que si se detecta alguna situación de violencia (psicológica, física, abuso sexual), se debe denunciar a la Fiscalía.

Fundamentación jurídica: La Ley reconoce el Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva (Art. 14, CNA) incluyendo el Secreto Profesional, por tanto el profesional no debe romper este principio. Adicionalmente debe tener en cuenta los Deberes y Derechos de los padres, que en general se remiten a velar por su desarrollo integral (Artículo 71, CNA) en este sentido su potestad no es absoluta.

Por otro lado, recordarán su obligación de detectar situaciones de violación de derechos (Art. 5, CNA) y de guardar el Secreto de las Actuaciones (Art. 29, CNA). En este sentido, los profesionales y personal de salud deben ser celosos de toda la información que llega a su conocimiento para velar de manera efectiva por el derecho a la persona.

7. Caso 7: Adolescente varón que se presenta al servicio de salud para su atención. El adolescente tiene ropa femenina y solicita que se administre un tratamiento con hormonas femeninas

Cómo actuar: garantizar la atención de la salud sin hacer juicios de valor; informar sobre las implicancias del tratamiento hormonal, orientar en base a las preguntas y fomentar el acompañamiento familiar en la toma de decisiones; mantener la confidencialidad de la petición que ha hecho el adolescente; en el caso de la insistencia del adolescente de iniciar tratamiento hormonal, informarle sobre necesidad de autorización de progenitores. Referir para apoyo multidisciplinario; recordar que todas las personas usuarias deben recibir el modelo de Atención integral incluidas las personas trans según protocolos vigentes. El seguimiento a la persona para que reciba todos los servicios y prestaciones que se pueden ofrecer desde

salud (acompañamiento psicológica, social, física); respetar la forma en que la persona quiere ser llamada, en lo administrativo utilizar el nombre legal. según las normas se debe respetar la orientación sexual y la identidad de género de las personas (lesbianas, gays, inter sex, quer, bisexual y transexual); contar con la autorización de la persona adolescente para informar a los progenitores sobre la situación salvo que esté en riesgo la vida o integridad física; en la situación actual salud pública no cuenta con las hormonas solicitadas por tanto se debe brindar información y consejera; no romper la confidencialidad de la petición que ha hecho el adolescente; si se tratara de una adolescente mujer que pide la implantación de prótesis mamarias, se debe seguir el mismo procedimiento.

Fundamentación jurídica: Se deberá tener en cuenta la no discriminación, ampliamente recogida en nuestra legislación, así el Artículo 46.- De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios. Por otro lado se tendrá en cuenta el Secreto Profesional (Art. 14 CNA) y la necesidad de la autorización de los padres o representantes legales para los casos de tratamientos como lo establece el Artículo 17 CNA. La necesidad de contar con autorización no implica en ningún caso romper la confidencialidad sin autorización del adolescente, se debe igualmente respetar su Derecho. Se deberá explicar la situación al adolescente y en todo caso, a pedido de este, mediar con sus referentes para explicar la situación.

CONCLUSIONES

El reconocimiento del Derecho a la salud sexual y reproductiva queda claro en nuestro ordenamiento jurídico, no se puede negar, pues, su ejercicio autónomo por parte de las personas adolescentes. Al mismo tiempo queda claro que en la Legislación paraguaya se acogió el principio de la autonomía progresiva de las personas menores a 18 años. Esta autonomía progresiva tiene un reconocimiento de carácter general, lo que implica la posible admisión legislativa de casos de excepcionalidad, en los que podría existir necesidad de representación.

Para hacer efectivo este reconocimiento los profesionales y servicios de salud deben reconocer a la persona adolescente como sujeto de derechos y brindar atención integral teniendo en cuenta los atributos que se proponen como indispensables para lograr el ejercicio efectivo de derechos, tales como: disponibilidad, visibilidad, calidad, calidez, confidencialidad, satisfacción, flexibilidad y coordinación.

Adicionalmente el servicio y los profesionales deben denunciar las situaciones de violación de derechos que llegan a su conocimiento.

El Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

cuenta con el IMAN y la Libreta de Salud del Adolescente, ambos aprobados por resolución y por tanto de implementación obligatoria en los servicios de salud. No obstante, se detectaron vacíos legales en cuanto al reconocimiento de la autonomía progresiva de los adolescentes en normas operativas y administrativas, y por tanto se recomienda aprobar los Métodos anticonceptivos para adolescentes por Resolución Ministerial lo que respaldará su implementación por parte de los profesionales a la hora de aplicar la política pública en los servicios de salud. Por otro lado se ve necesario el impulso de un proyecto de ley que garantice el acceso de los adolescentes a los servicios de salud.

REFERENCIAS

1. Ravetllat I. Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia; 2015.
2. Lama A. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia: Tirant lo Blanch; 2006.
3. Gete-Alonso C. Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica. *La Notaría*. 1998; 11-12: 48-53.
4. García A. Sobre el respeto a la autonomía del paciente. En: Casado M, editor. *Bioética y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2000. p. 198.
5. Ruíz J. La capacidad del menor en el ámbito sanitario. En: Pous de la Flor MP, editor. *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Exlibris; 2009. p. 81-82.
6. García MJ. Alcance de la autonomía de la voluntad del menor maduro: el camino de la incoherencia legislativa. *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*. 2012; 157:99.
7. González P. Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica. *La Ley*. 2005; 6326: 1618-1620.
8. Craven-Bartle J. La prestación del consentimiento informado por el paciente: desde las exigencias legales a la práctica médica. En: Abel X, editor. *El Juez civil ante la investigación biomédica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; 2005. p. 129-153.
9. Ravetllat I. El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario. Barcelona: Huygens; 2013.
10. Aguilar ML. Embarazo adolescente: un desafío para la salud pública. *Pediatr (Asunción)*. 2013; 40(3): 207-208.
11. García E. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En: García E, Beloff M, editores. *Infancia, ley y democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Depalma; 1998. p. 19-38.
12. Varela C. Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto. *Actualidad Civil*. 1997; 12: 246-275.
13. Cillero M. Infancia. Montevideo: Boletín del Instituto Interamericano del Niño; 1997.
14. Morlchetti A. Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los derechos humanos. *Notas de Población*. 2007; 85: 71.
15. Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia. *Ley 1680/2001: código de la niñez y la adolescencia, convención sobre los derechos del niño y de la niña*. Asunción: Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia; 2013.
16. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC). *Observación general N° 14 (2013): derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Bruselas: CRC; 2013.

17. Gómez de la Torre MC. El interés superior del niño. *Gaceta Jurídica*. 2000;328:23.
18. Gatica N, Chaimovich C. La justicia no entra en la escuela: análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *La Semana Jurídica*. 2002;13:14-16.
19. Eekelaar J. The emergence of children's rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1998;2:161.
20. Feldman D. Civil liberties and human rights in England and Wales. Oxford: Oxford University Press; 1993.
21. Domínguez A. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Madrid: Lex Nova; 2007. p. 359.
22. Rivero F. El interés del menor. Madrid: Dykinson; 2007.
23. Santos MJ. Menores y derechos de la personalidad: la autonomía del menor. En: Díaz-Maroto J, Villarejo J, coordinadores. *El menor ante el derecho en el siglo XXI*. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; 2011. p. 65.
24. Lama A. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia: Tirant lo Blanch; 2006.
25. Caso Gillick versus West Norfolk and Widsbech area health authority (1984). *The Law Reports Appeal Cases* 112, (1985) 3 All England Law Repots, 402.
26. Berni R, Mendoza S, Acosta C. Situación actual sobre la vida sexual y reproductiva de las adolescentes: consultorio infanto-juvenil. *Pediatr (Asunción)*. 2012; 39(3):183-188.
27. Cossío P. El consentimiento informado. En: Rivas P, García M, directoras. *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Cizur Menor: Thomson Reuters; 2009. p. 408.
28. Dejesús M. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción: Litocolor; 2009.
29. Ruiz J. La capacidad del menor en el ámbito sanitario. En: Pous de la Flor M, Yáñez F, coordinadoras. *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid. Exlibris; 2009. p. 81.
30. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. *Manual Clínico IMAN (Integración del Manejo de Adolescentes y sus Necesidades)*. Asunción: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; 2014.
31. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. *Libreta de Salud para el y la adolescente*. Asunción Dirección General de Salud Integral de la Niñez y Adolescencia; 2012.
32. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. *Violencia intrafamiliar y de género: manual de atención integral a víctimas en el sistema de salud*, Paraguay 2012. Asunción: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; 2012.