

# La anticoncepción en menores de edad: una mirada desde el Bioderecho.

## CONTRACEPTION IN MINORS: A LOOK FROM THE BIOLAW

Pág. 12-17

Recibido: 10 junio 2019

Aprobado: 13 junio 2019

Dr. Alejandro A. Marín Mora<sup>1</sup>

1 Médico, Máster en Bioderecho por la Universidad de Murcia, España

Farmacéutico de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) San José, Costa Rica.

### Resumen:

La anticoncepción en menores de edad puede despertar inquietudes éticas y legales más que médicas, ya que los nuevos anticonceptivos hormonales y los tradicionales de barrera han demostrado eficacia y seguridad en esta población, sin embargo, algunos sectores todavía pueden cuestionar su uso en las personas menores de edad.

**Palabras clave:** anticoncepción hormonal, personas menores de edad.

### Abstract

Contraception in minors can arouse ethical and legal consultations rather than medical, since new hormonal contraceptives and traditional barrier have evaluated the efficacy and safety in this population, however, some sectors can still question their use in people minors

**Keywords:** hormonal contraception, minors.

Un análisis del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia encontró que las personas menores de edad requieren en ciertos países del consentimiento de sus tutores legales para solicitar servicios e insumos de salud sexual y reproductiva (SSR), prevención y atención del VIH. Sin embargo, este reporte analizó que este requerimiento no guardaba relación con las normas que establecen la edad de consentimiento para iniciar relaciones sexuales,

sin que medien consecuencias penales. Por ello una persona joven que inicia su vida sexual a la luz de la legalidad, no debería esperar hasta la mayoría de edad para acceder libremente a los servicios de SSR, pues es en este período en que las y los adolescentes son más vulnerables a los embarazos no deseados y a contraer infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH.

Para efectos de Costa Rica merece la pena recordar preceptos que recoge nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia, como lo son sin fin exhaustivo: el Interés superior del menor, el Derecho a la información, el Derecho a la privacidad y el Derecho a la atención médica.

Dicho lo anterior, y ante el amplio número de documentos normativos que, aunque de distinto rango convergen en el tema, no se puede desconocer que la condición que prima es el denominado “interés superior del menor”.

Si bien es conocida e irrefutable la doctrina del “menor maduro”, que sienta su desarrollo con la sentencia británica en caso de Gillick V. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority., donde se puede leer; “...*La capacidad de un menor para tomar sus propias decisiones dependen de que tenga suficiente comprensión e inteligencia, y no debe determinarse en función de una edad límite que haya sido fijada en el plano judicial...*”<sup>1</sup>. Siguen las distintas autoridades e instituciones obligadas a velar y proteger el interés superior del menor; integrando ambos conceptos, doctrina del “menor maduro” / interés superior del menor; nace



así la obligatoriedad del derecho de la persona menor de edad a la información y al asentimiento informado, conforme no solo su edad cronológica sino su capacidad y grado de madurez.

El interés superior del menor se ha configurado como principio del Derecho en las últimas décadas. La concepción de protección de los niños, por el ordenamiento jurídico se puede encontrar en el sistema costarricense y en otros del entorno, desde hace tres décadas. Muestra de ello es la Convención de los Derechos del Niño (1989)<sup>2</sup>, que establece el principio del interés superior del niño en su artículo 3, como criterio rector de todas las medidas tomadas tanto por instituciones públicas como privadas.

La representación de los menores se va haciendo tanto menos necesaria, cuanto mayor sea la madurez y capacidad de comprensión del menor respecto de la realidad que lo rodea. Así, a menor edad, más lógica y adecuada parece la necesidad de acudir a los mecanismos de protección y representación que supone la tutela de los menores

La autoridad del pater familias toma especial importancia en la toma de decisiones que afectan al menor, al carecer éste de la responsabilidad y consciencia necesarias para otorgarles validez jurídica y efectos vinculantes<sup>3</sup>. Sin embargo, la representación legal de los menores tiene como límites el interés del representado.

Si bien el término “mejor interés” o “interés superior” describe genéricamente el bienestar del menor, no es posible establecer una definición exacta sobre su significado, pues siempre deberá colocarse en relación a una serie de contextos individuales, dentro de los que destacan, la edad y el nivel de madurez del niño, la presencia o ausencia de sus padres o tutores, y el tipo de decisión a tomar, sea presente o futura. El principio de interés superior del menor debe ser considerado en

cada circunstancia, en cada decisión que afecte o pueda afectar a futuro a un menor. Por ello y en el caso particular de la anticoncepción deben valorarse todos los cursos de acción posibles a nivel clínico para, de entre ellos, elegir la acción que mejor respete el interés del menor.

El respeto a la personalidad del menor y a su libre desarrollo conlleva la necesidad de reconocerle cierto ámbito de autonomía para determinar, en la medida que su madurez se lo permita, la línea de desarrollo que considere más proporcionada con sus propias cualidades, lo que conlleva la necesidad de reconocerle un progresivo ámbito de actuación de forma independiente y conscientemente responsable.

Por lo tanto y en la misma línea de ideas no se debe considerar que el “menor” es un “incapaz”; por el contrario, es una persona cuya capacidad de obrar y/o actuar está limitada, lo cual justifica en este punto la función tuitiva que debe representar la patria potestad.

Para Rivero Hernández el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos), sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa)<sup>4</sup>.

En este orden de ideas la doctrina ha señalado que: “el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en todo el curso de la minoría. Está relativizado por su finalidad primaria: el provecho y guarda de la persona y bienes del menor, en tanto éste sea incapaz de gobernarse por sí mismo. En ningún caso, la personalidad del menor puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal”<sup>5</sup>.

En base a lo anterior, al determinar el mejor interés del menor, se deben considerar todos los derechos que puede tener el joven adolescente.



Se debe tomar en consideración toda la realidad, todas las perspectivas como se mencionó, no solo clínica, sino además social, educativa y familiar que lo rodea, atendiendo a su opinión. En cualquier caso, si entraran en conflicto distintas disposiciones legales, siempre se habrá que tener en cuenta la que garantice los mayores estándares de protección. El principio del mejor interés del menor se configura como un marco de referencia irrenunciable para los órganos jurisdiccionales que deban interpretar cualquier normativa o situación que requiera tomar decisiones que afecten a un menor.

Tanto la doctrina como la praxis clínica vienen considerando que algunos menores tienen la suficiente capacidad para recibir información referente a su salud y para otorgar el consentimiento por sí mismos<sup>6</sup>. El proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario se desdobra en un conjunto de derechos, entre los cuales se encontraría el consentimiento informado propiamente dicho, así como el derecho a recibir información adecuada o el derecho a la confidencialidad sobre dicha información clínica.

En un ejercicio de derecho comparado podemos apreciar como para Andreu Martínez<sup>7</sup>, en el artículo 162 del Código Civil Español, se establece una cuestión vital a la hora de estudiar los derechos relativos a la salud y su ejercicio por los menores de edad, el artículo 162 expresa: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º- Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.”* Esto instituye que los derechos de personalidad no pueden ser objeto de patria potestad. Por lo que podríamos entrar a debatir sobre la categorización de la salud sexual y reproductiva como derechos relativos de la personalidad.

Habiendo definido claramente los conceptos de menor maduro e interés superior del menor pueden observarse dos grandes supuestos en el tema que nos acontece, partiendo de la realidad legal de Costa Rica.

El primer supuesto se desarrolla en la prescripción y despacho de tratamientos anticonceptivos a personas con edades comprendidas entre los 15 y 18 años, ya que la legislación estable como edad para las relaciones sexuales consentidas entre personas menores de edad -mayores de 15 años- y personas mayores de edad, donde la diferencia entre ambos no sobrepase los siete años.

El segundo supuesto se desarrolla para la prescripción y despacho de tratamientos anticonceptivos en personas menores de quince años, donde la legislación no permite relaciones sexuales entre menores de quince años y personas mayores de edad.

El criterio para determinar dos supuestos se basa en la división que establece el Código Penal en su artículo 159.

Ahora bien, debe señalarse que la Ley No 9406 de Relaciones Impropias y Abusivas al modificar el Código Penal en su artículo 159, no penaliza las relaciones entre menores, por lo que solamente podría plantearse un supuesto: la prescripción y despacho de tratamientos anticonceptivos en personas menores de edad, sin distinción de edad. Sin embargo, es prudente hacer un distinción de edades para considerar ciertos aspectos relevantes.

Como revelan las estadísticas del INEC para el año 2017 presentadas a continuación, la situación amerita acciones por parte de todas las instituciones gubernamentales, académicas y sociedad civil.



**Cuadro 1. Total de nacimientos por grupos de edades de la madre, según provincia de la residencia de la madre, 2017**

Provincia de residencia de la madre	Grupos de edades de la madre									
	Total	Menos de 15	15 - 19	20 - 24	25 - 29	30 - 34	35 - 39	40 - 44	45 y más	Ignorada
<b>Total</b>	68 816	301	9 849	18 390	17 943	13 969	6 789	1 468	79	28
San José	20 332	59	2 478	5 237	5 411	4 437	2 244	430	27	9
Alajuela	14 839	73	2 168	4 148	3 915	2 899	1 310	306	15	5
Cartago	6 852	25	826	1 740	1 823	1 522	761	147	8	-
Heredia	6 163	23	696	1 562	1 604	1 389	729	153	6	1
Guanacaste	5 675	23	935	1 552	1 462	1 069	504	117	9	4
Puntarenas	7 316	43	1 296	1 986	1 878	1 326	636	144	5	2
Limón	7 639	55	1 450	2 165	1 850	1 327	605	171	9	7

Fuente: INEC (disponible en: <http://www.inec.go.cr/poblacion/nacimientos>, último acceso 30 setiembre 2018).

**Legalidad en el segundo supuesto: “Prescripción y despacho de tratamientos anticonceptivos a personas menores de edad comprendidas entre los 13 y 15 años.**

Con la aprobación de la Ley N° 9406, en la cual se reformaron el Código Penal, el Código de Familia, el Código Civil y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones, se despenaliza las relaciones sexuales entre dos personas menores de edad. Dicho de otro modo, esta legislación no limitó las relaciones sexuales entre pares.

Resultaría sencillo argumentar que la Ley N° 9406 al establecer los 15 años, como edad para lo que puede denominarse el “consentimiento sexual”, impediría a una institución prestadora de servicios de salud la prescripción y el despacho de tratamientos anticonceptivos a personas menores de quince años.

Sin embargo, debe recalcar que la legislación actual no impide o penaliza que dos personas menores de edad -que no estén diferenciados por más de cinco años en su edad cronológica- puedan mantener relaciones sexuales que culminen con un embarazo no deseado.

Si la anterior premisa es veraz, de ella nace la obligatoriedad del estado social de derecho, de brindar una serie de recursos que velen por un desarrollo sexual y reproductivo afectivo, -no abusivo- y en el cual se garanticen todos los derechos de los niños(as) y adolescentes, entre ellos la consejería educativa y el acceso a los métodos que eviten un embarazo no deseado.

Son amplios los estudios que desde la psicología, economía y trabajo social entre otras disciplinas, han analizado las dimensiones del embarazo en adolescentes, recomendando a los estados velar y dirigir acciones a evitarlos, por las múltiples secuelas físicas, emocionales y socio-económicas que poseen, por ello y en aras de proteger a esta población, en resguardo del interés superior del menor, y en base a la legislación actual en materia penal que no limita las relaciones sexuales entre pares, el Estado bajo criterio técnico del prescriptor debe garantizar el acceso oportuno a educación y tratamientos médicos de naturaleza anticonceptiva y de protección a enfermedades de transmisión sexual.

Asimismo, resaltan para argumentar la figura de “salud pública” los datos que señala la Encuesta



Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva 2010: “la mayoría de las personas encuestadas señalaron haber iniciado las relaciones sexuales entre los 15 y 19 años de edad (60,2% hombres y 59,7% mujeres); sin embargo, se observó que los hombres iniciaron antes pues un 20,9% reportó su primera relación con penetración vaginal entre los 10 y 14 años, comparado con un 9,8% por parte de las mujeres. La edad promedio de inicio de relaciones sexuales en hombres fue 15,2 años y en mujeres, 15,8 años”.

A lo anterior se suman las enfermedades de transmisión sexual, para el periodo 2002-2012, el Ministerio de Salud registró 224 casos de VIH en el grupo poblacional de 10 a 19 años (15 casos en el grupo de 10 a 14 años, y 205 casos en el grupo de 15 a 19 años).

Así las cosas, se puede concluir para ambos supuestos y regidos por el principio de legalidad, que encuentra su fundamentación en el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia No. 7739, así como en los artículos supracitados del Código Penal y basados en el riesgo para la vida y salud del y la adolescente, y en procura de garantizar su derecho a la salud, su interés superior, y en respecto a la doctrina del menor maduro; es potestad y obligación del profesional en salud la prescripción del método anticonceptivo y de protección pertinente según su criterio clínico.

Por último no podemos finalizar sin mencionar las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud donde establece líneas de acción para la prevención de embarazos, infecciones de transmisión sexual y VIH en personas adolescentes, entre las más importantes señala: Informar y empoderar a las niñas, mantener a las niñas y adolescentes en la escuela, Influir sobre las normas culturales para disminuir el respaldo al matrimonio temprano, educación sexual integral y brindar consejería, información y acceso a métodos anticonceptivos, entre otras. Estas recomendaciones están basadas en evidencia científica y al impacto que han tenido a nivel mundial, por ejemplo, en el año 2012, el uso de anticonceptivos contribuyó a prevenir

218 millones de embarazos no planificados en los países en desarrollo, sí como 55 millones de partos no planificados, 138 millones de abortos (40 millones de ellos inseguros), 25 millones de abortos involuntarios y 118.000 muertes maternas.

Así mismo OMS recomienda los anticonceptivos de larga duración para la población adolescente, desde la menarca, en específico el dispositivo intrauterino con levonorgestrel, los implantes subdérmicos y los inyectables combinados mensuales y asociados al método de protección de barrera, el condón. Por lo tanto, se concluye que el país actúa a derecho y con ética al proporcionar métodos anticonceptivos y educación en sexualidad y afectividad a la población joven y adolescente.



## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- 1 Gillick V. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1985, 3 All Er, Pág. 402, 423.
- 2 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones elaborado en Nueva York, el 19 de diciembre de 2011. BDE. núm. 27, de 31 de enero de 2014.
- 3 Junquera De Estéfani, R., Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?", en S. Adroher Biosca y F. De Montalvo Jaaskelain (ed.), Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Madrid, Thomson-Aranzadi/Comillas, 2008, pp. 488-489.
- 4 Rivero Hernández, F., El interés del menor, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 56.
- 5 Durán Ayago, A., La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico, España, Colex, 2004, pág. 30.
- 6 Curbelo, D., "El consentimiento informado en el menor de edad. Revisión a la luz de la nueva normativa", en Boletín Canarias Pediátrica, Vol. 27, 2003, nº 3, página. 339.
- 7 Andreu Martínez, B. Consentimiento por sustitución. En: Salcedo J. R, director, Andreu MB, Fernández JA, coordinadores. Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho. Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 159.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

- UNICEF. Análisis sobre legislaciones y políticas que afectan el acceso de adolescentes y jóvenes a los servicios de SSR y VIH en América Latina. 2015
- Ministerio de Salud de Costa Rica. Norma Nacional para la Atención Integral de la Salud de las Personas Adolescentes: Componente de Salud Sexual y Salud Reproductiva. 2015

