

Texto traducido y reproducido con autorización de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO): Cook, R. J., Erdman, J.N., Dickens, B.M., "Respecting adolescents' confidentiality and reproductive and sexual choices" 109 *International Journal of Gynecology and Obstetrics* Vol. 98, pp. 182-187, 2007.

EL RESPETO POR LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS/LOS ADOLESCENTES Y SUS OPCIONES SEXUALES Y REPRODUCTIVAS

R.J. Cook ^a, J.N. Erdman, ^b B.M. Dickens ^a *

- a. Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Adjunto de Bioética de la Universidad de Toronto, Canadá.
- b. Directora de la Clínica en Equidad de la Salud y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá.

Sinopsis

Recientemente el Poder Judicial ha comenzado a aplicar las normas sobre confidencialidad contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto, ha facilitado la reducción de las tasas de embarazo adolescente, aborto, y la propagación de enfermedades de transmisión sexual.

Resumen

Las/los adolescentes, grupo que comprende a individuos entre 10 y 19 años de edad, constituyen un creciente desafío para la salud reproductiva. Las relaciones sexuales de las/los adolescentes contribuyen a la tasa mundial de embarazos no deseados, abortos, propagación de enfermedades de transmisión sexual (ETS) -incluyendo el VIH- y la mortalidad y morbilidad materna. Una de las barreras a la anticoncepción y a la interrupción del embarazo adolescente es la creencia de que en derecho, aún las/los menores de edad que son lo suficientemente maduros intelectualmente como para otorgar su consentimiento, requieren de la autorización, o al menos de la notificación previa, de sus padres o custodios. Así, en muchos casos las/los adolescentes tratarán de evitar que sus padres se enteren renunciando a un cuidado reproductivo adecuado. Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha aplicado los derechos humanos referentes a la confidencialidad reconocidos internacionalmente, por ejemplo aquellos contenidos en la Convención del Niño, que no exigen una edad mínima. Dichos fallos contribuyen al reconocimiento jurídico moderno de que las/los adolescentes con madurez suficiente pueden solicitar no solamente anticonceptivos, abortos o tratamiento para las ETS, sino que también pueden elegir cuando sus padres deben ser informados.

Palabras

Clave: Confidencialidad adolescente; confidencialidad de las/los adolescentes; Derecho Humano a la Confidencialidad; Convención sobre los Derechos del Niño; Confidencialidad en salud reproductiva; Menores Maduros; Derechos de los padres.

* Autor de contacto. Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 84 Queen's Park, Toronto, Canada, M5S 2C5. Tel: 1+ (416) 978-4849; Fax: 1+ (416) 978-7899. Correo electrónico: bernard.dickens@utoronto.ca (B.M.Dickens)

1. Introducción

Las definiciones internacionales reflejan una ambivalencia en cuanto a si las/los adolescentes se asemejan más a los adultos que a las/los niñas/os, y viceversa. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la “adolescencia” como aquella que ocurre entre los 10 y 19 años de edad, [1] mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, ratificada casi universalmente, declara en su Artículo 1° que un “niño” es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” a no ser que mediante leyes vigentes que le sean aplicables haya alcanzado la mayoría de edad con anterioridad, como por ejemplo con el matrimonio. Es así como muchos de los considerados “adolescentes” por la OMS son “niñas/os” bajo la CDN.

Aquellos padres que han criado a sus hijos adolescentes desde el nacimiento y que están acostumbrados a un comportamiento anterior inmaduro o a sus juicios inocentes, les cuesta reconocer la emergente sexualidad y capacidad en desarrollo de sus adolescentes para tomar sus propias decisiones, y responsabilizarse por ellas. Las sociedades paternalistas reflejan la misma renuencia a reconocer que ciertos jóvenes adolescentes pueden ejercer responsablemente opciones morales respecto de su sexualidad y reproducción. La madurez sexual fisiológica emergente de las/los adolescentes muchas veces no se ve acompañada de la aceptación de padres o de la sociedad respecto de su madurez psicológica para actuar responsablemente como seres sexuales.

Las necesidades sexuales y reproductivas de la población adolescente mundial son un desafío para las/los ginecólogas/os, especialmente en países en desarrollo económico. Se calcula que más de 1,2 billones de personas en el mundo tienen entre 10 y 19 años de edad y 87 por ciento viven en países en desarrollo.[2] Una cantidad dolorosa de adolescentes, en especial de sexo femenino, de países de todo tipo de desarrollo económico, son vulnerables al abuso sexual y la explotación, con una participación no consentida en actos sexuales, incluso cuando no es violenta.[3] En estos casos la profesión médica se une en defensa de su protección familiar y social. Sin embargo, las responsabilidades especiales de los profesionales surgen en referencia a los actos sexuales voluntarios de las/los adolescentes, ya que tienden con mayor frecuencia que los adultos a tomar riesgos y experimentar sexualmente, incluyendo la práctica de sexo inseguro y parejas sexuales simultáneas. La mayoría de las actividades sexuales practicadas por las/los adolescentes a nivel mundial son de carácter inseguro. [4]

Las tasas de enfermedades de transmisión sexual (ETS), incluyendo el VIH, los embarazos que concluyen en nacimiento o en aborto (la mayoría inseguros), y aquellas tasas de mortalidad y morbilidad materna entre las/los adolescentes demuestran que se necesita con urgencia proveerles de servicios de salud sexual y reproductiva, y que se requiere eliminar las barreras sociales, legales y de cualquier tipo para su provisión. A nivel mundial, jóvenes entre 15 y 24 años de edad presentan las tasas más altas de ETS, representando casi un 60 por ciento de las personas recientemente infectadas y la mitad de aquellos que viven con VIH.[4] En el año 2005, más de la mitad de las 5 millones de personas que a nivel mundial se estima han contraído VIH se encuentran en este mismo grupo etario; la mayoría son jóvenes mujeres y niñas. [5] En África subsahariana el 75 por ciento de las personas infectadas de VIH, dentro de este grupo etario, son de sexo femenino. [6]

La corta edad agravada por la pobreza, malnutrición, mala educación, estatus social bajo o marginalizado, y la inaccesibilidad a los servicios de salud contribuyen al embarazo adolescente. Asimismo, el hecho de que el embarazo adolescente ocurra dentro del matrimonio no disminuye el riesgo que implica para la vida y salud de la adolescente embarazada. Cada año, más de 14 millones de adolescentes dan a luz, [7] más del 90 por ciento ocurre en países en desarrollo [8], representando un estimado del 15 por ciento de la carga mundial de enfermedades por condiciones maternas y un 13 por ciento de las muertes maternas. [9] Es más, las/los adolescentes representan sobre el 14 por ciento de los abortos inseguros, [9] entre 2,2 y 4 millones de 19 millones de abortos ilegales cada año. [10]

2. Capacidad jurídica

Las leyes muchas veces establecen límites de edad a las/los adolescentes que intentan ciertas actividades, como la compra y consumo de alcohol o tabaco, presentarse a cargos públicos o votar en elecciones, firmar un contrato comercial, manejar vehículos motorizados, contraer matrimonio y mantener relaciones sexuales. Muchas de estas leyes marcan una división cronológica estricta transformando una actividad que es ilegítima diariamente, hasta un cumpleaños determinado, en legítima pasada la media noche.

No obstante, las normas que regulan la edad de consentimiento a un procedimiento médico tienden a ser interpretadas en forma contextual. Es decir, reconociendo que algunas personas que se encuentran por debajo de la edad legal para consentir a un procedimiento médico pueden poseer la madurez suficiente para comprender sustantivamente los aspectos necesarios para tomar una decisión por sí mismas. Por ejemplo, un niño de 8 años que sufre una lesión ya sea jugando, en un accidente de tránsito, o en alguna actividad doméstica, puede otorgar un consentimiento jurídicamente válido con el objeto de recibir tratamiento médico apropiado, aún en ausencia de una situación de emergencia. El derecho no le exige al menor continuar en una situación de riesgo de infección o de discapacidad hasta que una persona con autoridad parental apruebe el tratamiento. Es posible realizar este tipo de distinciones debido a que los adultos que tienen responsabilidad parental sobre menores de edad

asumen el deber legal de otorgar su consentimiento y proporcionar el cuidado médico indicado, y pueden verse en el riesgo de tener que responder bajo normas penales y/o de bienestar social (leyes de protección a menores) si rehúsan autorizar o proveer dicho cuidado.

El concepto en derecho médico del “menor maduro” ha sido ampliamente aceptado, [11] reforzado por su reconocimiento judicial mediante tribunales que respetan el derecho y los instrumentos sobre derechos humanos. [12] El asunto relativo a la provisión de cuidados y consejos sobre anticoncepción surgió en 1986, cuando el Alto Tribunal del Reino Unido determinó, en el influyente caso *Gillick*, que las jóvenes menores de 16 años de edad podían otorgar su consentimiento, sin mediar autorización o conocimiento por parte de sus padres, siempre y cuando posean capacidad jurídica. Las líneas generales para determinar si poseen capacidad o no fueron determinadas por el tribunal mediante acuerdo, [13] aunque un ministro agregó que:

Es una cuestión de hecho determinar si una menor que está buscando consejería tiene el suficiente entendimiento de lo que implica otorgar un consentimiento válido en derecho... una joven de menos de 16 años de edad tiene mucho que asimilar si es que se le va a otorgar capacidad jurídica para consentir a dicho tratamiento [anticonceptivo]. No es suficiente con que entienda la naturaleza del consejo que se le está dando, sino que es necesario que tenga la madurez suficiente para entender todo lo que involucra. Existen interrogantes morales y familiares, especialmente referente a la relación con sus padres; problemas a largo plazo relacionados con el impacto emocional del embarazo y su interrupción; riesgos a la salud por mantener relaciones sexuales a temprana edad, y riesgos que la anticoncepción puede disminuir pero no eliminar. De esto se sigue que un doctor tendría que estar convencido de que la menor es capaz de apreciar estos factores antes de asumir que ella tiene en derecho la capacidad para consentir a un tratamiento anticonceptivo. [14]

Muchos tribunales que dicen aplicar el concepto del menor maduro no han aplicado estrictamente este criterio expansivo, aún en revisión, ya que podría causar que a las jóvenes que fracasan en cumplir con este estándar de capacidad, pero que no quieren involucrar a sus padres, no se les provea de tratamiento médico. Así, podrían encontrarse bajo el riesgo de contraer una ETS, incluyendo VIH, y verse enfrentadas a un embarazo no deseado. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Alberta falló que una menor de edad era competente para otorgar su propio consentimiento a un aborto a pesar de las objeciones de sus padres que alegaban que ella no contaba con la comprensión moral necesaria. [15]

3. Los derechos humanos de las/os niñas/os

Otro análisis que los jueces están tomando en cuenta es el cambiante escenario jurídico producto del respeto a los derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que todas las naciones con excepción de

sólo dos han ratificado. El artículo 5 declara que “[l]os Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres...de impartirle [al niño], en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas...” Igualmente, el artículo 14 también aplica el concepto de capacidad en evolución, señalando que

“1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

De igual manera, en mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de las normas del Código Penal que criminalizaban todo tipo de aborto, incluyendo aquel realizado con el consentimiento libre e informado de una adolescente menor de 14 años de edad. [16] La Corte señaló que la jurisprudencia constitucional, reflejando la CDN, reconoce que una menor de cualquier edad tiene derecho a la autodeterminación de manera apropiada a su madurez emocional e intelectual, incluyendo decisiones sobre su salud y reproducción.

Los derechos humanos están en conflicto entre la demanda de un padre de su derecho a ser notificado en forma previa a que se provea consejería médica anticonceptiva, tratamiento para una ETS o un aborto solicitado por su hija y el derecho de la adolescente a la confidencialidad médica. Dicho conflicto fue resuelto en enero de 2006 en el caso *Axon* del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra, a favor del derecho humano a la confidencialidad de la adolescente. [17] El tribunal respaldó el fallo del caso *Gillick* de 1986 que establece los lineamientos para la entrega de servicios de salud reproductiva sin previa notificación parental, [13] pero reconoció que el juez que proveyó los lineamientos observó también que “las costumbres sociales cambian, y el derecho debiera tomar -y de hecho toma- en cuenta dichos cambios cuando éstos son significativos.” [18]

El juez en el caso *Axon* citó positivamente una sentencia de 2005 de la Corte de Apelaciones de Inglaterra respecto de la determinación de la capacidad de las/os niñas/os, que enfatizaba la obligación jurídica de dar cumplimiento a la CDN y a la Convención Europea de Derechos Humanos. El fallo señaló que “los jueces se enfocan correctamente en la suficiencia del entendimiento del niño y, en la medición de dicha suficiencia, reflejan el alcance que tiene en el siglo 21, una apreciación más aguda de la autonomía del niño y su derecho consecuente a participar en el proceso de toma de decisiones que afectan su vida familiar en forma fundamental.” [19]

La sentencia en el caso *Axon* observó de manera similar que “el derecho de las/os jóvenes de adoptar decisiones sobre sus propias vidas, incluso a expensas de la opinión de sus padres, se ha convertido en un aspecto aceptado e importante de la vida familiar.” [20] Se citó jurisprudencia favorable de la Corte Europea de Derechos Humanos en la

cual se declara que “La Corte reitera que en las sentencias judiciales donde los derechos... de los padres y de los niños se encuentran en conflicto, los derechos de los niños deben constituir la consideración primordial.” [21]

El enfoque de los derechos humanos difiere del enfoque del “menor maduro” puesto que en este último se presume que las/os niñas/os que se encuentran debajo de la edad legal mínima para otorgar consentimiento médico no tienen capacidad, por lo que hay que probar que han alcanzado la madurez suficiente, mientras que los derechos humanos son inherentes a los seres humanos de todas las edades. De esta manera, las/os adolescentes pueden invocar sus derechos humanos por derecho propio y aquellos que se opongan tienen la carga de probar que la aseveración de las/os adolescentes de sus derechos infringe inadmisiblemente los derechos humanos de los demás. En *Axon*, por ejemplo, se falló que el derecho a la confidencialidad de las/os adolescentes no infringe el derecho de los padres a formar parte de las decisiones de sus hijas/os adolescentes.

4. Salud sexual y reproductiva

a) Debut sexual. Se ha observado que “una motivación importante para casarse con niñas de temprana edad es el hecho de que el matrimonio a temprana edad evita el sexo prematrimonial. Muchas sociedades valoran la virginidad antes del matrimonio y esto puede manifestarse en un número de prácticas desarrolladas para ‘proteger’ a las niñas de actividades sexuales no autorizadas” [22] Dichas prácticas tienen la supuesta finalidad de proteger el honor de las niñas y sus familias e incluyen la criminalización del sexo con mujeres solteras o jóvenes menores de edad, y la exigencia del consentimiento de los padres en materia médica o normas sobre su notificación. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos no establece una edad mínima para el matrimonio. La CDN mantiene silencio en este tema, pero el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) exige reconocer el derecho “del hombre y de la mujer a contraer matrimonio... si tienen edad para ello,” (Art. 23(2)) y que “El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (Art. 23(3)). Esto sugiere que, en principio, las/os adolescentes incapaces de otorgar libre y pleno consentimiento no pueden contraer matrimonio.

En muchas sociedades, en virtud de las reformas educacionales y económicas, las mujeres se casan más tardíamente que en el pasado, pero su conocimiento sexual comienza con anterioridad. Es así como el período que va entre su iniciación sexual y su matrimonio es más largo. Las/os adolescentes no requieren del consentimiento o conocimiento de sus padres para iniciarse sexualmente, y los tribunales reconocen que las leyes que impiden a las/os adolescentes protegerse en contra de los riesgos asociados a las ETS y el embarazo son anacrónicas, y violan los derechos humanos a la salud sexual y reproductiva y a decidir en esas materias.

Una característica a nivel mundial referente a la primera relación sexual de muchos adolescentes y niñas/os menores es que es no consentida, y, a veces, violenta. La vulnerabilidad de las adolescentes y niñas menores se acrecienta en aquellos lugares donde se cree que el VIH se puede curar mediante el coito con una virgen. En estas

circunstancias, es disfuncional condicionar el tratamiento de una ETS y del embarazo a la aprobación de los padres. La instauración de un veto de los padres viola el artículo 24 de la CDN que reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.” Cuando razonablemente se anticipa abuso sexual, por ejemplo durante conflictos armados y en campos de refugiados o desplazados, el mismo artículo también es relevante, dado que exige el acceso a la “atención sanitaria preventiva... y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.” (Art. 24(2)(f))

b) Anticoncepción. Las normas sobre derechos humanos refuerzan las sentencias judiciales como en el caso *Gillick* y *Axon* que establecen el derecho legal de las/los adolescentes de tener acceso a los servicios de anticoncepción y a la consejería. La experiencia demuestra que impedir el acceso no reduce significativamente la exposición voluntaria o involuntaria de las/los adolescentes a las actividades sexuales, [23] sino que les hace vulnerables a las ETS y al embarazo, por lo que aquellas normas prohibitivas que fueron diseñadas para su “protección” son susceptibles de ser contraproducentes. Prácticas como por ejemplo las de Tanzania, donde más de un tercio de los proveedores de servicios establecen edad mínima para entregar condones, son disfuncionales y están mal encaminadas ya que dejan a ambos sexos expuestos a ETS incluyendo el VIH y, además, las mujeres se ven expuestas al embarazo no deseado.

La demanda por establecer restricciones basadas en la edad a las hijas en el acceso a los anticonceptivos hecha en el caso *Gillick* consistía en que el derecho inglés tipifica como delito el mantener relaciones sexuales con personas del sexo femenino menores de 16 años. No obstante, esta normativa tiene como fin proteger a las mujeres jóvenes y no convertirlas en delincuentes juveniles. No son las jóvenes en sí mismas las responsables de la infracción a las normas, sino que sus parejas. Los servicios de salud que proveen consejería y anticonceptivos a las adolescentes, con la finalidad de brindarles protección en contra de las ETS y el embarazo, no forman parte de las infracciones que estas jóvenes de forma voluntaria o involuntaria han cometido.

c) Aborto. En el caso *Axon* se argumentó que, incluso aunque la demanda por notificación de los padres previamente a la entrega de anticonceptivos o consejería/servicios sobre ETS fracasara, el aborto es un caso cualitativamente diferente. Se argumentó que el aborto involucra una intervención invasiva e irreversible, con consecuencias psicológicas y emocionales que pueden prolongarse en el tiempo. Muchas sentencias de los Estados Unidos fueron citadas para apoyar el requerimiento de notificación previa de los padres. Sin embargo, el juez de la causa lo consideró irrelevante, porque dicho requerimiento respondía a una preocupación particular respecto del aborto en la vida pública de los Estados Unidos, e ignoraba los derechos humanos de las/los adolescentes en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la CDN, que los Estados Unidos junto a Somalia son los únicos países que todavía no la han ratificado.

Cuando el aborto es una indicación médica necesaria para la preservación de la vida o la salud física o mental de la adolescente embarazada, éste se ve justificado incluso bajo las legislaciones más restrictivas. Por ejemplo, el Fiscal General ante la Corte

Constitucional de Colombia defendió las normas del Código Penal, que establecían una prohibición total, en base a que permitía oponer la excepción de estado de necesidad médica para procurarse un aborto para salvar la vida y tratar enfermedades que ponen en riesgo la vida de la mujer. [12]

Es más, los padres de adolescentes embarazadas que no satisfacen el criterio de ser consideradas “menores maduras,” no poseen discreción jurídica para negar su consentimiento a un aborto indicado medicamente, desde que su deber jurídico consiste en proveer a sus hijas/os dependientes con el cuidado médico indicado. En efecto, cuando el hospital y los funcionarios públicos peruanos conspiraron para obstruir el acceso de una adolescente al aborto de un feto anencefálico y le exigieron que llevara a término su embarazo y amamantara a su bebe por varios días antes de su muerte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU falló que el gobierno era responsable de violaciones múltiples al PIDCP, incluyendo su fracaso en proveer protección de la salud a una menor, y la imposición de tratos crueles, inhumanos y degradantes. [25] Los gobiernos tienen una responsabilidad similar de garantizar que los padres den cumplimiento a su deber legal de cuidado de sus hijas/os dependientes.

Cuando los adultos responsables por la salud y el bienestar de las adolescentes les niegan u obstaculizan los servicios de aborto que han sido indicados medicamente para protección de su salud física y psíquica, existen fundamentos más fuertes para determinar que las adolescentes son capaces de otorgar consentimiento por sí mismas. Destacada legislación y tribunales de justicia reconocen de forma creciente la disfuncionalidad, que incluso puede clasificarse de crueldad, de negar un aborto a la adolescente que competentemente lo solicita, o a la que le falta la madurez suficiente como para decidir. Por ejemplo, el Alto Tribunal de Sudáfrica declaró la legalidad de la Ley sobre Elección de Interrupción del Embarazo de 1996 que permite a las jóvenes menores de 18 años de edad otorgar su consentimiento informado para el aborto. [26]

d) Esterilización. Una adolescente madura puede otorgar consentimiento de forma independiente a un procedimiento medicamente indicado, por ejemplo, debido a un tumor maligno, que inevitablemente causa esterilidad o riesgo de la misma; sin embargo, un médico que lleva a cabo una esterilización meramente electiva y con fines anticonceptivos de una adolescente en base a dicho consentimiento es susceptible de enfrentar acciones disciplinarias profesionales y/o acciones judiciales. El deber legal de una consejería competente exige a los proveedores de salud dar a conocer las alternativas anticonceptivas a largo plazo que mantienen las opciones futuras. [27] Del mismo modo, los padres de las adolescentes inmaduras o con deficiencias intelectuales no pueden consentir su esterilización anticonceptiva y por tanto cerrar toda posibilidad de una elección reproductiva futura. No obstante, la autorización judicial de dicho consentimiento puede estar disponible en el caso de una adolescente con impedimentos intelectuales crónicos, con el objeto de promover la subsecuente normalización sexual y social libre del riesgo de un embarazo incomprometido. [28] Los padres no necesitan autorización judicial para otorgar su consentimiento a procedimientos médicos indicados que de forma no intencional causan esterilidad o riesgo de esterilidad.

e) ETS/VIH. Se calcula que cada día más de 7.000 jóvenes se contagian con VIH, que representa por lo menos la mitad de todos los nuevos contagios. [29] A excepción del condón femenino, los servicios de anticoncepción a las adolescentes no reducirán estos riesgos de contagio. Aconsejar a las adolescentes la abstinencia sexual prematrimonial es apropiado, siempre y cuando cuente también con asesoramiento referente a las formas de negociar el uso de preservativos por parte de su pareja en caso de una recaída; la educación y consejería basadas únicamente en la abstinencia fracasa, en la práctica, en su meta de proteger a las adolescentes de las enfermedades y el embarazo. [30]

La consejería basada en la abstinencia no protege en contra de la violación y el coito no consentido, y aunque educar a las jóvenes para que eviten conductas de riesgo como el uso de drogas ilícitas o alcohol es útil, la aplicación estricta de estrategias anti-riesgos obstaculiza su normalización social e induce temores injustificados. Las/los proveedores de salud tienen una responsabilidad educacional especial de proteger a las adolescentes de las enfermedades de transmisión sexual incluyendo el VIH. Las técnicas que facilitan la diversidad que apuntan a una educación basada en tener habilidades para enfrentar la vida, como por ejemplo saber negociar sexo seguro, generalmente no se enseña en las escuelas que mantienen un fiel compromiso con ciertas creencias religiosas.[31]

5. Confidencialidad

El fallo en el caso *Axon* [17] confirmó la legalidad de la Guía del Departamento de Salud inglés dirigida a los profesionales de la salud sobre consejería y tratamiento de menores de 16 años de edad referente a la anticoncepción y a la salud sexual y reproductiva. [32] Ésta provee en su síntesis que:

Los doctores y los profesionales de la salud tienen el deber de cuidado y el deber de confidencialidad para con todos sus pacientes, incluidos las/os menores de 16 años de edad.

Esta guía se refiere a las provisiones que tratan de la consejería y tratamiento sobre anticoncepción, salud sexual y salud reproductiva, incluyendo el aborto.

Las investigaciones han comprobado que más de un cuarto de las/os jóvenes son sexualmente activos antes de alcanzar los 16 años de edad [cita omitida].

Las/os jóvenes menores de 16 años constituyen el grupo que menos probablemente use anticonceptivos; la preocupación por la confidencialidad sigue siendo el principal obstáculo para solicitar consejo...

Respecto de los pasos a seguir, esta Guía requiere que:

- Todos los servicios que provean consejería y tratamiento sobre anticoncepción a las personas jóvenes deberán:
 - Elaborar una póliza de confidencialidad explícita que deje en claro que las/los menores de 16 años tienen el mismo derecho a la confidencialidad que los adultos.
 - Anunciar claramente, dentro de la comunidad y los establecimientos donde las/los adolescentes se juntan que sus servicios son confidenciales también para las/los menores de 16 años.
- Los profesionales de la salud que no ofrecen servicios anticonceptivos a las/los menores de 16 años deben garantizar que se harán los arreglos necesarios para que sean atendidos con urgencia en otro establecimiento.

Respecto de la Confidencialidad, la Guía provee que:

El deber de confidencialidad correspondiente a una persona menor de 16 años, en cualquier ámbito, es el mismo que aquel que se debe a cualquier otra persona. Esto está consagrado en los códigos profesionales [cita omitida]...

Sin embargo, el deber de confidencialidad no es absoluto. Cuando un profesional de la salud cree que existe un riesgo a la salud, seguridad o bienestar de una persona joven u otros tan graves como para sobrepasar el derecho a la privacidad del/de la joven, deberán seguir los protocolos locales sobre protección de menores... Cuando se considera divulgar cualquier información a otras agencias, incluyendo a la policía, el personal debe sopesar el derecho a la privacidad del/de la joven con el grado de daño actual o eventual, el objetivo de dicha divulgación y cuáles son los beneficios potenciales al bienestar del joven.

Respecto del Deber de Cuidado, la Guía agrega que incluso si la decisión del profesional es no proporcionar tratamiento, “el deber de confidencialidad se aplica, salvo que concurran circunstancias excepcionales como las descritas arriba.” Esto sigue a la disposición sobre Confidencialidad que “Salvo en la más excepcional de las circunstancias, la divulgación sólo debe efectuarse luego de consultar con la persona joven y ofrecerle una notificación voluntaria.” Es decir, el deber primordial de los proveedores de salud es el de proponer y apoyar la notificación de las/los jóvenes a las personas apropiadas, incluyendo sus padres. En el segundo párrafo de los 156 párrafos de la sentencia en el caso *Axon*, el juez declaró en consecuencia “Hago hincapié en que no existe nada en la presente sentencia que tenga por objeto alentar a las/los jóvenes a buscar u obtener consejo o tratamiento en cualquier tema relacionado con la sexualidad sin que primero informen a sus padres y conversen dichos temas con ellos. En efecto, es de esperar que todos las/los jóvenes debatirán dichas temáticas sexuales con sus padres a la primera oportunidad que tengan.”

El juez de la causa dio su aprobación a la Guía debido a que enfatiza los principios necesarios de los derechos humanos. La sentencia hizo suyas las declaraciones de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1997:

El respeto a la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital en todos los ordenamientos jurídicos de todas las Partes Contratantes al Convenio [Europeo de Derechos Humanos]. Es crucial, no solamente respetar el sentido de privacidad de un paciente sino que también preservar su confianza en la profesión médica y en los servicios de salud en general. [33]

Esto se vio reforzado por la evidencia pragmática que recibió el juez de que entre la sentencia de diciembre de 1984 de la Corte de Apelaciones Inglesa, en el caso *Gillick*, que autoriza informar a los padres, y la resolución de la Cámara de los Lores que revierte dicha sentencia y restablece la exigencia de confidencialidad en 1985, el número de mujeres jóvenes menores de 16 años que solicitaron consejería anticonceptiva disminuyó de 1,7 por mil habitantes a 1,2. La reducción fue de casi un tercio y las tasas de asistencia a los centros de consejería no volvieron a los niveles que tenía pre diciembre de 1984 sino que hasta 1988-9. Esto reiteró la importancia de la advertencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, ante la desconfianza de las/los pacientes en la confidencialidad médica,

aquellos que tienen necesidad de asistencia médica pueden verse disuadidos de entregar información de naturaleza personal e íntima necesaria para recibir un tratamiento apropiado, en incluso de buscar dicha asistencia poniendo en peligro su propia salud y, en el caso de enfermedades transmisibles, la de la comunidad toda. [33]

Esta última observación demuestra como la preservación de la confidencialidad, incluso de las/los adolescentes, trasciende los cuidados clínicos de salud para tomar un rol dentro de la salud pública.

6. Conclusión

Cuando los profesionales de la salud respetan la confidencialidad, y las decisiones reproductivas y sexuales de sus pacientes, actúan respetando las exigencias jurídicas y éticas progresivas de los derechos humanos. Las leyes que exigen la notificación obligatoria de los padres ponen a los proveedores en una situación de conflicto de conciencia. [34] No obstante, cuando se respeta la confidencialidad de las/los pacientes, los proveedores no reemplazan, rivalizan o se convierten en los adversarios de los padres. Los proveedores discutirán y alentarán a las/los pacientes a informar a sus padres ya sea en persona o por medio de los proveedores previo consentimiento. Sin embargo, si es evidente que las/los pacientes que cumplen los requisitos rechazarán el tratamiento y la consejería antes de permitir que se notifique a sus padres poniendo en riesgo su propia salud y posiblemente la de otros, el tratamiento y la consejería se deben entregar en

carácter confidencial, en la misma complicidad proveedor-paciente que los proveedores buscan establecer con las/los pacientes adultos. [35]

Notas Bibliográficas

1. Organización Mundial de la Salud. The health of young people. Ginebra: WHO, 1993, p. 1.
2. UNFPA. Investing in people: national progress in implementing the ICPD Programme of Action 1994 – 2004. Nueva York: United Nations Population Fund, 2004.
3. Jejeebhoy SJ, Shah I, Thapa S (eds). Sex without consent: young people in developing countries. Londres: Zed Books, 2005.
4. Dehne KL, Riedner G. Sexually transmitted infections among adolescents: the need for adequate services. Ginebra: WHO, 2005.
5. Banco Mundial. World Development Report 2007: Development and the New Generation. Washington DC: World Bank, 2006.
6. UNAIDS. 2004 Report on the global AIDS epidemic. Ginebra: UNAIDS, 2004.
7. UNFPA. The state of world population 2004: the Cairo consensus at ten: population, reproductive health and the global effort to end poverty. Nueva York: United National Population Fund 2004, p.76.
8. Naciones Unidas. World population monitoring 2002: reproductive rights and reproductive health: selected aspects. Nueva York: UN 2002.
9. Organización Mundial de la Salud. Pregnant adolescents: delivering on global promises of hope. Ginebra: WHO, 2006.
10. Olukoya AA, Kaya A, Ferguson BJ, AbouZahr C. Unsafe abortion in adolescents. Int J Gynecol Obstet 2001; 75: 137-47.
11. Cook RJ, Dickens BM, Fathalla MF. Reproductive health and human rights: integrating medicine, ethics and law. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 116-8, 276-86.
12. Sentencia C-355 / 06, May 10, 2006 (Corte Constitucional de Colombia).

13. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 Appeal Cases 112 (House of Lords), by Lord Fraser, p. 174.
14. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 Appeal Cases 112 (House of Lords), by Lord Scarman, p. 189.
15. *C. v. Wren* (1986), 35 Dominion Law Reports (4th) 419 (Corte de Apelaciones de Alberta).
16. Sentencia C-355 / 06, May 10, 2006 (Corte Constitucional de Colombia), párrafo 10.2.
17. *R. on the Application of Axon v. Secretary of State for Health*, [2006] Alto Tribunal de Inglaterra y Gales 37 (Tribunal Administrativo); Caso N°. CO / 5307 / 2004.
18. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 Appeal Cases 112 (Cámara de los Lores), by Lord Fraser, p. 171.
19. *Mabon v. Mabon*, [2005] 3 Weekly Law Reports 460 (Corte de Apelaciones), by Lord Justice Thorpe, párrafo 26.
20. *R. on the application of Axon v. Secretary of State for Health*, [2006] Alto Tribunal de Inglaterra y Gales 37 (Tribunal Administrativo); párrafo 79.
21. *Yousef v. Netherlands* (2003), 36 European Human Rights Reports 345 (Corte Europea de Derechos Humanos), párrafo 73.
22. UNICEF Innocenti Research Centre. Early marriage: child spouses. Digest No. 7, Florence, Italy: UNICEF, 2001, p. 6.
23. Marston C, King E. Factors that shape young people's sexual behaviour, a systemic review. *Lancet* 2006; 368: 1581-6.
24. Speizer IS, Hotchkiss D, Magnani RJ, Hubbard B, Nelson K. Do service providers in Tanzania unnecessarily restrict clients' access to contraceptive methods? *Int Fam Plann Persp* 2000; 26: 13-20.
25. *KL v. Peru*, Comité de Derechos Humanos Sesión 85. Caso N° CCPR / C / 85 / D / 1153 / 2003 (Octubre 2005).
26. *Christian Lawyers' Association v. National Minister of Health*, 2004 (1) South African Law Reports 509 (Alto Tribunal de Sudáfrica).
27. Organización Mundial de la Salud. Medical eligibility criteria for contraceptive use. 3rd ed. Ginebra: WHO, 2004.

28. Cook RJ, Dickens BM. Voluntary and involuntary sterilization: denials and abuses of rights, *Int J Gynecol Obstet* 2000; 68: 61-67.
29. Bayley O. Improvements of sexual and reproductive health require focusing on adolescents. *Lancet* 2003; 362: 830-1.
30. Santelli J, Ott MA, Lyon M, Rogers J, Summers D. Abstinence-only education policies and programs: a position paper of the Society for Adolescent Medicine. *J Adolescent Health* 2006; 38: 83-7.
31. Ngwena C. AIDS in schools: a human rights perspective on parameters for sexuality education. *Acta Academica* 2003; 35: 184-204.
32. Department of Health. Best practice guidance for doctors and other health professionals on the provision of advice and treatment to young people under 16 on contraception, sexual and reproductive health. Londrés, Ministerio de Salud, 29 Julio 2004. Número de Referencia Gateway 3382.
33. *Z. v. Finland* (1997), 25 *European Human Rights Reports* 371 (Corte Europea de Derechos Humanos), pp. 405-6, párrafo 95.
34. McNaughton HL, Mitchell EMH, Hernandez EG, Padilla K, Blandon MM. Patient privacy and conflicting legal and ethical obligations in El Salvador: reporting of unlawful abortions. *American J Public Health* 2006; 96: 1927-33.
35. Hobcraft G, Baker T. Special needs of adolescent and young women in accessing reproductive health: promoting partnerships between young people and health care providers. *Int J Gynecol Obstet* 2006; 94: 350-6.