

Expte. n° 480/00 “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

Buenos Aires, 14 de octubre de 2003.

Visto: el expediente indicado en el epígrafe.

resulta:

1. La Liga de Amas de Casa, consumidores y usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia, promueven demanda contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos del art. 113 inc. 2° CCBA y solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5° y 7° de la ley n° 418 de la Ciudad de Buenos Aires, modificada por la ley n° 439 (fs. 62/77).

Manifiestan que las normas impugnadas violan el art. 31 de la Constitución Nacional, toda vez que contradicen normas de la Ley Magna, tratados internacionales y de la legislación nacional dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus facultades constitucionales.

Sostienen que los preceptos que objetan lesionan el *derecho a la vida* (protegido en el art. 75 inc. 23 CN y diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional) al permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto, y la *protección integral de la familia* (tutelada por el art. 14 bis CN, los arts. 37 y 39 CCBA, y diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional), que incluye con carácter fundamental el de educar a los hijos.

Aducen que la norma que autoriza a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos -cualquiera sea su índole- a

menores de edad (quienes encuadrarían dentro de los destinatarios de la ley: “*población en general, especialmente personas en edad fértil*”), sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar, atenta contra el ejercicio de la patria potestad, resguardado en el art. 264 y ss. del Código Civil. Dicho Código Civil, que confiere a los padres la responsabilidad primaria e indelegable en la formación y protección de los hijos a través del régimen de la patria potestad, es una ley nacional que por ende no puede ser modificada, afectada ni reducida por una ley local, lo que ocurre en este caso.

Asimismo, manifiestan que la aclaratoria introducida por la ley n° 439, agravó la confusión porque si bien “... *el nuevo texto requiere expresamente que los métodos y específicos (sic) sean ‘no abortivos’, y que así modifica la redacción de la norma primitiva, que deducía el carácter de no abortivos de que los métodos en cuestión estuvieran aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación ...*” (fs, 69), luego de la reforma el juicio sobre el carácter no abortivo de un método “... *no será, ahora, deducido de una aprobación administrativa, sino que tendrá que ser establecido, en cada caso, por una autoridad científica que la ley no indica ...*” (fs.69 vta.).

Por último, afirman que la Convención sobre los derechos del niño, en diversas disposiciones (preámbulo, arts. 3 ap. 2, 5, 14 ap. 2 y 18 ap. 1) no deroga sino que -contrariamente- refuerza el dispositivo de protección y formación de los menores a cargo de sus padres, que consagra el Código Civil.

2. A fs. 77, en el “otro sí decimos”, los Sres. Miguel M. Padilla, Jorge Adolfo Mazzinghi, Ricardo Ignacio Kennedy, Carlos Miguel Esteva y Roberto Castellano adhirieron a la demanda a título personal. Posteriormente, el Dr. Ricardo Ignacio Kennedy desistió de la acción (fs. 91).

3. El Tribunal, con fecha 27 de septiembre de 2000 (fs. 93/104), declaró parcialmente admisible la demanda, solo en cuanto confronta los arts. 5 y 7 (que consideran destinatarios del derecho a la información y a las prestaciones a personas sujetas al régimen de la patria potestad), y ciertas disposiciones del Código Civil

relativas a dicho régimen; y la declaró inadmisibile, por incompetencia del Tribunal, en cuanto cuestiona el carácter abortivo de algunos métodos señalados en el art. 7 de la ley. Asimismo, tuvo presente la prueba acompañada y ofrecida por la parte actora, y ordenó correr traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad.

Contra dicha resolución los actores interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 140/143), el cual fue declarado inadmisibile por el tribunal (fs. 198/203). A raíz de ello acudieron en queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero desistieron de dicho recurso conforme surge de la resolución acompañada en copia por el Máximo Tribunal de la Nación a fs. 447/448.

4. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó el rechazo de la acción (fs. 169/180).

Señala que la ley 418, y las normas concordantes de la Ley Básica de Salud (art. 4 inc. n y 48 inc. k) fueron dictadas en cumplimiento del claro mandato previsto en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que en distintas disposiciones garantiza la salud integral (art. 20 CCBA), promueve la maternidad y paternidad responsables, para lo cual pone a disposición de todas las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen los derechos reproductivos (art. 21 inc. 4 CCBA), y reconoce los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos básicos (art. 37).

Aduce que la ley 418 encuentra sustento en varios pactos y tratados internacionales, según los cuales la salud reproductiva entraña “... *la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, teniendo libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia ...*” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing -China- en 1995).

La ley tiene por destinatarios a todas las personas en edad fértil, con lo que se intenta no limitar el acceso a los servicios de salud a ninguna persona, y menos a los adolescentes que constituyen un sector de riesgo de embarazos prematuros, abortos y enfermedades de transmisión sexual. Todo ello se apoya en lo establecido en la

Convención de los Derechos del Niño (especialmente en los arts. 12, 13, 18, 19, 23 -ap. 4-, 24 -ap. 1 y 2- y 26), tratado internacional que reviste jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN.

Manifiesta que las normas impugnadas son una herramienta legislativa de prevención, que están a favor de la vida y su objetivo -lejos de ser abortivo- es el de disminuir el número de abortos a través de un mecanismo de información que respete el consentimiento y la libre elección de los destinatarios.

Sostiene que las leyes cuestionadas de ninguna manera afectan la patria potestad, sino que por el contrario pretenden hacer partícipes a los padres de la educación sexual y la procreación responsable de sus hijos. En este sentido, el art. 4 inc. n) de la ley 418 establece como uno de sus objetivos específicos *“promover la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual”*, y el art. 7, inc. e) fija como acción a implementar la *“promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos”*.

5. A fs. 212/236 y a fs. 263/270 dictaminaron el Asesor General de Incapaces y el Fiscal General, respectivamente, y solicitaron el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada.

6. A fs. 449 la jueza de trámite hizo saber a los accionantes que, dentro del plazo de cinco días, debían manifestar lo que estimaran pertinente acerca de la eventual incidencia sobre el objeto de la litis, de lo normado en la ley nacional n° 25.673 de *“Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”*, que entró en vigencia durante la tramitación de la causa.

A fs. 450/451 se expidió la parte actora, y a fs. 455/456 hizo lo propio la parte demandada.

7. En esta causa se presentaron como asistentes officiosos Andrés Gil Dominguez (fs. 108/132), Roberto Nicholson (fs. 239/240), Germán Bidart Campos (fs. 241/249),

Olga Vigliola, en su condición de Directora Ejecutiva de la Asociación Argentina de Protección Familiar (fs. 279/280), Jorge T. Charalambopoulos (fs. 281/288), María Virginia Franganillo (fs. 292/298), Nelly Minyersky, en calidad de Presidenta de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (fs. 331/421), Diana Mafia, en su condición de Defensora del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires provisoriamente a cargo (fs. 422/424), y Clorinda Yelicic, en calidad de diputada y presidenta de la Comisión de Salud de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 427/440).

8. El 25 de junio de 2003 se celebró la audiencia del art. 6 de la ley 402, durante la cual las partes sostuvieron sus pretensiones, y la Asesora General Adjunta y el Fiscal General afirmaron la posición sustentada en sus dictámenes, mientras que varios de los asistentes oficiosos presentados expresaron su opinión sobre la temática (fs. 508/510).

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

I. De conformidad a lo pautado en el pronunciamiento de fs. 93/104, que se encuentra firme, y habiéndose celebrado la audiencia pública prevista en la ley 402 para el trámite de las acciones declarativas de inconstitucionalidad [art. 113.2 CCABA], corresponde dictar sentencia acerca de las objeciones de índole constitucional que los actores formularan respecto de los artículos 5° y 7° de la ley n° 418 —modificada por la ley n° 439—, de “Salud Reproductiva y Procreación Responsable”.

En las normas cuestionadas se dispone:

Art. 5°.— Destinatarias/os. Son destinatarias/os de las acciones de la presente Ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil.

“Se deberán respetar sus creencias y sus valores” (Ley 439).

Art. 7º.— Acciones. Se garantiza la implementación de las siguientes acciones:

a) Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización para cada caso particular.

b) Todos los estudios necesarios previos a la prescripción del método anticonceptivo elegido y los controles de seguimiento que requiera dicho método.

c) Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente (introducido por Ley 439):”

— de abstinencia periódica;

— de barrera que comprende preservativo masculino y femenino y diafragma;

— químicos que comprende: cremas, jaleas, espumas, tabletas, óvulos vaginales y esponjas;

— hormonales;

— dispositivos intrauterinos.

d) Provisión de los recursos necesarios y en caso de ser requerido, la realización de la práctica médica correspondiente al método anticonceptivo elegido.

e) Promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos.

f) Información acerca de que el preservativo es por el momento el único método anticonceptivo que al mismo tiempo previene de la infección por VIH y del resto de las enfermedades de transmisión sexual.

g) Implementación de un sistema de información y registro y de mecanismos de seguimiento y monitoreo permanente sobre las acciones establecidas en la presente Ley con estadísticas por sexo y edad.

- h) Evaluación periódica de las prestaciones.*
- i) Capacitación permanente a los agentes involucrados en las prestaciones de salud reproductiva y procreación responsable con un abordaje interdisciplinario, incorporando los conceptos de ética biomédica y la perspectiva de género.*
- j) Capacitación de agentes de salud, educación y desarrollo social para informar y asesorar en los temas previstos en el artículo 4° de la presente ley.*
- k) Realización de actividades de difusión, información, y orientación sobre los temas previstos en el artículo 4° de la presente ley.*
- l) Diseño e implementación de estrategias de comunicación y educación dirigidas de manera particular a las/os adolescentes, dentro y fuera del sistema educativo.*
- m) Coordinación de acciones entre los distintos efectores tendiente a la constitución de una red de servicios. Seguimiento especial a la población según enfoque de riesgo.*
- n) Coordinación de acciones con diferentes organismos públicos interjurisdiccionales, privados y no gubernamentales, que por su naturaleza y fines puedan contribuir a la consecución de estos objetivos.*
- ñ) Realizar la atención integral del embarazo, parto, puerperio y lactancia en condiciones apropiadas, resguardando la intimidad y dignidad de las personas asistidas.*

El debate sostenido en este proceso no se ha visto afectado, en lo sustancial, por la sanción de la ley nacional n° 25.673, de “Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”.

Según el criterio de los accionantes, en tanto las normas transcritas tienen por destinatarios a la “...población en general, especialmente las personas en edad fértil...”, las acciones que ellas contemplan podrían involucrar a menores sometidos al régimen de patria potestad establecido en el Código Civil, el que se vería así afectado con violación al principio de jerarquía normativa enunciado en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

II. En primer término, cabe señalar que la normativa cuestionada se adecua a las previsiones constitucionales locales.

En efecto, en el artículo 80, inc. 2° de la CCABA se establece que la Ciudad legisla “...*en materia....b) de educación, cultura, salud, medicamentos, ambientes y calidad de vida...*”, áreas que el constituyente consideró de relevancia tal como para otorgarles un tratamiento específico y diferenciado en distintos capítulos de la norma suprema local, de los que se desprenden los lineamientos básicos a los que deben conformarse las políticas y las normas en esta jurisdicción.

Dentro de esos lineamientos, en materia de educación, asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de los derechos e incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual [art. 24, último párrafo].

En materia de salud, al enunciar los lineamientos básicos que debe tener la ley de salud, promueve la maternidad y paternidad responsables y, para tal fin, pone a disposición de las personas, la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos [art. 21, inc. 4°]. También enuncia que la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria [art. 22].

En el artículo 37, reconoce los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y de violencia, como derechos humanos básicos y, en especial, el derecho a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos y, en el artículo 39, de modo relevante para la problemática que nos ocupa, garantiza a los “...*niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral...*” e impone que sean informados, consultados y escuchados, respetándose su intimidad y privacidad.

La norma cuestionada —ley 418, modificada por la 439— se deriva de la ley n° 153, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, que en su artículo 48 establece que “...*se complementa con legislación específica en los siguientes temas:i) régimen integral de prevención del VIH/Sida y enfermedades de transmisión sexual....k) Salud reproductiva y procreación responsable...*”.

Las normas aludidas, tanto en el plano constitucional como infraconstitucional, no han merecido objeción de parte de los accionantes.

Salud y educación son materias en las existen facultades concurrentes entre la Nación y los estados que integran el sistema federal argentino, entre los que se encuentra esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por otra parte, en la última década se ha verificado un claro proceso de transferencia de competencias en tales materias del ámbito federal a las jurisdicciones locales, que se materializara claramente por el traspaso de los establecimientos educativos y sanitarios a las provincias y a esta metrópoli.

Es importante señalar que la totalidad de los *amici curiae* presentados en autos, aún cuando efectuaron sus apreciaciones desde distintas áreas del conocimiento y de la experiencia, coincidieron en poner de relieve la importancia y la utilidad de la ley para el tratamiento de la problemática que constituye su materia.

III. De forma previa a la evaluación concreta de las normas objetadas, es conveniente formular algunas consideraciones generales respecto de aspectos fundamentales del debate que condujera a este pronunciamiento, como son los relativos a la noción de patria potestad, a los derechos personalísimos, a los derechos a la salud y a la información y al marco constitucional general dentro del que éstos se encuentran establecidos.

a.1) El art. 264, primer párrafo, del Código Civil, define a la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

La autoridad que se reconoce a los padres no es un fin en sí misma, pues se encamina a cumplir con las finalidades a las que, de forma expresa, alude la norma; que son la protección y la formación integral de los hijos (Lloveras, Nora; “Código Civil y normas complementarias” dirigido por Bueres, Alberto y coordinado por Highton, Elena, t.I, p.1197).

La transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia, es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones sociales de la familia misma. Cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos, y aún despóticos, vínculos de sujeción al poder paterno —como ocurriera en el mundo helénico o romano o con el instituto del Munt del derecho germánico primitivo, aún cuando éste presentaba un mayor sesgo protectorio—; pero la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto y ello ocurre porque, a medida que el Estado va cobrando poder, la familia, que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. De tal modo, la patria potestad se corresponde, en su contenido, con las funciones que cumple la familia en el contexto social [conf. Zannoni, Eduardo A., “Derecho Civil, Derecho de Familia”, a. edición, T° 2, págs. 641 a 647. ED. Astrea. Buenos Aires, 1989].

Una evaluación de la regulación de la patria potestad desde la sanción del Código Civil nos permite advertir cómo se ha dado entre nosotros la evolución del proceso al que aludiera. En efecto, el originario artículo 264 del Código Civil disponía: *“La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”*. Como se advierte, la norma sólo hablaba de derechos de los padres y no aludía a los deberes de éstos en la configuración del sistema, como la actual. Esa definición no exteriorizaba, pues, un vínculo paterno—filial integrado por sujetos cuyos intereses resultarían igualmente respetables, ni mucho menos una relación que pueda ser concebida en términos de valor equivalente. En 1919, con la sanción de la ley 10.993, comienza a establecerse un régimen de protección de la infancia, en el que el Estado, a través de los jueces, podía actuar en concurrencia con la actividad de los padres y así, por esa norma, se modificó el texto del artículo 264, que expresó: *“La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos”*. A partir de allí, y a través de la sanción de diversas normas —como la ley 11.357 y la 14.367— el contenido de la noción de patria potestad está sustentado en la relación

derecho—deber y en la coordinación de actividades desarrolladas por la familia y por el Estado.

La configuración de la relación derecho-deber, ha consagrado en el derecho argentino la llamada “cláusula de beneficio de los hijos”, que impone un modo de ejercer la autoridad paterna; siempre con la mira puesta en el interés del menor (conf. Bísvaro, Beatriz, “La patria potestad ejercida en interés de los hijos”; L.L. 1989-A-574). Ello se compadece, por otra parte, con lo establecido en los artículos 3.1., 18.1. y 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que integra nuestro bloque de constitucionalidad y que, por ello, proyecta sus pautas a todo el sistema jurídico argentino del que ha quedado eliminada toda idea de primacía o prerrogativa paterna (Belluscio, Augusto; “Manual de Derecho de Familia”; p. 504).

Se advierte así que el núcleo de deberes y de derechos que contempla la patria potestad no ha permanecido cristalizado en el tiempo. Por el contrario fue evolucionando de acuerdo con las ideas generales de la sociedad en las distintas épocas, adecuándose a los cambios y a las nuevas exigencias sociales. Tal evolución ha sido imprescindible para evitar uno de los fenómenos que en mayor medida puede afectar la validez y la vigencia del orden normativo, como es la disociación entre el mundo real y el mundo jurídico.

Toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación es la de permitir el desarrollo de un sujeto autónomo. Los menores van adquiriendo “competencias” en función de su madurez psíquica, grado de educación alcanzado, circunstancias sociales, entorno familiar, etc. Al ser humano no le viene dada la autonomía sino que ésta se forja a través de la educación, que aparece, así como la principal función de los padres. .

De esta forma, y teniendo especialmente en cuenta las pautas establecidas en la Convención de los Derechos del Niño (que integra la Constitución Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 22 inc. 75), ha quedado definido el perfil actual de la patria potestad en consonancia con las modernas orientaciones jurídicas en la materia.

Puede afirmarse, por consiguiente, que la noción de subordinación a la autoridad paterna no depende sólo de lo reglado en la legislación infraconstitucional de nuestro

país sino también de lo dispuesto en los tratados y pactos internacionales que la Constitución incorpora a su texto, siendo —incluso— de orden jerárquico superior lo establecido en ellos frente al supuesto de controversia con la ley civil (art. 31 CN).

Así definido e integrado el concepto de patria potestad, se destacan lineamientos básicos e insoslayables del régimen de tutela aplicable a los menores de edad, en virtud de los cuales no se discute que: 1) el niño es titular de todos los derechos inherentes a su condición de persona, 2) goza, además de derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación; 3) los padres o encargados de la custodia del niño son los responsables de su crianza y educación y de velar por su bienestar y 4) el *mejor interés del niño* es el principio que rige toda la actividad relacionada con ellos (conf. Nilda Susana Gorvein y Marta Polakiewicz, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, ED, 165—1283).

a.2) Nuestra ley civil establece dos categorías de menores, sujetos a patria potestad: los incapaces absolutos de hecho —hasta los catorce años de edad, quienes no pueden realizar por sí ningún acto jurídico— (art. 54 CC) y los incapaces relativos de hecho —entre los catorce y los veintiún años de edad, quienes pueden realizar válidamente los actos que la ley expresamente autoriza, como hacer testamento, comparecer en juicio criminal o reconocer hijos— (art. 55 CC).

Esta demarcación de las facultades de actuación de los menores resulta razonable en relación con los derechos que conllevan la asunción de responsabilidades y obligaciones para las cuales, eventualmente, el menor no goza de la madurez suficiente —v.gr.contraer matrimonio—, pero no encuentra justificación suficiente cuando de lo que se trata es de ejercer derechos personalísimos.

Los derechos personalísimos son, por naturaleza, insusceptibles de ser ejercidos por representante pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad, que implica, en esencia, la facultad de decidir y elegir por sí mismo, en tanto no afecte derechos de terceros (Gorvein y Polakiewicz, op.cit).

En este aspecto, existe, por un lado, la obligación del Estado de adecuar sus políticas públicas para garantizar efectivamente los derechos que se les reconocen y que

resultan de la condición humana en sí misma y, por otro, el deber de los padres de ejercer sus prerrogativas para “impartirles en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención” (art. 5º, Convención de los Derechos del Niño). Como consecuencia de ello, las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños (Gorvein y Polakiewiwz, op. cit)

Los menores evolucionan desde un estadio de incompetencia absoluta para ejercer por sí los derechos de los que son titulares, hacia una madurez gradual, que culmina cuando adquieren la plena capacidad de ejercicio, con lo que cesa su sujeción a la patria potestad. Este curso evolutivo del menor en relación a sus competencias se encuentra contemplado por la ley, que establece la distinción entre incapaces absolutos y relativos, a la que aludiera anteriormente.

No ocurre lo mismo en cuanto a los derechos personalísimos, ya que no existe en el código civil un reconocimiento de las distintas etapas de evolución psicofísica ni una gradación en el nivel de decisión al que pueden acceder para participar en la decisión de cuestiones trascendentes para sus vidas, como las relativas a las cuestiones vinculadas con la salud reproductiva.

La doctrina distingue entre “capacidad” y “competencia”. Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por ello y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada, a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Si la persona no tiene esa edad o no está emancipada, el contrato médico, por ser un acto negocial, debe ser celebrado por los representantes legales. Competencia es un concepto perteneciente al área de ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar [Kemelmajer

de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en “La persona humana”, pag 249 y ss. Ed. La Lay. Buenos Aires, 2001].

La noción de competencia se vincula con el discernimiento; se trata de “...*un estado psicológico empírico en que puede afirmarse que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal...*” [conf. Lorda, Pablo Simón, citado por Kemelmajer de Carlucci, op.cit.]

En Inglaterra y en Holanda, los dieciséis años de edad establecen el límite a partir del cuál el sujeto puede requerir la provisión de servicios médicos sin intervención de su padre; en especial de análisis relativos a la presencia del Virus de Inmunodeficiencia Humana, VIH. En el primero, se estableció el estándar jurisprudencial del sujeto “Gillick competent” para valorar la aptitud de los menores de edad para comprender el contenido de un acto médico y en Holanda se admite la realización de algunas prácticas médicas a menores entre los doce y los dieciséis años, cuando éstos pueden comprender el contenido de conducta del acto. La legislación de estos países, al igual que la francesa, prevé el no anoticiamiento de los padres, pues se ha comprobado que esta seguridad de preservación del secreto profesional frente a ellos, en los casos pertinentes, facilita la concurrencia de los adolescentes a los centros asistenciales y, con ello, la prevención y el tratamiento oportuno de las patologías que pueden presentar.

Pero desde la óptica del sistema jurídico no es lógico que consideremos que hay en esta esfera de actuación un espacio carente de regulación que sólo puede ser completado por un rígido sistema de autoridad paterno, de subordinación absoluta del menor a los criterios establecidos por sus responsables; porque ello no se compadecería con las pautas establecidas en el bloque de constitucionalidad que preside nuestro orden normativo, que impone el respeto de la vida, la salud y la dignidad de todos los sujetos que a él se conforman, que les asegura la garantía de una adecuada provisión de información y que, en el caso de los menores establece como pauta de valoración la de respeto a su interés prevalente. Se impone, por el contrario, considerar la interacción padre—hijo como la herramienta hábil para vincular el respeto a los derechos

personalísimos del hijo con los deberes y derechos que les caben a los progenitores para su formación y cuidado.

El proceso hacia la autonomía personal o autodeterminación requiere, en forma relevante, de la función socializadora de los padres, pues son ellos quienes en forma indelegable —entre nosotros, no así en el ordenamiento francés, en el que el art. 376 y ss. del *Code* admite la delegación de la autoridad parental— tienen la responsabilidad de cuidado y formación del niño.

En el camino hacia la autonomía se verifican diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño, operativas en función de la madurez psicofísica de los menores. Así, el primer escalón está constituido por el principio “del mejor interés del niño”, en un nivel inmediatamente superior se encuentra el derecho a la información, luego el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y, por último, la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Dentro de este régimen, cada una de las secuencias implica que se ha respetado la anterior, desde el primer nivel, en el cual la decisión será del representante hasta llegar a la posibilidad de que el menor pueda actuar conforme a su propio criterio.

Esta es una forma razonable de reconocimiento de los derechos personalísimos: el respeto de las diferentes etapas de evolución de las personas menores de edad. Es propio del proceso de crecimiento que el niño evolucione acorde con su edad y madurez y que, conforme va creciendo, los padres le otorguen mayor autonomía en la atención de sus necesidades de alimentación, higiene, en sus relaciones sociales y en la formación de sus gustos y criterios. Un progenitor que pretendiera seguir haciendo lo mismo que cuando su hijo era pequeño, vistiéndolo, bañándolo, ingresando junto a él a todos los lugares, escuchando sus conversaciones, etc., incurriría en un ejercicio antifuncional de la patria potestad, en conductas que inclusive los tribunales podrían impedir. La guía y educación de los padres es por cierto adecuada y bienvenida, mas no su intervención personal en cada acto de la vida de los hijos menores, cada vez menos a medida que van creciendo (conf. Highton, Elena y Wierzba, Sandra, “El consentimiento informado”, p. 621).

b) Empero, ello no obsta a que el Estado colabore con la función desarrollada por los padres y que establezca así ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación y lleve a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines. Debe tenerse presente que, de no hacerlo, estaría incumpliendo su deber de garantía en cuanto al efectivo reconocimiento de los derechos personalísimos del niño, lo que puede, generar responsabilidades en el plano del derecho internacional; como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del Pacto de San José de Costa Rica [conf. arts. 28.2 —cláusula federal— y 63.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Trujillo Oroza c. Bolivia”, sentencia del 27 de febrero de 2002].

Es natural que en un país que ha abierto sus fronteras a la inmigración, como lo hiciera la República Argentina, convivan grupos con variedad de costumbres y de creencias. Desde el punto de vista de la organización del Estado, ha sido necesario establecer determinadas pautas que permitieron transmitir a la población parámetros comunes básicos; como ocurriera con las normas que regularan el sistema de educación pública, que contribuyeran a estrechar los espacios interculturales y a propender a la igualdad efectiva de los habitantes del país. Tales normas jamás han impedido que cada grupo familiar educara a sus hijos conforme a criterios particulares, admitidos por las normas de convivencia y reconocidos por el Estado y es por ello que en el artículo 14 de la Constitución Nacional se garantiza la libertad de culto y en el artículo 12, inc. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos se enuncia que *“Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Que el Estado arbitre los medios para que los habitantes del país puedan contar con un mínimo de información que se estima adecuado para su formación y desarrollo no implica necesariamente que todos los destinatarios vayan a acceder a ella; pues es claro que si algún niño ha recibido en su hogar determinadas pautas religiosas o axiológicas y considera que el respeto de ellas es importante para su vida no habrá de requerir mayor información que la que le ha sido proporcionada por su núcleo familiar.

Del mismo modo, cabe señalar que si el menor desea recibir mayor información y esta no le es proporcionada en su entorno educacional estrecho, puede requerirla de canales oficiales que aseguran un mínimo de calidad en los contenidos, como ocurre con los establecimientos educativos. En todos los casos, tal información será por él asimilada conforme a los principios y valores en los que ha sido educado.

Temer que el mero acceso a la información por parte de un chico podría desvirtuar los principios con los que ha sido educado importa tanto como cuestionar su solidez, peso específico y valor educativo.

El derecho regula la intersubjetividad según los valores preeminentes en un determinado tiempo y espacio; el ordenamiento normativo convierte a la relación humana en jurídica. En el ámbito de los grupos familiares, en los que se ejerce la patria potestad, se verifica la existencia de subsistemas de normas y valores que rigen la conducta de sus integrantes. Esas normas y valores deben conformarse al marco jurídico general establecido por el derecho común, que rige la vida de la sociedad toda, por lo que pueden mantener su vigencia más allá del ámbito de privacidad, en tanto no contraríen esas normas generales.

En el caso de los menores, el sistema jurídico prevé la posible existencia de supuestos de contraposición entre el interés de sus progenitores y el del menor, evaluado al abrigo de los principios generales que orientan el orden normativo y, por ello, ha establecido la figura del Defensor de Menores [art. 59 del Código Civil], como órgano protagonista de la protección y regulación de los intereses de los niños. Cabe recordar que los chicos, en el ámbito familiar, pueden ser educados para que alcancen su desarrollo pleno; pero también que, como nos muestran a diario los casos llevados ante los tribunales, los medios de comunicación y las calles, pueden ser sometidos a situaciones de violencia, crueldad y explotación, por lo que el Estado no puede dejar que el proceso educativo quede librado al exclusivo arbitrio de los padres.

La educación sexual no sólo permite que el tránsito hacia la pubertad se desarrolle como un proceso natural, sino también que los menores que son víctimas de agresiones sexuales —aún en el propio ámbito familiar en el que reciben pautas de conducta de parte de quienes ejercen la patria potestad— puedan comprender la

naturaleza ilícita de ellas [conf. Escardó, Florencio, “Los derechos del niño”, pág. 69. Eudeba. Buenos Aires, 1985].

Los padres, en ejercicio de los derechos-deberes que le acuerda el régimen de patria potestad, deben educar a sus hijos conforme las pautas que consideran idóneas para su formación y desarrollo, teniendo en mira el interés de ellos. Y así habrá padres que educarán a sus hijos en una determinada religión y otros que no lo harán y algunos les indicarán que no deben mantener relaciones sexuales prematrimoniales y otros no las objetarán. El Estado no puede legislar para unos, en detrimento del estilo de vida de otros; sino que debe adoptar las políticas que mejor contribuyan al desarrollo de los programas de vida de todos los grupos religiosos, culturales y comunitarios.

No obstante, es un hecho que la educación paterna no siempre logra aprehender los distintos aspectos de la persona en evolución de un niño en curso a la juventud. La experiencia nos indica que, a menudo, padres que educan a sus hijos bajo severos cánones de moral y religiosidad ven cómo éstos abrazan con el tiempo estilos de vida y concepciones de las cosas que difieren notoriamente de los parámetros con los que fueron instruidos, y viceversa.

Teniendo en consideración lo expuesto, cabe establecer que, desde el punto de vista de la política gubernativa, una ley como la aquí cuestionada cumple satisfactoriamente con pautas mínimas de preservación de la diversidad de los grupos religiosos y culturales; pues no impone ni la adopción de una determinada concepción de la vida ni la utilización de métodos anticonceptivos. Los padres que no cuenten con información sobre estas materias, pueden acceder a contenidos serios que les permitan formar criterios para transmitir a sus hijos y debatir con ellos; los que tengan un criterio que discrepe con esos contenidos, pueden también discutir con sus hijos acerca de ellos y persuadirlos con sus argumentos. Pero lo que ningún padre podrá hacer será considerar que sus hijos son moldes vacíos que pueden ser llenados con cualquier contenido; porque ello importaría tanto como despersonalizarlos, cosificarlos, lo que no puede ser convalidado en derecho. Educar es tanto dirigir y encaminar como desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño [conf. Diccionario de la

Lengua Española, Real Academia Española, 21ª edición, tº a—g, pág. 791. Madrid, 1992].

Por vía de hipótesis, debemos aceptar como posibilidad que existan supuestos en los que los jóvenes adviertan que sus padres no son idóneos —por cuestiones de maduración, formación o de concepción dogmática— para proporcionarles la información relativa a su salud reproductiva, que consideran necesaria para su desarrollo, por lo que es razonable que cuenten con fuentes objetivas e idóneas donde requerirla.

c) La vida, la integridad personal y la salud, están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo, como bienes que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente y en las últimas décadas, se han incorporado a los bloques de constitucionalidad, en un proceso que se ha denominado como “civilización del Derecho Constitucional” o “constitucionalización del Derecho Civil”.

La salud es un derecho humano fundamental, que encuentra reconocimiento y tutela en diversos tratados y pactos internacionales, incorporados a la Constitución Nacional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22): Declaración de Derechos Humanos de la ONU (arts. 3º y 8º); Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales (art. 12, 1 y 2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (art. 26, que debe leerse con remisión al art. 33 de la Carta de la O.E.A.); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24º, inc. 2º). En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales que se aplican en el ámbito interno de nuestro país, se encuentra el derecho a la salud física y mental, en el sentido que la define la OMS, no como ausencia de enfermedad sino como “equilibrio físico-psíquico y emocional”

Aún antes de la incorporación de los tratados internacionales del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional al bloque normativo que preside nuestro sistema jurídico, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido que era obligación del

Estado la de “proteger la salud pública” [Fallos 31:273], obligación impostergable, de “inversión prioritaria” [Fallos 323:1339]. Tal concepción del rol del Estado en lo atinente a la adecuada satisfacción del derecho a la salud de la población se adecua a las previsiones de la Declaración de Alma-Ata, resultado de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, de 1978.

Progresivamente, la salud ha sido reconocida, a nivel nacional e internacional, como un derecho humano, es decir, como inherente a la dignidad humana, de tal forma que el bienestar físico, mental y social, que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York en 1946, señala que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

El Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos, encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad —art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; entre otros— y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas o de la circunstancia de encontrarse los niños bajo el cuidado de sus padres; pues lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todas las áreas del gobierno [art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño].

IV. Descrito el sustrato jurídico en el que se asienta el debate que nos ocupa, cabe analizar la constitucionalidad de cada una de las acciones previstas por la ley que se cuestiona en su art. 7º y su implementación con respecto a los destinatarios previstos en el art. 5º.

El referido artículo 5° establece como destinatarios de la norma a la población en general, lo que no es objetado por los demandantes, y a las personas en edad fértil, en especial. Este último aspecto es el cuestionado en la causa, en tanto en dicho concepto quedan comprendidos niños sujetos al régimen de patria potestad. En razón de la modificación introducida por la ley 439, la norma prevé, también, que en todos los casos se deberán respetar las creencias y valores de los sujetos.

La constitucionalidad y razonabilidad de la inclusión de niños —tomado el concepto con la extensión que le da la Convención de las Naciones Unidas— en el conjunto de destinatarios de las acciones previstas en el artículo 7°, debe ser evaluada frente a los distintos supuestos que comprende la ley.

La lectura de los distintos incisos que componen el artículo, permite establecer que los identificados como “a”, “f”, “g”, “j”, “k” y “l”, se vinculan, primordialmente, con la provisión de información, que los apartados como “c”, “d” y “ñ”, atañen a la prescripción y provisión de métodos anticonceptivos y que los señalados como “h”, “i”, “m” y “n”, aluden a aspectos relativos al funcionamiento logístico y operativo del sistema implementado por la norma, por lo que —desde el punto de vista de este pronunciamiento— la validez de su contenido está en relación de accesoriedad con el debate principal.

El inciso “e”, en tanto promueve la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos, no puede considerarse comprendido en la objeción general formulada en este proceso, como tampoco puede serlo la imposición de respeto a las creencias y valores de los sujetos involucrados, a la que aludiera anteriormente.

Por razones de orden metodológico, en los apartados siguientes habremos de considerar los dos grupos de cuestiones temáticas señaladas en primer término; esto es, las relativas a la provisión de información y a la prescripción y provisión de métodos anticonceptivos.

a) La información objetiva sobre criterios a adoptar para el cuidado de la salud, a disposición del público en general, no puede vulnerar ni afectar ningún derecho [criterio

del art. 1071 del Código Civil] y contribuye al cumplimiento de una política elemental del Estado, como es la relativa a la atención preventiva de la salud.

Desde el punto de vista de la razonabilidad, la norma supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad, pues no sólo cumple con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en lo que a la garantía de información adecuada y de tutela de la salud respecta, sino que atiende a los requisitos establecidos por los acuerdos internacionales a los que aludiera supra.

Por otra parte, también la disposición guarda lógica desde una razonable política de la administración de los recursos comunitarios por el Estado, pues es claro que la inversión presupuestaria en el otorgamiento de información ha de permitir, lógicamente, reducir los altos costos de atención sanitaria de los síndromes y patologías derivados de contactos sexuales mantenidos sin los recaudos necesarios para una adecuada prevención de los contagios, entre otros supuestos.

La ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable se enmarca dentro de las políticas de salud, no sólo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino ya de la República Argentina, que garantiza los derechos a la salud y a la integridad física a nivel constitucional.

Los fines que persigue esta norma especial, descriptos en el art. 3° como “objetivos generales” son: 1) garantizar el acceso de varones y mujeres a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos; 2) garantizar a las mujeres la atención integral durante el embarazo, parto y puerperio y 3) Disminuir la morbimortalidad materna e infantil.

Entre los “objetivos específicos”, enunciados en el artículo 4°, se establece: prevenir mediante educación e información los abortos provocados; brindar información respecto de las edades y los intervalos intergenésicos considerados más adecuados para la reproducción; garantizar la información y el acceso a los métodos y prestaciones de anticoncepción a las personas que lo requieran para promover su libre elección; otorgar prioridad a la atención de la salud reproductiva de las/los adolescentes, en especial a la prevención del embarazo adolescente y la asistencia de la adolescente embarazada;

difundir la información relacionada con la prevención de VIH/SIDA y otra enfermedades de transmisión sexual, contribuir a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y patología génitomamaria; contribuir a la prevención del embarazo no deseado y promover la reflexión conjunta, entre los adolescentes y sus padres, sobre la salud reproductiva y procreación responsable y la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

Como ya lo señalé, la norma se deriva de la ley básica de salud de la CABA (Ley n° 153) y se corresponde con la política que, en la materia, adopta la Constitución local en cuanto garantiza el derecho a la salud integral (art. 20) y promueve la maternidad y paternidad responsable, poniendo a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicio que garanticen sus derechos reproductivos (art. 21, inc. 4°)

No cabe duda, entonces, de que los fines que persigue la ley tienden a garantizar el derecho a la salud de la población en general y, particularmente, a aquellos que se encuentran “en edad fértil”. En este contexto, y teniendo en cuenta que la ley se corresponde jerárquicamente con los ordenamientos legales superiores, no puede desconocerse que el Estado está facultado —y obligado— a dictar las leyes necesarias para hacer efectiva la garantía del derecho a la salud integral.

Que, dentro de este marco de acción, el Estado implemente acciones —como la información a un grupo de riesgo—, encaminadas a evitar y prevenir enfermedades mortales, como el SIDA, venéreas, o embarazos prematuros, no resulta irrazonable ni arbitrario, ni requiere el consentimiento de los padres de los destinatarios.

La información y asesoramiento acerca de los métodos anticonceptivos es una herramienta eficaz para prevenir enfermedades de transmisión sexual y para educar acerca de la reproducción responsable y, parecería lógico admitir, que una persona que se encuentre en “edad fértil” ha alcanzado el nivel de desarrollo psico—físico adecuado para recibir tal información, en consonancia con la evolución de sus facultades [art. 5° de la Convención sobre Derechos del Niño].

En especial, con respecto a los destinatarios de las campañas de difusión o quienes requieran información personalizada sobre métodos anticonceptivos que,

estando en edad fértil no hayan alcanzado la mayoría de edad legal, es claro lo preceptuado en la Convención de los derechos del niño que dispone: “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a la información y material procedente de distintas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental...” (art. 17).

Es indiscutible que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud integral de la población en general y no sólo de un sector constituido por los mayores de 21 años. Tampoco puede admitirse que el Estado adopte una política de salud dirigida a una categoría de personas determinada por valores y creencias comunes y deje desprotegidas a otras. La acción estatal en materia de salud debe ser lo más amplia posible y comprensiva de la mayor cantidad de personas –menores o no— potencialmente expuestas a los riesgos que se busca evitar.

Adviértase que, en definitiva y de acuerdo con los objetivos que la ley enuncia, de lo que se trata es de proteger la vida, valor máximo de contenido constitucional, para la defensa del cual resultaría absurdo que el Estado debiera obtener un consentimiento o permiso de los representantes del menor

No puede admitirse, en consecuencia, que se requiera —para implementar acciones de prevención y difusión de la información pertinente, materia en la cual la Ciudad ejerce una función indelegable de autoridad sanitaria (art. 22 CABA)— autorización de los padres o responsables de los menores de edad, excluyéndolos en caso de negativa. Tal accionar incurriría en discriminación y tratamiento desigual de ciertos menores con relación a otros.

Por otra parte, tal como se encuentra diseñada la institución de la patria potestad por nuestro derecho interno y por la Convención de los Derechos del Niño, es deber de los padres permitir el acceso de sus hijos menores en edad fértil a la información que proporcione personal idóneo (efectores) seleccionado para llevar adelante las acciones previstas en el art. 7°.

Ello no obsta a que los padres brinden a sus hijos educación sexual de acuerdo con sus propios valores y pautas, como de hecho ocurre en materia de educación, religión, usos sociales, etc. De lo que se trata, y así lo propicia la ley, es de que exista — no una exclusión de los padres o responsables— sino una acción coordinada con la familia para el logro de objetivos específicos como prevenir abortos provocados, prevención de embarazo adolescente, difundir información relacionada con la prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, prevenir enfermedades de transmisión sexual y patologías génitomamaria, contribuir a la prevención del embarazo no deseado, entre otros (art. 4º). Para ello entiende que debe promover la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable.

Esta política coordinada entre familia y estado para preservar la salud sexual y reproductiva de los menores, que no impone valores, creencias, ni formas de anticoncepción, sino que busca preparar a los menores para afrontar con responsabilidad su elección en materia sexual, no puede ser tachada de arbitraria ni de irrazonable

Por el contrario, de impedirse la información, prevención y educación sobre los riesgos que conlleva el contagio de una enfermedad como el SIDA, un embarazo precoz o un aborto provocado, la consecuencia será la desinformación y la desprotección de una parte relevante de la población, justamente la que no ha tenido un acceso apropiado a los conocimientos que hoy en día se debe tener para cuidar la propia salud.

En último término, no puede soslayarse el ya mencionado principio rector establecido en la Convención sobre Derechos del Niño, que es el “mejor interés del niño”. “Este principio tradicional en los textos legislativos vigentes en nuestro país, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (Nahid Cuomo, María de los Ángeles, “La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los tribunales argentinos”, en

“Convención sobre los derechos del niño”, p. 79, obra colectiva dirigida por Inés Weinberg. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2002).

En este aparente conflicto, que en verdad no es tal, claramente aparece como mejor para el interés del menor que se le brinde información, educación sexual preventiva y orientadora, sin dejar de señalar que la implementación de esta política sanitaria no desvincula ni libera a los responsables del niño de sus deberes de cuidado, de formación y de protección respecto de sus hijos menores de edad.

b) La cuestión básica a dilucidar es si puede el menor de edad acceder a los estudios necesarios para la prescripción de un método anticonceptivo y a su provisión, mediando la práctica médica que resulte necesaria, sin necesidad del consentimiento de sus padres o representantes legales.

Para abordar este punto deben tenerse presentes ciertas premisas: 1) el menor de edad está sujeto a la patria potestad de los padres (art. 264 CC); 2) El Código Civil establece la incapacidad del menor respecto de los actos jurídicos; 3) los derechos reproductivos y sexuales y el derecho a la salud son derechos humanos personalísimos y 4) los derechos personalísimos no son, por su naturaleza, susceptibles de ser ejercidos por representante.

Entiendo que debe estudiarse la cuestión a la luz de los principios ya expuestos que delinear el régimen de patria potestad y el sentido que se le otorga a esa institución en la actualidad y a las notas propias que diferencian el ejercicio de los derechos personalísimos del resto.

Analizado el tema desde la óptica del Código Civil, no cabe sostener la necesidad de que, cual si fuera un acto jurídico, la persona deba tener 21 años cumplidos para poder acceder a la prescripción de un método anticonceptivo sin la anuencia paterna. Tal afirmación no superaría el test de la razonabilidad por la sencilla razón de que no tiene base cierta en la realidad. Además, debe admitirse que la ley civil de fondo constituye un ordenamiento legal de jerarquía inferior a la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional, por lo que evidentemente

corresponde estar a lo dispuesto en el tratado internacional, que no fija una edad determinada para el ejercicio de los derechos que enuncia.

De acuerdo con el tratado internacional, cuando no obstante la minoridad un hijo ya tiene discernimiento titulariza derechos que cabe situar en el espacio constitucional de su autonomía personal (Bidart Campos, “Patria Potestad y autonomía personal de los hijos”, L.L., 7-9-2000). Ello surge con claridad de los arts. 12, 13 y 14 de la Convención, que reconocen el derecho a la libre opinión, a la libre expresión –incluido en éste el de buscar y recibir información— y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión., según lo estipula el art. 12 al señalar que: “...los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio...”, en obvia referencia al discernimiento. Finalmente, el art. 14 que obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, reconoce en el punto 2 los derechos y deberes de los padres de “...guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades...”, retomando la idea de que el menor con discernimiento puede decidir válidamente.

Por otro lado, no puede soslayarse la pauta general y básica de la Convención: “el mejor interés del niño”.

De todos modos, aun aplicando la letra del Código Civil, una decisión referida a la recepción de información sobre el propio cuerpo, métodos reproductivos o inclusive aprovechamiento de tales métodos, prestaciones o servicios en cuanto a la salud no contradice el Código Civil por tratarse de meros hechos lícitos o actos no negociales y no de actos jurídicos (Highton, Elena y Wierzba, Sandra, ob. cit., p. 654).

En efecto, con relación a los simples actos lícitos es irrelevante que el sujeto tenga capacidad, bastando con que pueda expresar su voluntad. Para ello, es imprescindible que tengan discernimiento, entendido como la aptitud de “entender” y distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente; abarcando en su valoración las probables consecuencias del acto.

Si bien el artículo 921, primera parte, del Código Civil, siguiendo un criterio rígido y objetivo, fija una edad a partir de la cuál presume iuris et de jure que el sujeto ha obrado con discernimiento, la noción de competencia a la que aludiera anteriormente

presupone la existencia de ese discernimiento, directamente enfocada a la realización de un determinado acto vinculado con los derechos personalísimos del sujeto; pero sin sujetarse estrechamente a pautas de edad como las indicadas en la norma.

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Ciudad de Rosario los días 25, 26 y 27 de septiembre de este año, se concluyó —en despachos aprobados por mayoría— que: *“El adolescente, como sujeto de derecho, es el titular de su derecho a la salud reproductiva y procreación responsable que a su salud le atañe, y por lo tanto, el pleno ejercicio del mismo por él no puede tener restricciones y el Estado debe implementar medidas tendientes a garantizarlo. / La patria potestad no resulta conculcada por las normas contenidas en la Ley de Salud Reproductiva y Procreación responsable”* y que *“Si se promovieran acciones judiciales tendientes a restringir el ejercicio de los derechos relativos a la salud reproductiva de un menor, éste deberá ser citado por el juez para que ejerza personalmente los derechos establecidos en los artículos 12, 13 y 14 de la Convención de los Derechos del Niño”*.

Es admisible que el Estado —sin incurrir en reales intromisiones— adopte políticas que se vinculan con la esfera privada de las personas a las que alude el artículo 5° de la norma cuya constitucionalidad he examinado; ello más allá del credo religioso o de la ideología en los que se fundamente una conducta y aún cuando pretenden hacerse prevalecer los atributos de la patria potestad. Ésta es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos, y resulta contrario a los fines de su institución prevalecer de ella para impedir que el menor sujeto a su régimen reciba la información personalizada, la atención, los elementos y las prácticas sanitarias a las que alude la ley.

En mérito a las razones expuestas, voto porque se rechace la demanda de inconstitucionalidad planteada en esta causa.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. No es ocioso recordar, en el caso, que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de una presunción de constitucionalidad. La

declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de los actores, en casos como éstos, es pesada: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad: esas apreciaciones deben ser canalizadas a través del proceso político regular.

2. De acuerdo con el sistema federal de repartición de competencias, la Ciudad de Buenos Aires es competente para regular y prestar servicios de salud y educación en su ámbito territorial. No se trata de ninguna de las materias de competencia exclusiva del gobierno federal. En el caso específico de la Ciudad de Buenos Aires, tampoco se trata de aquellas materias sobre las cuales la ley 24.588 haya declarado que existe un interés del gobierno federal. De hecho, la política del Gobierno federal en estas dos materias ha consistido, hace más de una década, en desprenderse de los servicios de salud y educación a su cargo para transferir tanto los servicios, como la responsabilidad consiguiente por su prestación, a los gobiernos locales.

3. El escrutinio constitucional de una norma requiere un análisis centrado en dos planos. El primero es el de la permisibilidad de los fines de la ley establecidos por el Estado. El segundo es el de la racionalidad de los medios elegidos para cumplir con aquellos fines.

En cuanto a la permisibilidad de los fines de la ley, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su art. 37 el reconocimiento de “derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”, y la garantía de la “igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores”. La ley nº 418 constituye el desarrollo de esta norma constitucional local, de modo que parece claro que los fines

perseguidos gozan de una sólida base constitucional. De igual modo, la ley constituye el desarrollo normativo de un aspecto particular —la salud reproductiva— de su política de salud, ejercicio que no hace más que dar contenido al derecho a la salud establecido en los arts. 20 y 21, de la CCBA. Específicamente, el inciso 4, del art. 21, de la CCBA, establece, entre los principios constitucionales que vertebran la política de salud, el mandato de promover “la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin [la ley] pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”. Ninguna de estas normas ha sido impugnada constitucionalmente por los actores —si, hipotéticamente, fuera posible hacerlo—, de modo que ello obstaría a la tacha de inconstitucionalidad de los fines de la ley.

Más allá de este argumento formal, tampoco se señala en la demanda razones para descalificar los fines específicos de la ley: la reducción de la morbimortalidad materna e infantil, la prevención de embarazos no deseados y de abortos, la prevención del VIH/SIDA y de las enfermedades de transmisión sexual, y la promoción de la responsabilidad y autonomía de las personas en edad fértil. Estos fines resultan relevantes tanto a nivel individual como colectivo. Por un lado, se trata de medidas destinadas a garantizar individualmente la salud, mediante el ofrecimiento a los habitantes de la Ciudad de servicios preventivos con el fin de evitar embarazos no queridos, problemas de salud derivados de esos embarazos, abortos clandestinos y enfermedades de transmisión sexual. Por otro lado, se trata de establecer prioridades en materia de salud pública, evitando la erogación de recursos públicos escasos en intervenciones destinadas a atender situaciones que hubieran podido ser evitadas a través de la prevención. De acuerdo a la información aportada por varios de los asistentes officiosos que participaron en la audiencia, un porcentaje importante del presupuesto y los recursos en materia de salud son destinados a cubrir trastornos de salud debidos a abortos clandestinos y embarazos no deseados. No cabe duda que la optimización de los recursos en materia de salud, que permiten mejorar la calidad de la atención a los habitantes de la Ciudad en otras áreas, constituye una finalidad estatal no solo permitida, sino, también, cuya eficacia es deseada.

El Estado ha insistido también en otra finalidad de la ley, que es la de la equidad e igualdad de oportunidades de acceso a la información y asistencia en materia de salud reproductiva para las personas en situación de pobreza o las que, simplemente, no pueden acceder a un servicio de salud oneroso, de cierto nivel científico. La evidencia de la mayor incidencia de abortos, embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual y VIH/SIDA en personas pobres parece concluyente al respecto. De acuerdo con el art. 11 de la CCBA, la Ciudad “promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. La ley n° 418 pretende desarrollar este principio en materia de salud reproductiva, esto es, se halla en línea con el mandato constitucional inmediateamente antes reproducido.

4. Aceptada la constitucionalidad de los fines de la ley, cabe analizar seguidamente la racionalidad de los medios empleados para conseguir esos fines. El estándar constitucional de escrutinio de la relación entre medios y fines es el de mera racionalidad: de acuerdo con ese estándar, para que la impugnación prospere corresponde a los actores demostrar que los medios escogidos son irracionales con respecto a los fines permisibles y permitidos establecidos, de modo que no basta con señalar que podría haber otros medios a disposición de los poderes públicos.

Con estas consideraciones, dos son los factores de la ley n° 418 que deben ser revisados en el caso. El primero es el del grupo destinatario de la norma. En este sentido, la demostración de irracionalidad de la norma podría estar dirigida a señalar su “*infrainclusividad*” —es decir, el hecho de estar dirigida a un grupo notoriamente limitado con respecto a los fines escogidos— o su “*suprainclusividad*” —es decir, el hecho de estar dirigida a un grupo exageradamente mayor al necesario para cumplir los fines de la norma—. La ley define el grupo destinatario en su artículo 5: los destinatarios y destinatarias son “la población en general, especialmente las personas en edad fértil”. El agravio central de los actores en esta materia parece estar dirigido a considerar “sobreinclusiva” la incorporación de niños y adolescentes bajo el régimen de

patria potestad en el grupo de destinatarios de la ley. Sin embargo, si la finalidad de la ley es la de prevenir embarazos no deseados, prevenir abortos y evitar las enfermedades de transmisión sexual, lejos de parecer irracional, la elección hecha por el legislador parece perfectamente razonable. Teniendo en consideración los fines de la ley, concentrar la atención del diseño de la política pública en cuestión sobre las “personas de edad fértil”, independientemente de su capacidad o incapacidad de hecho, parece adecuarse claramente a la intención de incidir sobre el grupo de personas en riesgo. Mucho menos razonable parece postular los fines establecidos por la ley y dejar fuera a los menores de 21 años, quienes por razones de falta de información o de falsa información son proclives a desconocer la forma de evitar embarazos no deseados o la transmisión de enfermedades por vía sexual. No parece, por ende, que la norma sea “sobreinclusiva” por referirse a menores de edad dentro de su ámbito de aplicación.

El segundo factor a considerar es el de los medios concretos diseñados por la ley para cumplir con los fines postulados. En este sentido, el artículo 7 de la ley enumera los medios a ser empleados. Básicamente, se puede decir que se trata de la atención individualizada, la provisión de información y la prescripción de métodos anticonceptivos, además del seguimiento estadístico, la difusión pública y la coordinación de acciones en la materia. Pocas dudas caben acerca de la pertinencia de esos medios para lograr los fines deseados por la ley —prevenir embarazos no deseados, prevenir abortos, prevenir enfermedades de transmisión sexual, fomentar la sexualidad y la maternidad y paternidad responsable—. Si prevenir enfermedades o embarazos no deseados es un fin permisible y permitido, la adecuación de la difusión de información sobre métodos anticonceptivos y la prescripción de esos métodos es claramente un medio idóneo para cumplir con ese fin. De igual modo, presumir que una de las causas de los abortos clandestinos es la existencia de embarazos no deseados resulta perfectamente razonable, ya para la comprensión vulgar, de modo que intervenir con información y medicinas para evitar la producción de embarazos no deseados, como medio para evitar abortos, también constituye un mecanismo idóneo para lograr los fines de la ley.

Entre sus planteos, los actores alegan que los medios elegidos por el Gobierno se oponen a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional. Más allá del análisis que efectuaremos *infra* sobre compatibilidad del régimen establecido por la ley con la patria potestad, la lectura de los actores del texto de la Convención parece desconocer la opinión del órgano de supervisión del propio tratado, es decir, del Comité de los Derechos del Niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, admitida por sus respectivos órganos internacionales de supervisión, constituye una guía imprescindible para la aplicación de esos tratados por los jueces locales (cf. doctrina de la CSJN *in re* “Girolodi, H. D. y otro s/recurso de casación”, del 7 de abril de 1995).

Pues bien, el Comité ha expresado constantemente su preocupación por los embarazos, la incidencia del aborto, las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA, y ha recomendado consistentemente a los Estados parte, cuyos informes revisa, la provisión de servicios de educación sexual y salud reproductiva como medio idóneo para la prevención. La evidencia al respecto es abrumadora. Por ejemplo, las recomendaciones finales al primer informe sometido por la Argentina al Comité expresan “preocupación por el alto número de madres solteras de entre 12 y 18 años en la Argentina” (párrafo 12) y señala que “debe desarrollarse programas de educación en salud para contrarrestar la alta incidencia de embarazos adolescentes”. (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 15/02/95. CRC/C/15/Add.35., puntos 12 y 19 respectivamente). Esta preocupación y recomendación no son aisladas: basta revisar todas las observaciones finales hechas a los informes de países latinoamericanos en los últimos tres años (por tomar países afines y un marco temporal reciente, aunque la tendencia es constante) para encontrar las mismas preocupaciones y las mismas recomendaciones (ver, por ejemplo, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Haití. 18/03/2003, párrafos 44 a 49; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile. 03/04/2002. CRC/C/15/Add.173., párrafos 39 a 42; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Paraguay. 06/11/2001. CRC/C/15/Add.166., párrafos 37, 38, 41 y 42; Observaciones finales del

Comité de los Derechos del Niño: Guatemala. 09/07/2001., CRC/C/15/Add.154., párrafos 40, 41, 44 y 45; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: República Dominicana. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.150., párrafos 37 y 38).

Y no sólo el Comité sobre los Derecho del Niño se ha expresado en este sentido. Al menos otros dos órganos de supervisión de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, órgano de supervisión del cumplimiento de la Convención internacional para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, y el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales) han expresado claramente la necesidad de poner a disposición de niños y adolescentes servicios de información y asistencia en materia de salud reproductiva. Así, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer aborda el tema en dos Recomendaciones generales, la n° 15 y la n° 24. En la Recomendación general n° 15, A/45/38, “Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)” (1990), el Comité recomienda a los estados parte que “intensifiquen las medidas de difusión de información para que el público conozca el riesgo de infección con el VIH y el SIDA, sobre todo para las mujeres y los niños, así como los efectos que acarrearán para éstos” y que “en los programas de lucha contra el SIDA, presten especial atención a los derechos y necesidades de las mujeres y los niños y a los factores que se relacionan con la función de reproducción de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades, lo que la hace especialmente vulnerable al contagio del VIH”. Mucho más extensas son las consideraciones de la Recomendación general N° 24, “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud” A/54/38/Rev.1 (1999). Allí, el Comité, en consonancia con su afirmación en el sentido de que “el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (párrafo 1), expresa, entre otras consideraciones: “Los estudios que ponen de relieve las

elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad y el gran número de parejas que desean limitar el número de hijos pero que no tienen acceso a ningún tipo de anticonceptivos o no los utilizan constituyen una indicación importante para los Estados Partes de la posible violación de sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer.” (párrafo 17). “Las cuestiones relativas al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual tienen importancia vital para el derecho de la mujer y la adolescente a la salud sexual. Las adolescentes y las mujeres adultas en muchos países carecen de acceso suficiente a la información y los servicios necesarios para garantizar la salud sexual. Como consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género, las mujeres adultas y las adolescentes a menudo no pueden negarse a tener relaciones sexuales ni insistir en prácticas sexuales responsables y sin riesgo (...)”. “En particular, los Estados Partes deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a educación sobre salud sexual y genésica por personal debidamente capacitado en programas especialmente concebidos que respeten sus derechos a la intimidad y la confidencialidad.” (párrafo 18). “En sus informes, los Estados Partes deben indicar qué medidas han adoptado para garantizar el acceso oportuno a la gama de servicios relacionados con la planificación de la familia en particular y con la salud sexual y genésica en general. Se debe prestar atención especial a la educación sanitaria de los adolescentes, incluso proporcionarles información y asesoramiento sobre todos los métodos de planificación de la familia. (La educación sanitaria de los adolescentes debería abarcar además, entre otras cosas, la igualdad entre los sexos, la violencia, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y los derechos relativos a la salud reproductiva y sexual.)” (párrafo 23). “Los Estados Partes deberían ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida. Esto incluirá intervenciones dirigidas a la prevención y el tratamiento de enfermedades y afecciones que atañen a la mujer, al igual que respuestas a la violencia contra la mujer, y a garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica.” (párrafo 29). “Los Estados Partes también

deberían, en particular: ... b) Garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA). c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos” (párrafo 31). Puntualmente, en sus Observaciones finales al primer informe presentado por la Argentina, el Comité manifestó preocupación “porque, pese al desarrollo económico y social de la Argentina, seguían siendo elevadas la mortalidad y la morbilidad de la mujer como consecuencia del parto y los abortos” y sugirió “que se adoptaran más medidas de todo tipo para reducir la mortalidad y la morbilidad derivadas de la maternidad” (cf. Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: Argentina. 12/08/97. A/52/38/Rev.1, Part. II, párrafos 273-321.).

Por su parte, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, en su Observación general, n° 14, del año 2000, destinada a desarrollar el contenido y obligaciones derivadas del derecho a la salud, advierte que: “La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas [apartado c, del párrafo 2, del artículo 12, del Pacto respectivo] exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica” (párrafo 16). “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la

prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.” (párrafo 21). En cuanto a los derechos sanitarios de niños y adolescentes, el Comité agrega que: “Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.” (párrafo 23).

Más aún, en el acápite dedicado a describir las obligaciones legales específicas de los Estados derivadas del derecho a la salud, el Comité señala que: “los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.” (párrafo 34). “La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales.” (párrafo 36). “Otras obligaciones incluyen (...) el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de

campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica.” (párrafo 36).

En resumen: a la luz de la propia interpretación de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos, parece evidente que, más que incompatibles, los medios adoptados por la ley son exactamente los recomendados como modo de cumplimiento de las obligaciones emanadas de esos instrumentos de jerarquía constitucional.

5. Los actores insisten en la incompatibilidad de los medios establecidos por la ley y la patria potestad. En rigor, no hay incompatibilidad genérica alguna entre la institución familiar o el principio de que la educación de los niños y adolescentes está primariamente a cargo de los padres y la ley 418. De acuerdo a la propia ley, los padres están facultados para acudir a los servicios médicos de la Ciudad y participar en el asesoramiento que reciban sus hijos, pero nada ni nadie los obliga a ello. El art. 4, inc. *n*, establece como objetivo de la ley la promoción de “la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual”. Y entre las acciones a ser adoptadas, se refiere en el artículo 7, inc. *e*, a la “promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos”. Esto significa que los padres pueden o no emplear, según su criterio y conveniencia, los servicios médicos del Gobierno para concretar su plan educativo.

La única hipótesis de conflicto imaginable se plantearía en caso de que los padres se opusieran a que el niño o adolescente recibiera asesoramiento o asistencia, y el menor sí lo deseara, pues en la hipótesis contraria —aquiescencia— o, simplemente, cuando los padres son indiferentes y omiten toda decisión, no existe conflicto alguno. Y, más allá de ello, el conflicto se presentaría tan sólo si los padres emplean la coacción física para imposibilitarle al menor el acceso a la información o a los medios que la ley proporciona, pese a su insistencia. En este caso, no existe conflicto alguno entre el Gobierno y la familia, sino entre la voluntad del niño o adolescente en edad fértil y la de sus padres. La decisión tomada por la ley nº 418 parece asignar prioridad a la voluntad

del niño o adolescente en las cuestiones que conciernen a su salud reproductiva. En este sentido se puede interpretar el artículo 5, de la ley n° 418, como la concesión de un derecho subjetivo al niño o adolescente en edad fértil para recibir servicios de asesoramiento y asistencia en materia de salud reproductiva por intermedio de los servicios médicos del Gobierno, y de capacidad para ejercer ese derecho autónomamente. Como quedó expresado, la finalidad perseguida por el gobierno con la sanción de la ley es legítima, y los medios elegidos para cumplirla son, *a priori*, razonables. Para argumentar convincentemente acerca de la inconstitucionalidad de la norma la carga de los actores consiste, entonces, en demostrar que esta decisión particular del Gobierno es irracional o viola algún derecho de los padres.

Los actores afirman que el derecho violado es el ejercicio de la patria potestad. Para afirmar que existe tal violación, los actores deben sostener que la patria potestad significa necesariamente que los padres tienen un derecho a impedir que su hijo reciba información y asistencia en materia de salud reproductiva. Parte de la evidencia presentada por el Gobierno y por los escritos y alegatos presentados por los asistentes officiosos, sin embargo, tiende a demostrar que es falso que la patria potestad signifique un derecho absoluto de los padres a tener la palabra final en decisiones que respectan a sus hijos, precisamente cuando los padres entran en conflicto con sus hijos o con su interés. En este sentido, es claro que existen obligaciones impuestas públicamente, como la educación y la vacunación obligatorias, que establecen límites a la voluntad de los padres. El caso que nos ocupa, sin embargo, se acerca a aquellos límites impuestos a los padres por la concesión de derechos al niño o adolescente: así, es claro que el Código Civil asigna, por ejemplo, a los menores adultos capacidad para estar en juicio al ser demandado criminalmente, testar y reconocer hijos sin necesidad de la autorización expresa de los padres. Para impugnar exitosamente la concesión a los niños y adolescentes en edad fértil del derecho a recibir información y asistencia en materia de salud reproductiva, los actores deberían demostrar que estos ejemplos de limitación de la autoridad de los padres consagrados por el Código Civil constituyen una lista taxativa, *numerus clausus*, y que ninguna otra reglamentación podría ampliarla. Los actores no han aportado evidencia suficiente en ese sentido. Antes bien, de la simple

lectura del tenor de la Convención sobre los derechos del niño, de jerarquía constitucional superior a la del Código Civil, surge el principio de la amplia concesión de derechos al niño, entre ellos, el derecho a opinar y ser tenido en cuenta, y el derecho a la intimidad. Pretender que para cada decisión personal ligada a la intimidad o a la educación del niño o adolescente se requiere el permiso o autorización de los padres parece absurdo, y contraviene claramente los términos y el espíritu de la Convención. Si la Ciudad es competente para regular la prestación de servicios educativos y médicos — cuestión que no ha sido aquí puesta en duda—, resulta claro que no sólo tiene atribuciones para asignar derechos a los niños y adolescentes en estos ámbitos, sino además que con la asignación de esos derechos, antes bien, el Estado cumple cabalmente el mandato establecido por la Convención, consistente en adoptar medidas para tornar efectivos los derechos consagrados en ella.

Por otro lado, la concesión de un derecho propio al niño en edad fértil de informarse y tomar decisiones sobre su propio cuerpo constituye un medio adecuado a la finalidad de la ley. Requerir la conformidad o presencia necesaria de los padres para acceder a información y a la asistencia en materia de salud reproductiva es susceptible de causar un evidente efecto intimidatorio en los niños y adolescentes en edad fértil. Este efecto sería a todas luces contrario a la finalidad de la ley, que —amén del desarrollo de la autonomía del niño y del adolescente en temas que hacen a su esfera íntima— es la de prevenir embarazos no deseados, abortos y enfermedades de transmisión sexual. La limitación de la autoridad de los padres, correlativa a la concesión de un derecho a los niños y adolescentes en edad fértil, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la ley.

La concesión de un derecho a informarse y a decidir sobre cuestiones de salud reproductiva a los niños y adolescentes en edad fértil no hace más que extender a niños y adolescentes el deber general de respeto por la persona del paciente —mandato medular de la bioética contemporánea—. Un reciente documento elaborado por un grupo de expertos de la Universidad de Barcelona sobre la cuestión llega a las siguientes conclusiones:

“En la prescripción de anticonceptivos hay que admitir la validez del consentimiento de los adolescentes que poseen capacidad para comprender aquello que deciden. (...)

Existe un deber general de respeto por la persona del paciente, que comprende el respeto por su autonomía e implica obtener su consentimiento para los tratamientos médicos; lo cual es válido también en los casos de menores de edad.(...)

El profesional debe tener en cuenta que la cuestión no es si él considera que el menor tiene madurez suficiente para tener relaciones sexuales sino si el menor ha decidido tenerlas. Se trata de derechos de los menores —y de la consideración de su mejor interés—, no de valoraciones sobre la competencia de estos pacientes” (Observatori de Bioètica i Pret, María Casado [coord.], “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia”, Barcelona, 2002, p. 13).

6. La posibilidad de tensión entre la autoridad de los padres y la concesión de peso a la voluntad del niño y del adolescente tampoco ha sido ajena a la reflexión de los órganos de supervisión de los pactos internacionales de derechos humanos. En consonancia con las consideraciones ya reproducidas, el Comité sobre los derechos del niño se manifiesta en cuestiones vinculadas con la salud reproductiva y aún en términos más generales a favor de la preservación de un ámbito de autodeterminación del niño, aun frente a la voluntad de los padres. Así, en la discusión general sobre “Niños que viven en un mundo con SIDA”, 19º session, 5/10/1998 (*UN Document CRC/C/79, Annex VI*) el Comité, que trae a colación cifras del Programa de Naciones Unidas sobre VIH/SIDA (UNAIDS) en las que se señala que “en la mayor parte del mundo, la mayoría de los nuevos contagios afectan a personas de entre 15 a 24 años, y a veces aún más jóvenes”, elabora —entre otras— las siguientes recomendaciones:

“a) (...) Los Estados deben incorporar los derechos del niño en sus programas y políticas nacionales sobre VIH/SIDA (...).

c) Debe reconocerse plenamente el derecho del niño a participar total y activamente en la formulación e implementación de las estrategias, programas y políticas sobre VIH/SIDA. Debe proveerse un entorno de apoyo y capacitación, en el

que se permita a los niños participar y recibir apoyo en sus iniciativas. Debe reconocerse y tomarse en consideración la probada efectividad de las estrategias de educación entre pares por su potencial contribución en la mitigación del impacto de la epidemia del VIH/SIDA. El objetivo central de las políticas sobre VIH/SIDA es capacitar a los niños para que se protejan a sí mismos.

d) El derecho a la información como derecho fundamental del niño debe convertirse en un elemento fundamental en las estrategias de prevención del VIH/SIDA. Los Estados deben revisar las leyes existentes o sancionar leyes nuevas para garantizar el derecho de los niños a recibir información relativa al VIH/SIDA, incluyendo el sometimiento voluntario a exámenes (...).

k) (...) Debe ponerse especial atención al acceso a servicios, información y participación de las niñas a programas relativos al VIH/SIDA (...).

n) Debe identificarse y removerse las barreras a la provisión de servicios de salud orientados hacia los jóvenes. Los Estados deben revisar las leyes existentes o sancionar leyes nuevas para regular la edad mínima de acceso a los servicios de consulta y derechos en materia de salud. La formulación de políticas de salud reproductiva comprensivas para adolescentes debe basarse sobre el derecho de los niños a tener acceso a la información o servicios, incluso aquellos diseñados para prevenir las enfermedades de transmisión sexual o el embarazo adolescente.”

Cabe recordar que la Convención define a los niños como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (cfr. art. 1), de modo que no cabe duda alguna de que, de acuerdo al criterio del Comité, se trata de asignar a los menores de dieciocho años un derecho subjetivo a acceder a la información, a participar y a tomar decisiones. La base para adoptar esa posición es, justamente, la interpretación de los derechos a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los conciernan (art. 11), a la libertad de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo (art. 13), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14) y a estar libre de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), además del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, incluyendo el desarrollo de la atención sanitaria preventiva (art. 24 inc f).

En la discusión del “Papel de la familia en la promoción de los derechos del niño”, 7a. sesión, 10 de octubre de 1994 (*UN Document CRC/C/24*) el Comité, subrayando la importancia de la dimensión de los derechos civiles del niño *dentro* de la familia, señala que “es necesario considerar formas apropiadas de asegurar un equilibrio entre la autoridad de los padres y la realización de los derechos del niño, incluyendo la libertad de expresión. Debe discutirse la necesidad de medidas correspondientes para prevenir la supresión de estos derechos del niño dentro de la familia” (párrafo 2.2). El Comité remarca también que “los niños sufren frecuentemente abusos, abandono y desconocimiento de su derecho a la integridad física, sobre la asunción de que la privacidad de la familia confiere automáticamente a los padres la capacidad de realizar juicios correctos y fundados sobre la 'crianza responsable de los futuros ciudadanos' ” (párrafo 194).

De lo ya dicho —y queda bastante por decir—, poca duda cabe de que, en opinión del propio Comité, conceder a niños en edad fértil un derecho autónomo a recibir información y a tomar decisiones propias en lo relativo a su propia salud reproductiva, sin necesidad de consulta previa obligatoria con los padres, no sólo no viola, sino que es compatible con la Convención de los derechos del niño y, más allá aún, se trata de un mecanismo de realización de ella.

7. La demanda parece presuponer que los servicios de salud del gobierno actuarán en forma irracional, fomentando la promiscuidad o atentando contra los valores elegidos por sus padres. No existe base razonable para aceptar semejante presunción. En materias que presuponen un carácter técnico, es tradicional la deferencia o primacía del criterio profesional —en este caso, el de la autoridad pública en materia de salud o educación y, sobre todo, el criterio médico-científico—. Antes que presumir la irracionalidad de los profesionales que forman parte de los servicios de salud o educación de la Ciudad, parece más sensata la presunción opuesta: que los profesionales están mejor formados que los padres para asesorar a niños y menores en materia de salud reproductiva —del mismo modo en que se presume que los médicos están mejor formados que los padres en materia de pediatría, odontología u otorrinolaringología, y

que los maestros están mejor preparados que los padres en materias relativas a las matemáticas, lengua, historia y geografía—. Celebro que mis padres hayan confiado mi educación en matemáticas a mis maestros y profesores —como creo que lo celebrarán los actores—, pues, si ellos la hubieran tomado a su cargo, nada bueno hubiera resultado.

La consulta sobre aspectos de la salud reproductiva no busca asesorar a los niños y adolescentes sobre el plan de vida a seguir, ni sobre sus valores religiosos, filosóficos, estéticos o culturales, sino sobre métodos para ejercer su sexualidad en forma segura y con el menor riesgo posible —y todo ello a pedido del niño o adolescente en edad fértil—. En todo caso, la mayor información y la asistencia concreta en caso de que el niño o adolescente en edad fértil elija ejercer su sexualidad amplían la autonomía del menor y le proporcionan elementos para decidir responsablemente sobre su curso de vida, con menor riesgo de tener que lamentar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual.

8. Por fin, en la hipótesis de conflicto extremo, allí donde los padres se imponen coactivamente a la voluntad del niño o del adolescente —que es la hipótesis conflictiva por excelencia, ya que a los padres no les está impedido aconsejar a sus hijos sobre su salud reproductiva, ni influenciar así la decisión del niño o del adolescente, siempre que no ejerzan coacción sobre él al punto de imposibilitarle el ejercicio de su derecho— serán los jueces los que decidan acerca del caso, cuando el niño opta por otra solución, como sucede también cuando los padres, irrazonablemente, privan a los niños de una intervención médica que aparece como conveniente para su salud.

9. Fundada ya mi decisión como corresponde a un juez y a un juicio judicial, permítaseme expresar, sintéticamente y en lenguaje vulgar —en el sentido de desprovisto de todo tecnicismo y no por ello carente de significado o idiomáticamente deficiente frente al utilizado por juristas, médicos, organismos y pactos internacionales, castellano este último que me horroriza—, aquello que pasaba por mi cabeza al contemplar con todos mis sentidos la audiencia de debate de este pleito.

Trascurría la audiencia y ella me trasportaba, como una cinta sin fin, a la historia, a mi propia historia. Recordé a mis padres y a sus enseñanzas, y a las omisiones en que incurrieron, adrede, felizmente, como aquella de no intentar enseñarme ellos matemática o biología; me vi de nuevo niño y adolescente universitario. La magia de los argumentos empleados renovadamente produjo el milagro, pues debo confesar que volví a vivir aquellas épocas. Ya mis padres me habían contado de la ley 1420 —así escrita y pronunciada, catorce veinte, y no como corresponde: ley nacional nº 1.420, ley de educación llamada *de enseñanza laica, obligatoria y gratuita*—, diseñada incluso por el conservadorismo ilustrado de fines del siglo XIX, que produjo una verdadera revolución intelectual en este país y lo colocó entre los más ilustrados y cultos del mundo, cuyos efectos aún hoy perduran, aunque debilitados, lamentablemente. Ella había sido combatida con los mismos argumentos expuestos aquí, en lo fundamental, por los actores. Yo debo agradecer a Dios que esos argumentos no hayan triunfado oportunamente, aun cuando yo ya presencié durante mi niñez y mi juventud su regreso más calmo, menos combativo, pero también más inteligente políticamente y, por ello, más exitoso. Medio siglo ha pasado y ya la ley 1420 sólo es recordada por los ancianos del grupo: de tanto machacar y machacar, los argumentos que la combatieron se impusieron en gran medida por una vía oblicua, pero de mayor eficacia. Y, sin embargo, todavía nos quedan los efluvios de aquel renacimiento, que pueden ser observados en la saludable costumbre argentina, quizás más porteña que argentina, de leer en los medios de transporte, de aprovechar como tiempo de lectura todo “tiempo muerto”, para el hábito de leer algo así como ponerse a hacer “jueguito” o “jugarse un picadito” mientras en la cancha de fútbol atienden a un compañero o a un adversario por su lesión o en el intervalo entre primero y segundo tiempo. Recordé también la única ocasión de tertulia con un matemático de fama en nuestro país, por invitación de un embajador español, quien en la conversación, que derivó impensada y fluidamente hacia esa ley, confesó que en el país de sus padres, extranjeros emigrados, él no hubiera podido estudiar, sino tan sólo seguir la profesión de su padre, y que su padre, todavía sin hablar castellano, le expresó que el nuestro era, seguramente, un pueblo generoso, precisamente por su sistema de enseñanza. Viví de

nuevo las jornadas universitarias de 1958, apenas cuando yo comenzaba mis estudios universitarios, cuando la llamada “universidad privada” le discutía, con los mismos argumentos, el monopolio a la Universidad Nacional, estatal. Por esa época ganaron pronto los argumentos, posiblemente porque había desaparecido la generación ilustrada, pero, en su desarrollo posterior, histórico, las “universidades privadas”, multiplicadas geométricamente, sólo lograron una caída vertical de la calidad académica —a contrario de aquello que se predicaba—, incluida la calidad académica de las universidades nacionales, multiplicadas hoy también como hongos, a las que arrastraron en la decadencia, institutos que, sin embargo, representan todavía hoy el verdadero nivel de la ciencia argentina, al menos el de la ciencia jurídica.

Esos argumentos se vuelven hoy en contra del sistema de salud estatal, igualitario en principio para todo aquel que desee utilizarlo —nadie está obligado a hacer uso de él— y también gratuito, por regla, contra una ley llamada *de salud reproductiva*, que sólo ofrece información y medios, especialmente a quienes no disponen de ellos, siempre que deseen informarse e, incluso, programar sus vidas o la de su prole, esto es, mediante una necesaria disposición de su voluntad en el sentido de la utilización de la ley, pues la ley no busca ni priva de su libertad a sus clientes, pacientes o víctimas, según se los mire. Y les responden los mismos argumentos de antaño, que pueden triunfar quizás hoy, pero cuyo triunfo actual es tan sólo el de una batalla, no asegura la conclusión del litigio intelectual y práctico, que seguramente proseguirá por otras vías, fáciles de imaginar. También desde este punto de vista, vulgar, popular, ciudadano, estimo justo que hoy gane la ley.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. En virtud de lo decidido por el Tribunal en su Resolución del día 27 de septiembre 2000, la demanda sólo es admisible en cuanto confronta los arts. 5 y 7 de la ley n° 402 (que consideran destinatarios del derecho a la información y a las prestaciones reguladas por la ley a personas sujetas al régimen de la patria potestad) con ciertas disposiciones del Código Civil relativas a dicho régimen; y es inadmisibile, por

incompetencia del Tribunal, en cuanto cuestiona el carácter abortivo de algunos métodos anticonceptivos señalados en el art. 7 de la ley.

Los accionantes sostienen como principal argumento que la norma impugnada “desconoce el régimen de patria potestad, consagrado en el Código Civil, y su jerarquía normativa, fijada por el art. 31 de la Constitución Nacional” (fs. 68/68 vuelta).

2. El planteo de inconstitucionalidad de los actores no puede tener favorable acogida. Los accionantes no han podido demostrar que la norma cuestionada viole el principio de supremacía consagrado en el art. 31 de la Constitución Nacional. Su principal argumento radica en que el asesoramiento en salud sexual y reproductiva, y el suministro de métodos anticonceptivos a quienes así lo soliciten, viola el derecho de los padres de ejercer la patria potestad, conforme a lo establecido por el Código Civil.

Tal argumento desconoce el cambio que dicha institución ha experimentado, especialmente a partir del paradigma consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). En particular del art. 5 de ese instrumento se sigue que la patria potestad debe ser entendida siempre en el marco y con los límites que aseguren el ejercicio autónomo de los derechos de los niños y adolescentes “en consonancia con la evolución de sus facultades”. Asimismo, de conformidad con el preámbulo “el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” y de acuerdo al art. 28 la educación del niño deberá estar encaminada a prepararlo para “una vida responsable en una sociedad libre”. De allí se deriva que las reglas que rigen las relaciones paterno-filiales no deben interpretarse de forma que priven al niño o al adolescente del ejercicio de sus derechos fundamentales. De lo contrario, la convención quedaría reducida a una simple declaración de buenos deseos.

La CDN, entonces, resignifica el concepto de patria potestad (art. 264 del Código Civil). Es más, al reconocer un nuevo sentido a la patria potestad, es posible incluir los derechos y deberes emergentes de las relaciones paterno-filiales bajo la denominación de “autoridad parental”.¹

¹ Grosman, Cecilia P., “Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del Siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad”, LL, 1999-F-1052.

Del mismo modo, el concepto de capacidad que emana de la CDN es superior del que consagra el viejo art. 921 del Código Civil, redactado bajo el influjo de la noción moderna de ciudadanía que sólo reconocía como sujeto de derecho al hombre adulto, blanco, burgués y heterosexual. En la actualidad, el ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes está “directamente asociado al concepto de ‘capacidad progresiva’ que introduce la CDN (arts. 5 y 14 entre otros). Esto es, la capacidad entendida como un proceso a través del cual se transita de la niñez a la adultez”.²

Esta concepción del niño y del adolescente como sujeto de derechos había sido consagrada por la jurisprudencia internacional, aún antes de la aprobación de la CDN. Así el Tribunal Constitucional Federal Alemán en un caso del año 1977 sostuvo que “la Ley Fundamental ha incluido la esfera sexual e íntima del ser humano como parte de su esfera privada (...). Esas prescripciones de la Ley Fundamental le aseguran al ser humano el derecho a determinar su definición sexual. Cada persona puede establecer su relación con la sexualidad y encontrar ella misma, sí y con qué límites y finalidades quiere entrar en relación con terceros. Si la relación del ser humano con la sexualidad está, sin embargo, bajo la protección de la Constitución, entonces ese derecho (...) lo tienen también los jóvenes (...). El joven no es sólo objeto de la educación impartida por los padres y el Estado. Él tiene de antemano y a medida que tiene más edad, cada vez en mayor magnitud, una personalidad propia”.³

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*” (1976), en el que se impugnaba una ley de dicho estado que requería el consentimiento paterno para que una menor acceda al aborto, estableció que ese requisito era inconstitucional porque delegaba en terceras personas un poder de veto absoluto sobre la decisión de abortar de una mujer, decisión que ni siquiera el Estado detentaba. Con posterioridad en el caso “*Bellotti v. Baird (II)*” del año 1979,

² Spaventa, Verónica *et al.*, “Derechos Sexuales y reproductivos: un análisis desde, para y por la maternidad adolescente”, versión sintetizada y actualizada de la ponencia “Maternidad adolescente y salud reproductiva: un enfoque desde los derechos” presentada en el *XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, Cuba, 22-27 de septiembre de 2002, ver especialmente punto 4.

³ Sentencia 47, 46 del 21 de diciembre de 1977 en Schwabe, Jürgen (compilador), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez/ Konrad -Adenauer- Stiftung, 2003, p. 180 y siguientes.

declaró la inconstitucionalidad de una ley de Massachusetts que prescribía que una menor primero debe tratar de obtener el consentimiento de sus padres para acceder al aborto —antes de llegar a la Corte para solicitarlo—, por entender que “incluso a una menor inmadura debe permitírsele acceder a un aborto confidencialmente”.⁴

Famoso en el derecho comparado europeo es el caso “*Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*” (Inglaterra, 1986), en el que una madre interpuso un recurso administrativo a fin de que un hospital público no suministrara la píldora anticonceptiva a sus hijas menores de 16 años. La Cámara de los Lores falló a favor de las niñas y el Estado, por entender que la patria potestad no significa el impedimento para llevar a cabo un acto en beneficio de las niñas.⁵

Por lo tanto yerran los accionantes al afirmar que “sería una subversión hermenéutica pretender que una ley de la Ciudad Autónoma pueda apoyarse en normas superiores para saltar por sobre leyes nacionales vigentes, reemplazando sus disposiciones con otras opuestas de carácter local” (fs. 74 vuelta).

No se trata aquí de reemplazar normas nacionales por normas locales sino de interpretarlas de forma tal que no se impida el cumplimiento por parte del Estado local de las obligaciones que le imponen la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los tratados internacionales de derechos humanos que integran nuestra Constitución Nacional.

Por lo tanto, tampoco es aceptable aquí el argumento según el cual dichos tratados no tendrían aplicabilidad directa —tal como parecen afirmar los accionantes a fs. 73—. Dicho argumento fue contestado expresamente por la propia CSJN —con anterioridad a la reforma constitucional de 1994—, en el caso “*Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo*” (Fallos 315: 1492).

⁴ Conf. Matozzo de Romualdi, Liliana A., “Decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre derechos reproductivos. Cronología desde 1965 hasta 1997”, *El Derecho*, 19/12/2000.

⁵ Conf. Minyersky, Nelly, “Derecho de familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres”, en Faur, Eleonor y Lamas, Alicia (comps.), *Derechos universales / realidades particulares*, Buenos Aires, UNICEF, p. 105; *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, elaborado por el Grupo de Opinión del *Observatori de Bioètica i Dret*, Universidad de Barcelona, Barcelona, junio de 2002, en www.bioeticayderecho.ub.es, y Montgomery, J. (1988) “*Children as property?*”, *The Modern Law Review*, vol. 51, 323.

Al respecto considero significativo resaltar que en el año 2000, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su informe acerca de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en nuestro país (conf. *Observaciones finales del comité de Derechos Humanos: Argentina*, del 03/11/2000, en www.unhchr.ch) señaló expresamente como uno de sus principales motivos de preocupación, “la incertidumbre persistente en relación con el reconocimiento de los derechos del Pacto en la legislación nacional. Pese a la seguridad que se da de que el Pacto tiene rango constitucional y se le puede, por tanto, invocar directamente ante los tribunales, el Comité observa que el Estado Parte describe su aplicación como ‘complementaria’ de la Constitución, sin otra precisión (...). El Comité, recordando la responsabilidad del Estado Parte respecto del cumplimiento de las obligaciones a tenor del Pacto, recomienda que en el cuarto informe periódico se aclare la jerarquía de los derechos enunciados en el Pacto, con ejemplos concretos de casos en los que se les haya invocado ante los tribunales. El próximo informe debe contener también información sobre disposiciones jurídicas y de otra clase tomadas para la aplicación del Pacto en el plano provincial, con el objeto de velar por que toda persona pueda gozar de sus derechos en todo el territorio del Estado Parte”. El Comité señaló también como otros motivos de preocupación (la enumeración que sigue alcanza para advertir la relevancia otorgada a las situaciones incluidas en el inciso f):

- a) que muchas personas que actuaban con arreglo a la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final, sigan ocupando empleos militares o en la administración pública y que algunas de ellas hayan incluso obtenido ascenso;
- b) que el Estado no garantice plenamente el principio de la presunción de inocencia en el proceso penal;
- c) que las condiciones de las cárceles no se ajusten a las previstas en los artículos 7 y 10 del Pacto;
- d) la tortura y el uso excesivo de la fuerza por los miembros de la policía;
- e) los ataques continuos de los que son víctima los defensores de los derechos humanos, jueces, denunciadores y representantes de las organizaciones de derechos humanos, así como los representantes de los medios de comunicación social y;

f) que “la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental” y los “*aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado*” (la cursiva es mía).

Respecto del último punto recomendó que “el Estado Parte tome medidas para aplicar la Ley de salud reproductiva y procreación responsable de julio de 2000, gracias a la cual se dará asesoramiento sobre planificación familiar y se dispensarán contraceptivos con objeto de ofrecer a la mujer verdaderas alternativas. El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación”.

3. La recomendación citada en el punto anterior, está vinculada con la segunda razón por la cual entiendo que esta demanda no puede prosperar. La acción como ha sido planteada contiene una pretensión de carácter discriminatorio en razón del sexo (porque la derogación de la norma influiría sobre todo en niñas y adolescentes de sexo femenino), de la clase (porque afectaría de forma directa a los sectores más pobres de la población), de la orientación sexual (porque al poner énfasis en la salud reproductiva invisibiliza las demandas de información y prevención de adolescentes lesbianas, homosexuales y travestis que con la derogación de la norma sólo podrían ser satisfechas en el ámbito de la salud privada), y de la edad (porque ser joven predispone a la discriminación y marginación de manera más intensa y notoria que para el resto de la sociedad, y la derogación de las normas cuestionadas no haría más que agravar esta situación).

Como bien señala Ma. Alicia Gutiérrez, existe una importante legislación en la Argentina sobre los derechos de los niños y adultos, pero sólo excepcionalmente esa legislación es específica para adolescentes y jóvenes. Según esta autora, la “ubicación errática —de jóvenes y adolescentes— como ciudadanos los coloca en una posición de sujetos carentes de derechos en una sociedad que les impone obligaciones”.⁶ Situación que se ve agravada si a la dimensión etaria se agrega la existencia de múltiples juventudes o adolescencias⁷ producto de la variedad de realidades que se dan en el ámbito social de una gran ciudad, y que los accionantes parecen no percibir.

Entonces, para construir el consenso normativo es imprescindible partir de datos empíricos, datos que en la Argentina son desoladores cuando se los analiza en el marco de los derechos reconocidos a nivel constitucional e internacional, y plantear la siguiente pregunta: “¿cuál será la repercusión que las diferencias de género tendrán en el ejercicio de los derechos humanos durante la adolescencia? ¿Existe algo que se constituya en desigualdad y que se inscriba —en última instancia— en los cuerpos?”.⁸ Las conclusiones de diversas y recientes investigaciones conducen a una respuesta afirmativa.

Del informe del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), fechado en mayo de este año y titulado “Salud y derechos sexuales y reproductivos en la Argentina: salud pública y derechos humanos” surge que la historia de la regulación de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, estuvo marcada por el carácter conservador de sucesivos gobiernos. En 1974, el gobierno de Isabel Perón sancionó el decreto 659/74, que prohibía las actividades destinadas al control de la natalidad y establecía medidas coercitivas sobre la venta y comercialización de anticonceptivos, así como la realización de una campaña de educación sanitaria para destacar los riesgos de las prácticas anticonceptivas. En 1977, la dictadura militar dictó el decreto 3.938 que contenía los “Objetivos y Políticas Nacionales de Población”, entre los que se incluía el de “eliminar las actividades que promuevan el control de la natalidad”.

⁶ Conf. “Derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes” en Susana Checa (comp.), *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 78.

⁷ *Op. cit.*, p. 82.

⁸ Conf. Eleonor Faur, “¿Escrito en el cuerpo?”, en Susana Checa (comp.), *op. cit.*, pp. 38-39.

La primera iniciativa de política pública de diferente signo fue llevada adelante recién en 1988 por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, al poner en marcha el Programa de Procreación Responsable, dirigido a suministrar información y asistencia en anticoncepción.

La situación actual según el informe citado es que la Ciudad de Buenos Aires presenta la proporción más baja de nacimientos de adolescentes (5,1% de los partos en 2001). Señala también que un rasgo distintivo de la Argentina es la marcada iniquidad social en el acceso a los métodos anticonceptivos. Diversos estudios cualitativos han mostrado evidencia respecto de la existencia de dificultades para las mujeres pobres y las adolescentes en el acceso a información apropiada y al asesoramiento y seguimiento médico en materia anticonceptiva. Estas dificultades afectan su comportamiento anticonceptivo y aumentan la ineficacia e inseguridad de los métodos (discontinuidad, efectos secundarios adversos, prescripción inapropiada, etcétera). Como es obvio, los resultados habituales de esta situación son embarazos no deseados, los que a menudo conducen a las mujeres a recurrir al aborto en condiciones riesgosas.

Respecto del VIH/Sida el mismo informe revela que durante la última década, la Argentina —como el resto de los países de América Latina—, ha experimentado un rápido crecimiento de la epidemia en la población femenina (entre 1991 y 1994 la tasa de infección por VIH se cuadruplicó entre las mujeres). Si bien el número de varones enfermos de SIDA ha sido siempre más elevado que el de mujeres, la velocidad con la que está aumentando la infección entre la población femenina resulta preocupante. Actualmente el 78,72% de los casos de mayores de 12 años notificados son masculinos y el 20,62% femeninos. La razón hombre-mujer pasó de ser 20,4 en 1988 a 3,8 en 2002. Es especialmente significativo lo relativo a las edades de contagio, ya que si bien para ambos sexos el grupo más afectado es el de 25 a 34 años, las mujeres se enferman a edades más tempranas: el segundo grupo más afectado es el de 13 a 24 años en las mujeres y el de 35 a 39 años en los varones. Si se tiene en cuenta que la infección por VIH se produce entre 8 y 10 años antes de la aparición de los síntomas del sida, resulta evidente que una importante proporción de los casos femeninos se estaría infectando durante la adolescencia y por relaciones heterosexuales.

Estos datos son coincidentes con otras investigaciones, de las que surge que alrededor del 90% de las defunciones femeninas son producidas por aborto, hemorragia, toxemia y sepsis puerperal —lo que sería posible reducir con prevención, con los conocimientos disponibles y con una adecuada accesibilidad y calidad de los servicios en todos los niveles de atención—; que las complicaciones por aborto —primera causa nacional de muerte materna—, representan un tercio del total de dichas muertes —con un aumento preocupante registrado en la última década—; que esta situación refleja el inadecuado acceso de las mujeres a la información y a los servicios de salud reproductiva que les permitirían evitar embarazos no deseados;⁹ que en nuestro país entre 20 y 25 % de las mujeres tienen su primer bebé antes de cumplir los veinte años;¹⁰ y que la ampliación de los servicios de salud, aún en el corto plazo, produce como resultado un fuerte descenso en los niveles de morbimortalidad —razón por la cual se recomienda que los servicios de salud privilegien la accesibilidad y gratuidad antes que la alta tecnología—¹¹.

Claro está que el problema económico se halla en la base de la mayoría de las situaciones de gran marginalidad y desigualdad. Según Sen, los factores de intercambio (desde la alimentación, la buena salud, la prevención de enfermedades, y en términos más generales ser feliz o tener respeto de sí mismo) se pueden ordenar de acuerdo a la lógica del mercado o ser conferidos públicamente mediante la intervención del Estado. Sólo de esta última manera se convierten en derechos sociales, requisitos indispensables para la realización de la igualdad en términos sustantivos.

Hacer hincapié en estos datos no supone abrir el debate en torno a cuestiones que quedaron fuera del objeto de esta acción. La información precedente, en cambio, permite entender que la magnitud de las cifras relevadas es consecuencia de una

⁹ Conf. Carmen Storani, “Introducción al diseño y ejecución de una política pública que garantice el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres argentinas”, en Eleanor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos universales, realidades particulares. Reflexiones para la concreción de los derechos humanos de mujeres, niños y niñas*, Buenos Aires, UNICEF, 2003, p.151.

¹⁰ Conf. “Anexo 4. Mortalidad materna. Estrategia para su reducción en América Latina y el Caribe. Análisis y recomendaciones para la región”, en *Mortalidad materna. Un problema de salud*, Buenos Aires, Ministerio de Salud/UNICEF, 2003.

¹¹ Conf. Elsa López y Liliana Findling, “Mujeres jóvenes: salud de la reproducción y prevención”, en Susana Checa (comp.), *op. cit.*, pp. 143-144.

flagrante violación de derechos humanos, en especial de niñas y adolescentes pobres. Como bien se señala en un informe publicado conjuntamente por el Ministerio de Salud de la Nación y UNICEF, “el hecho de que ocurran muertes maternas que podrían haberse evitado constituye sólo la punta del iceberg de lo que puede ser considerado como un símbolo de una violación a los derechos humanos”.¹²

Es importante aquí señalar lo prescripto por el marco internacional de protección de los derechos humanos respecto de los niños y las mujeres, entre quienes se encuentran las niñas conforme la Recomendación General nº 24 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.¹³

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 24, inc. 2 f dice: “Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer, en su artículo 10, inc. h dispone que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”. En el art. 12 establece que “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicio de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una alimentación adecuada durante el embarazo y la lactancia”. A su vez

¹² Conf. “Anexo 4. Mortalidad materna. Estrategia para su reducción en América Latina y el Caribe. Análisis y recomendaciones para la región”, en *Mortalidad materna. Un problema de salud, op. cit.*, p. 208 y siguientes.

¹³ Dicha recomendación dice: “el término mujeres incluye a niñas y adolescentes”.

en el art. 16 prescribe que: “Los estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

En el punto 18 de la Plataforma de Acción de la Cumbre de Derechos Humanos desarrollada en Viena en 1993 se expresa que “los derechos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”. En el punto 41 del mismo documento se afirma “la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. En el contexto de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer se reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar”.

Según el Plan de Acción de la IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994), la atención de la población adolescente debe ser atendida de manera prioritaria: “Hasta ahora los servicios de salud existentes han descuidado en gran parte las necesidades en esta esfera de los adolescentes como grupo. La respuesta de las sociedades a las crecientes necesidades de salud reproductiva de los adolescentes debería basarse en información que ayude a esto a alcanzar el grado de madurez necesario para adoptar decisiones en forma responsable. En particular debería facilitarse a los adolescentes información y servicios que les ayudaran a comprender su sexualidad y a protegerse contra los embarazos no deseados, las enfermedades de transmisión sexual y el riesgo subsiguiente de infertilidad” (punto E, párrafo 7.41). En el documento se pone especial énfasis en: a) la responsabilidad masculina respecto de la sexualidad y la fecundidad al señalar que los hombres jóvenes deben ser educados para “respetar la libre determinación de las mujeres y para que compartan con ellas la responsabilidad en lo tocante a la sexualidad y la reproducción” (7.41); y b) la

prevención del embarazo adolescente ya que “[l]a maternidad a edad muy temprana entraña un riesgo de muerte materna muy superior a la media, y los hijos de las madres jóvenes tiene niveles más elevados de morbilidad y mortalidad. El embarazo a edad temprana sigue siendo un impedimento para mejorar la condición educativa, económica y social de la mujer en todas partes del mundo. Sobre todo en el caso de las jóvenes, el matrimonio y la maternidad a edad temprana limitan en alto grado las oportunidades de educación y empleo, y es probable que produzcan efectos negativos a largo plazo sobre la calidad de vida de ellas mismas y de sus hijos” (7.41).

Cabe observar que si bien se reconoce que “tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, las adolescentes de bajos ingresos a las que aparentemente se ofrecen pocas oportunidades en la vida tienen escasos alicientes para evitar el embarazo y la maternidad” (7.42), el objetivo general es “reducir sustancialmente todos los embarazos adolescentes” (7.44b).

En el párrafo 7.45 de manera expresa se afirma que “los países deben asegurar que los programas y las actitudes de los proveedores de servicios de salud no limiten el acceso de los adolescentes a los servicios apropiados y a la información que necesiten (...) esos servicios deben salvaguardar los derechos de los adolescentes a la *intimidad*, la *confidencialidad*, el *respeto* y el *consentimiento* basado en una información correcta, y respetar los valores culturales y las creencias religiosas. En este contexto los países deberían eliminar, cuando correspondiera, los obstáculos jurídicos, normativos y sociales que impiden el suministro de información y servicios de salud reproductiva a los adolescentes” (7.45, la cursiva me pertenece).

Más adelante en el párrafo 7.47 “se exhorta a los gobiernos a que, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, atiendan las necesidades especiales de los adolescentes y establezcan programas apropiados para responder a ellas. Estos programas deben incluir mecanismos de apoyo para la enseñanza y orientación de los adolescentes en las esferas de las relaciones y la igualdad entre los sexos, la violencia contra los adolescentes, la conducta sexual responsable, la planificación responsable de la familia, la vida familiar, la salud reproductiva, las enfermedades de transmisión sexual, la infección por el HIV y la prevención del SIDA. Deberían establecerse

programas para la prevención y tratamiento de los casos de abuso sexual e incesto, así como otros servicios de salud reproductiva”.

En la Plataforma de acción de la V Cumbre Mundial de la Mujer, Beijing (1995) se continúa en la misma línea. Así en el párrafo 93 se afirma que “el asesoramiento y el acceso a la información y a los servicios relativos a la salud sexual y reproductiva de los adolescentes siguen siendo insuficientes o inexistentes; no se suele tomar en consideración el derecho de las muchachas a la intimidad, la confidencialidad, el respeto y el consentimiento fundamentado (...) La maternidad prematura sigue siendo un obstáculo para el progreso educacional, económico y social de la mujer en todo el mundo”. En el párrafo 273 se establece que “al ocuparse de las cuestiones relativas a la infancia y la juventud, los gobiernos deben promover una política activa y manifiesta en el sentido de incorporar una perspectiva de género en todas las políticas y programas de forma que antes de adoptar cualquier decisión se analice de qué forma afectará a la niña y el niño, respectivamente”.

4. Los argumentos expuestos, las normas y recomendaciones internacionales citadas y las pautas hermenéuticas establecidas por la CDN, fundamentan, por una parte, la constitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la ley n° 402, y demuestran que tales artículos no contradicen el régimen nacional de patria potestad establecido en el Código Civil. Muy por el contrario, ellos son una herramienta indispensable (art. 75, inciso 23, de la CN) para efectivizar los derechos humanos de los adolescentes (en especial, el derecho a la igualdad, los derechos sexuales, los derechos reproductivos, el derecho a la salud y el derecho a la información) garantizados por la Constitución Nacional y la CCBA. Así lo voto.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La presente acción de control abstracto y concentrado de constitucionalidad (art. 113 inc. 2° de la CCABA y arts. 17 y ss. de la ley n° 402), tal cual ha sido planteada, y en la parte que resultó formalmente admisible de acuerdo a lo resuelto por

este Tribunal en la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2000, no puede tener favorable acogida.

2. En el pronunciamiento antes mencionado, por mayoría, se admitió la acción sólo en punto a dilucidar si los arts. 5° y 7° incs. a) y c) de la ley local n° 418 — modificada por la ley n° 439—, resultan o no inconstitucionales toda vez que, a criterio de los accionantes, estas disposiciones vulnerarían el derecho de los padres de velar por la salud física y espiritual de los hijos, así como de formarlos en concordancia con sus convicciones morales y religiosas, con el consiguiente menoscabo del régimen de la patria potestad consagrado en el Código Civil. Recuérdese que en aquella oportunidad en mi voto disidente también se propició la habilitación de la instancia respecto de la incorporación en el art. 7° de la ley n° 418 de la provisión de dispositivos intrauterinos y de métodos hormonales, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación, en tanto los actores los consideraron lesivos del derecho a la vida.

3. El art. 7° de la *Ley n° 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable* de la Ciudad, con las modificaciones de la ley n° 439, “garantiza la implementación de las siguientes acciones: a) Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización para cada caso particular... c) Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente: de abstinencia periódica; de barrera que comprende preservativo masculino y femenino y diafragma; químicos que comprende: cremas, jaleas, espumas, tabletas, óvulos vaginales y esponjas; hormonales; dispositivos intrauterinos”.

El artículo 5° de la ley n° 418, por su parte, dispone que “(s)on destinatarias/os de la acciones de la presente ley la población en general, especialmente las *personas en edad fértil*” (la cursiva se encuentra agregada). La ley n° 439 incorporó como segundo

párrafo de este último artículo el siguiente texto: “*Se deberán respetar sus creencias y sus valores*” (el énfasis es mío).

Asimismo, corresponde agregar que el inc. e) del mismo artículo 7°, promueve “...*la participación de los padres, en la medida que sea posible*, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos” (el destacado es añadido).

4. Como se desprende de la simple lectura de las disposiciones antes enunciadas, si entre los destinatarios de la ley se encuentran las “*personas en edad fértil*”, la ley no impide que sus prescripciones se extiendan a los “*menores de edad*” —sujetos, en virtud del Código Civil, al régimen de la patria potestad—, y que éstos requieran, sin el consentimiento de sus padres, y en el marco de una consulta en algún establecimiento público sanitario de la Ciudad, información relacionada con la salud reproductiva y sobre las características y utilización de los métodos anticonceptivos enumerados en la norma, con la consiguiente posibilidad de su prescripción médica.

No se discute hoy, como surge de los términos de la audiencia pública y de las reglas de la experiencia, que los jóvenes pueden ingresar en la “*edad fértil*” mucho tiempo antes de arribar a la mayoría de edad establecida en el código de fondo a los 21 años.

5. Es la anterior eventual hipótesis, de falta de participación paterna instando la consulta médica o de conflicto en torno a tal decisión entre padres e hijos menores, la situación que agravia a los accionantes y los lleva a considerar inconstitucional a la ley que la admite, toda vez que, en su concepto, todos los hijos menores —al encontrarse sujetos al régimen de la patria potestad establecido en el Código Civil—, no podrían requerir sin el consentimiento de sus padres o tutores, la información y las prescripciones médicas señaladas que la ley local pone a su disposición.

6. En primer término, entiendo que la afirmación precedente no se encuentra asistida en esta demanda por respaldo jurídico decisivo para alcanzar a todo el universo de los menores vecinos de la Ciudad que se pretende abarcar por el nuevo plexo

normativo. Ello se hace más evidente en el caso de menores con padres desconocidos, ausentes o desertores de su rol tuitivo que, en la realidad de los hechos, no han ejercido nunca los derechos, y menos aún los deberes, que importa la patria potestad. Asimismo, no se ha logrado demostrar de qué manera la gravitación de las disposiciones del Código Civil definitorias del régimen de la patria potestad colisionan siempre, de manera insalvable, con los artículos de la ley local de salud reproductiva que en este juicio son objeto de cuestionamiento constitucional.

Los agravios de la parte actora, en realidad, reflejan un desacuerdo con el contenido de la norma ante una eventual hipótesis de ausencia de participación paterna explícita sobre el punto, supuesto que no resulta idóneo para declarar la “*pérdida de vigencia*” de los citados artículos de la ley local de salud reproductiva, en el marco de un proceso orientado a efectuar un test de constitucionalidad *en abstracto*, como es el previsto en el art. 113 inc. 2° de la CCABA.

7. La ley local no se encuentra en pugna insalvable con las disposiciones pertinentes del Código Civil, simplemente porque del régimen de la patria potestad, vigente en nuestro país, no se desprende que los hijos menores deban contar obligatoriamente con el consentimiento expreso e indubitable de sus padres para informarse sobre temas vinculados con la salud reproductiva, ni para, llegado el caso, y cumplidos todos los recaudos que la ley exige, solicitar la asistencia pública para la prescripción de métodos anticonceptivos, claro está, no abortivos.

8. Por otro lado, resulta imposible desconocer que la ley objetada sólo pone a *disposición* de la población —y no impone— la información y los medios necesarios para proveer a la protección de la salud pública en estas cuestiones específicas vinculadas con la salud reproductiva y la procreación responsable. Obligación de la que difícilmente podría sustraerse el Estado local, a partir de la letra del art. 20 de la CCABA, en cuanto prescribe: “*Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una*

inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (...)"; y del art. 21 inc. 4° de la misma Carta que, al poner en cabeza de la Legislatura el dictado de la *Ley Básica de Salud* —directiva constitucional satisfecha mediante la sanción de la ley n° 153—, consigna entre sus lineamientos que se “(p)romueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”.

9. Corresponde recalcar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, constituye la *última ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (*Fallos*:312:2315). El control de constitucionalidad, por otro lado, no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (*Fallos*: 312:1681). Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (*Fallos*: 313: 410).

Conforme a las directrices referidas precedentemente, si la acción que se fomenta desde el Estado local, dirigida a la universalidad de los vecinos sin distinciones, puede revelarse como susceptible de traer aparejada, en algún caso concreto, una dificultad o complicación para la misión de los padres que adscriben a valores morales o religiosos que, por ejemplo, resaltan la virtud de la abstinencia sexual hasta el matrimonio, tal disvalor no puede conjurarse mediante la declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* de una norma legal orientada, justamente, a proveer asesoramiento con relación a la dimensión sexual del hombre y de la mujer en vista a la protección, en general de la salud, y en particular de la salud reproductiva, respecto de la sociedad en su conjunto, de la que si bien los primeros forman parte, no la integran de modo exclusivo. En todo caso, deberán ser esos padres quienes, a partir de

su propia prédica y conducta, creen en el seno de sus respectivas familias, dando testimonio incluso frente a terceros, las condiciones adecuadas para que sus hijos menores de edad recurran al ámbito doméstico, y no fuera de él, al tiempo de asesorarse en estas materias tan sensibles a los valores culturales y espirituales. Incluso, nada obstaría a que los apuntados padres, de entender que la injerencia estatal ha avasallado los derechos y obligaciones que emergen de la patria potestad en un caso concreto, ejerciten las acciones judiciales preventivas, defensivas o reparatoras para las cuales puedan encontrarse habilitados, ya que ninguna regla jurídica podría racionalmente impedirles cumplir con dichas obligaciones y entrometerse en cuestiones que hacen a las acciones privadas de los hombres —art. 19 de la CN—, desoyendo el mandato constitucional de brindar protección integral a la familia —art. 14 bis de la CN—.

Todas las afirmaciones antedichas, son válidas, sin desconocer, al mismo tiempo, que el hecho de vivir en sociedad, además de importar el ejercicio de derechos impone ciertas cargas.

En tal sentido, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, a la par de disponer por el art. VI que: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”, añade por el art. XXIX que: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad”.

10. La interpretación precedente que preserva el juego armónico de los derechos del menor con el ejercicio de la patria potestad, conciliando preceptos sólo aparentemente en pugna, toma en cuenta, por lo menos, tres hechos relevantes que han calado hondo en las regulaciones específicas sobre el tema y a las que me referiré por orden cronológico:

a) aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante designada CDN) mediante la ley n° 23.849, con sanción el 27 de septiembre de 1990, ante el art. 24, inc. 2, que dispone que los Estados Partes asegurarán la plena aplicación del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud a través de las medidas apropiadas para: “f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los

padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”, dicha ley dispuso por su art. 2, párrafo tercero, la siguiente declaración: “Con relación al art. 24 inc. f de la CDN, la República Argentina considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y para la paternidad responsable”.

b) la propia ley local nº 418 y sus modificaciones, como ya se indicara, ha prescripto por el art. 7, inc. e), que se garantiza la “(p)romoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos”.

c) la ley nacional nº 25.673 que crea el *Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable* ha venido a disponer por el primer enunciado de su art. 4º que: “La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad”.

11. Desde otro ángulo, no parece posible ignorar que si un o una joven menor de edad resuelve acudir a un establecimiento público de salud para asesorarse sobre el tema que nos ocupa, lo hace, en principio, a partir de un grado maduro de *discernimiento*.

Si existe ese *discernimiento*, no resulta razonable desconocer el derecho del menor a tomar un conocimiento de las derivaciones de la actividad sexual, enmarcada en el ámbito de su vida privada que ha merecido la protección de una disposición con jerarquía constitucional como es el art. 16 de la CDN que, incluso, establece en su art. 12 que “(l)os Estados Partes garantizarán al niño *que esté en condiciones de formarse un juicio propio* el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (énfasis añadido).

Teniendo como guía el interés del menor, en virtud de lo dispuesto por la CDN (art. 3º inc. 1º) que, como es sabido, goza de jerarquía superior al Código Civil, en situaciones como la presente, pareciera que la regulación local no traduce una

interpretación jurídica caprichosa, en tanto su aplicación se inspire en la protección de la salud de personas que deben contar con tutela específica e intensa. No se debe olvidar que el régimen de la patria potestad, que es bidireccional en cuanto prescribe derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos persigue, finalmente, el mismo objetivo, esto es la protección del menor. Puede interpretarse ocioso para un desprevenido pormenorizar los peligros que hoy puede presentar una generalizada ignorancia en punto a la prevención de enfermedades de transmisión sexual, pero a fin de no abundar, permítaseme referirme al menos al virus del HIV/SIDA. Tampoco es menester explayarse sobre la gran cantidad de personas (mayores y menores de edad) que en la actualidad no integran un grupo familiar consistente, capaz de contener, formar y asesorar sobre estas cuestiones, a quienes podría estar dirigida la ley, pero reflexiónese sobre el creciente número de jóvenes en soledad.

12. En cuanto a los agravios que se han agitado contra la ley, relativos a la vulneración genérica y en abstracto del derecho de los padres de velar por la salud física y espiritual de sus hijos en el marco del ejercicio de la patria potestad consagrada por el Código Civil, valga añadir a mayor abundamiento que la pretendida cuestión federal compleja indirecta que se suscitaría por afectación del principio de supremacía de la Constitución y de la legislación dictada en su consecuencia (arts. 31 y 75 inc. 12 CN), se ha desvanecido por completo a partir de la sanción de la ley n° 25.673, emanada del mismo órgano del gobierno federal que aprobara en su hora los códigos de fondo y que ha pretendido conciliar los derechos de los padres y de los hijos.

Cabe añadir que dicho régimen, de hecho, y en los puntos en los cuales los lineamientos se muestran convergentes, tanto en la ley local n° 418 y sus modificaciones, cuanto en la ley nacional n° 25.673, podría ser calificado, a tenor de lo prescripto por el art. 11, inc. b) de la segunda de las leyes, utilizando palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como una suerte de plexo jurídico de *derecho intrafederal*, con rango, incluso, superior a la legislación común y/o federal sancionada por el Congreso de la Nación (doctrina extensiva de la causa: “*El Cóndor Empresa de*

Transportes S. A. v. Provincia de Buenos Aires”, considerando 11, sentencia del 7 de diciembre de 2001, Fallos: 324:426).

13. Como se ha dicho, la ley que se intenta poner en crisis, preserva, en términos razonables, la *intervención de los padres*, como no podría ser de otro modo, en todo aquello relativo a la salud reproductiva de sus hijos. Ello en armonía con la regulación contenida en la CDN art. 3º inc. 2º, donde reza: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, *teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres*, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (el énfasis me pertenece).

Con respecto a los interesados en requerir la asistencia médica, cabe añadir que además la ley dispone que “se deberán respetar sus creencias y sus valores”.

14. Poner a disposición de la población en edad fértil los canales de acceso a la información sobre salud reproductiva, no se opone a la Constitución de la Ciudad, y se inscribe dentro de las coordenadas que traza el art. 24 inc. 1 de la CDN, en donde se destaca que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y se comprometen a que ningún niño sea privado de la satisfacción de los servicios sanitarios respectivos.

15. Desde otra óptica, considero fundamental mencionar otras disposiciones de jerarquía constitucional contenidas en el art. 13 de la CDN, donde puede leerse: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas ... 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas *restricciones*, que serán únicamente las que la *ley prevea y sean necesarias*: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o *para proteger la salud o moral públicas*” (el destacado ha sido añadido).

Por otra parte, el art. 16 de la misma Convención —reiteradamente citada en este voto— establece que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

De estos artículos surge, en primer término, el reconocimiento para los niños de un derecho con carácter amplio para el acceso a la información. Luego, se tutela la “vida privada” de los niños para protegerla de injerencias arbitrarias o ilegales.

16. Como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “los derechos reconocidos en la Constitución —y por ende en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna— deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales” (*Fallos*: 324: 975). En este caso, como se dijo, no se advierte una violación al principio de supremacía receptado en el art. 31, CN, desde que ni el Código Civil ni otra norma, impiden regular aspectos como el derecho a la información de los menores, de una manera tal que les permita a ellos *tener acceso* al asesoramiento en materia de salud reproductiva.

17. A su vez, deseo expresar mi total convicción en cuanto a que *la familia, antes y ahora, ha representado y representa el núcleo natural y el marco óptimo para que los hijos se formen y crezcan* (v. en sentido coincidente, Preámbulo de la CDN, párrafos 5° y 6°; art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16 inc. 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 17 inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y art. 23 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Una cosa es que el concepto “familia” adquiera significados más o menos amplios, o si se quiere diversos; otra, bien diferente, es pensar que la familia fundada en

la unión estable entre un hombre y una mujer para la procreación y educación de los hijos ha dejado de ser la institución fundamental sobre la cual se edifica una sociedad sana, justa y solidaria.

No obstante estas convicciones personales que me permito reafirmar aquí, lo son sin perjuicio de reconocer que el Estado, con los medios legítimos que tiene a su disposición y con los límites del caso, *debe* poner al servicio del conjunto de los habitantes todas las herramientas necesarias para que cada uno de ellos alcance el *nivel más alto de autonomía y calidad de vida*.

18. Es claro que “(t)odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (CADH, art. 19), por ello, la acción tuitiva, de formación y de asesoramiento de los menores (y personas mayores) en edad fértil, es una tarea conjunta, una labor de todos, es un rol natural o político, que debe realizarse complementariamente.

19. En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho a la salud. Creemos útil traer en nuestro auxilio algunas expresiones del Alto Tribunal Federal, que consideramos emblemáticas. Así ha señalado: “*El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional — art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional— extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva*” (in re: “*Asociación Benghalensis y Otros v. M° de Salud y Acción Social – Estado Nacional*”, sentencia del 1° de junio de 2000, Fallos 323: 1339).

Es destacable asimismo, la forma en que la Corte conecta el derecho a la salud con el derecho a la vida: “*El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal,*

toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida —principio de autonomía—” (Fallos 323: 1339).

En resumen, en la opinión de la Corte: “*Lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (...)*” (in re: “*Ana Carina Campodonico de Beviacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*”, sentencia del 24 de octubre de 2000, Fallos 323: 3229).

Esto implica, sin duda, que el ordenamiento reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar en plenitud de la salud física y mental, así como el deber del Estado de procurar su satisfacción (cfr. doctrina de Fallos 323: 3229).

Por las consideraciones expuestas, en atención a la naturaleza de la acción, y computando como ha sido traída la cuestión a este estrado, voto por el rechazo de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad. Costas en el orden causado (art. 25 de la ley n° 402).

El juez Eduardo A. Russo dijo:

1. Habiendo deducido los actores una acción declarativa de inconstitucionalidad sobre una norma dictada por la legislatura local y a fin de efectuar un pronunciamiento este Tribunal debe examinar las normas en juego y el fundamento de la pretensión de los accionantes.

Dada la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad considero que deberá tenerse en cuenta no sólo la presunción de legitimidad de que gozan las normas dictadas por un órgano –la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- en el uso legítimo de sus facultades y la sujeción de la misma a los preceptos constitucionales sino también la base de la impugnación que han efectuado los demandantes. En tal

sentido es menester tener presente que los actores han basado el fundamento de su pretensión principalmente en que la norma que impugnan “desconoce el régimen de patria potestad, consagrado en el Código Civil, y su jerarquía normativa, fijada por el art. 31 de la Constitución Nacional” (fs. 68/68 vta.).

2. Así y considerando que el Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta competente para legislar en materia educativa y sanitaria en el territorio de la Ciudad, entiendo que a efectos de resolver sobre la cuestión traída a debate corresponde analizar si los artículos 5° y 7° de la ley 418 (modif. por ley 439) colisionan con las disposiciones del Código Civil que regulan la patria potestad y, si se trata de una norma que resulte incompatible con la Constitución Nacional.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece expresamente el reconocimiento de “derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”, y la garantía de la “Igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores” (art. 37°). Por su parte los artículos 20° y 21° de CCABA establecen el derecho a la salud y el inc. 4, del último incluye -entre los lineamientos que debe seguir la Legislatura ante la obligación de sancionar una ley básica de salud-, que deberá promover “la maternidad y paternidad responsables”, debiendo para tal fin poner “a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”.

Asimismo, el artículo 10° de la Constitución local establece que en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, “rigen todos los derechos declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen...”.

El art. 19° de la Constitución Nacional por su parte, consagra la libertad de intimidad, siendo ésta libertad también establecida por los artículos 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17° del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, de tal manera los destinatarios de la ley tienen la decisión de acceder o no a

las prestaciones que la legislación local pone a su disposición sin que el Estado o los particulares puedan interferir en ello.

3. El art. 7° de la Ley n° 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad, (modif. por la ley n° 439), “garantiza la implementación de las siguientes acciones: a) Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización para cada caso particular... c) Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente: de abstinencia periódica; de barrera que comprende preservativo masculino y femenino y diafragma; químicos que comprende: cremas, jaleas, espumas, tabletas, óvulos vaginales y esponjas; hormonales; dispositivos intrauterinos”.

Por su parte el art. 5° de la ley n° 418, establece que “(s)on destinatarias/os de la acciones de la presente ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil”. La ley n° 439 agregó a continuación de dicho artículo que : “Se deberán respetar sus creencias y sus valores”.

Finalmente, el inc. e) del mismo artículo 7°, promueve “...la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos”.

Las normas reseñadas están dirigidas a un sector de la población “personas en edad fértil”, de allí que resulte necesario establecer si la determinación normativa suscita o no una colisión con la legislación que regula el ejercicio de la patria potestad.

Al respecto no cabe concluir sino en la inexistencia de conflicto entre ambas prescripciones, pues del mismo texto legal surge la promoción de “la participación de los padres en *todo* lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos” (el resaltado es propio) y el agregado de “en la medida de lo posible”. Vale decir que la ley no impide la participación de los padres en las prestaciones que el Estado pone al alcance de los

destinatarios. Va de suyo que la medida de lo posible estará dada por circunstancias fácticas ajenas a la prescripción normativa. Así, por ejemplo, la ley ha garantizado la prestación aún en los casos en los que cualquier situación imposibilite la presencia de los padres, sea por inexistencia, ausencia de los mismos, por suspensión de la patria potestad o por elección del menor.

El art. 13° inc. 1) de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la CDN) al consagrar la libertad de expresión, establece que ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. El inc. 2) establece como restricciones a ese derecho *únicamente* las que la ley prevea y sean necesarias: a) para el respeto de los derechos o reputación de los demás; o b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, debe destacarse que conforme al art. 1° determina que a los efectos de la Convención se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años (en nuestro país desde la concepción).

Como se ve la sujeción legal que la CDN establece al acceso de información de los niños no aparece sometida a la exclusiva voluntad de los padres, ello hace necesario visualizar un parámetro a fin de precisar el alcance que debe entenderse válido para la fijación de ese límite.

Tal como lo sostiene mi distinguida colega Alicia E. C. Ruiz en su calificado voto, el concepto de capacidad que consagra el viejo artículo 921 del Código Civil ha sido superado por el que emana de la CDN pues, el alcance del concepto queda determinado en cuanto al ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes, por la evolución de las facultades de los mismos (arts. 5° y 14° entre otros).

Es que la CDN ha venido a consolidar la consideración del niño como sujeto de derecho desplazando viejas concepciones que lo categorizaban como un objeto de derecho.

De tal manera, el ejercicio de la patria potestad encuentra sus limitaciones en cualquier práctica por parte de los padres que vulnere los derechos que establece la CDN, toda vez que tiene en mira –en referencia a la educación del niño– que “deberá

estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre...” (art. 29º, inc. d).

El art. 24º inc. f) establece que los Estados partes deberán desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia, lo que no puede traducirse como la facultad de los padres para impedir el acceso de los destinatarios de la ley a la información y prestaciones que ella contempla pues, la interpretación armónica de los mismos artículos de la Convención llevan a concluir que la teleología de la misma es garantizar la formación completa del niño para –como ya se señalara- asumir una vida responsable en una sociedad libre.

4. Por otra parte la legislación que se analiza (específicamente el art. 7º, inc. f de la ley 418 y su modif. 439), también garantiza la implementación de acciones tendientes a la Información acerca de que el preservativo es por el momento el único método anticonceptivo que al mismo tiempo previene de la infección por VIH y del resto de las enfermedades de transmisión sexual. Tal norma se enlaza con una política sanitaria acorde a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el contexto del VIH/Sida que ha definido unos principios para reducir la vulnerabilidad de los niños a la infección y para protegerlos de la discriminación por causa de su condición de seropositividad real o presunta, determinando que: a) Los niños deben tener acceso a la educación e información sobre como prevenir el VIH/sida. Hay que tomar medidas para eliminar los obstáculos sociales, culturales, políticos o religiosos que impiden este acceso. b) Todos los niños deben recibir tratamiento y atención adecuados para el VIH/sida, inclusive cuando esto implique costos adicionales, como es el caso de los huérfanos. c) Los niños deben tener acceso a los servicios y programas de atención a la salud. Hay que eliminar los obstáculos que encuentran para lograr ese acceso los grupos especialmente vulnerables. d) Los niños deben tener acceso a las prestaciones sociales, incluida la seguridad social. f) Los niños deben ser educados e informados, en la escuela y fuera de ellas, sobre como prevenir el VIH/sida sea cual sea su condición serológica.

5. En virtud del planteo formulado por los actores, entiendo que resulta pertinente recurrir a la definición de salud dada por la Organización Mundial, así entendió que se trata de un "...estado completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de dolencias o enfermedades" (OMS, Documento Básico 42, Ed. 1999).

El mismo Organismo establece que salud reproductiva implica que las personas estén aptas para tener una vida satisfactoria y segura, que tengan capacidad para reproducirse y para decidir sí, cuándo y con qué frecuencia. Reconoce que están implícitos en esta última condición los derechos de hombres y mujeres a la información y acceso a métodos seguros, eficaces, aceptables y accesibles de regulación de la fecundidad a su libre elección y el derecho al acceso a servicios de salud apropiados que permitan a las mujeres en gravidez partos seguros y proporcionen a las parejas la mejor chance de tener una criatura saludable (conf. OMS, versión 2/5/91).

La IV Conferencia Mundial de la Mujer de Naciones Unidas (Beijing 1995) explica en sentido similar el concepto salud reproductiva y en consonancia sostiene que la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud reproductiva. Incluyendo la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

6. No puede desconocerse el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los que el artículo 75, inc. 22 ha otorgado jerarquía constitucional.

La Corte Suprema de la Nación se ha expedido sobre la vigencia de los tratados internacionales, reconociendo la operatividad de los derechos tutelados a través de instrumentos internacionales suscriptos por el Estado argentino, al entender que los derechos reconocidos por los mismos podrían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local. (Eckmedjian c/Sofovich). Posteriormente, reconoció en "Giroldi H. S/recurso de casación" como pauta interpretativa el

reconocimiento del carácter de guía que debe darse a las decisiones de los organismos internacionales.

7. Cabe mencionar que la Declaración de Valencia sobre los Derechos Sexuales de 1997 estableció los siguientes derechos: 1) *Derecho a la libertad*, que excluye todas las formas de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier momento de la vida y en toda condición. La lucha contra la violencia constituye una prioridad. 2) *Derecho a la autonomía, integridad y seguridad corporal*. Este derecho abarca el control y disfrute del propio cuerpo, libre de torturas, mutilaciones y violencias de toda índole. 3) *Derecho a la igualdad y la equidad sexual*. Se refiere a estar libre de todas las formas de discriminación. Implica respeto a la multiplicidad y diversidad de las formas de expresión de la sexualidad humana, sea cual fuere el sexo, género, edad, etnia, clase social, religión y orientación sexual a la que pertenece. 4) *Derecho a la salud sexual*. Incluyendo la disponibilidad de recursos suficientes para el desarrollo de la investigación y conocimientos necesarios para su promoción. El sida y las enfermedades de transmisión sexual (ETS) requieren de aún más recursos para su diagnóstico, investigación y tratamiento. 5) *Derecho a la información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana* que permita tomar decisiones respecto a la propia vida sexual. 6) *Derecho a una educación sexual integral desde el nacimiento y a lo largo de toda la vida*. En este proceso deben intervenir todas las instituciones sociales. 7) *Derecho a la libre asociación*. Significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de disolver dicha unión y de establecer otras formas de convivencia sexual. 8) *Derecho a la decisión reproductiva libre y responsable*. Tener o no hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el acceso a las formas de regular la fecundidad. El niño y la niña tienen derecho a ser deseados y queridos. 9) *Derecho a la vida privada que implica la capacidad de tomar decisiones autónomas con respecto a la propia vida sexual dentro de un contexto de ética personal y social*. El ejercicio consciente racional y satisfactorio de la sexualidad es inviolable e insustituible. La sexualidad humana constituye el origen del vínculo más profundo entre los seres humanos y de su realización efectiva depende el bienestar de las personas, las parejas, la familia y la sociedad. Es por tanto su

patrimonio más importante y su respeto debe ser promovido por todos los medios posibles.

El XIII Congreso Mundial de Sexología de Valencia (29 de junio de 1997) sostuvo que la salud sexual es un derecho humano básico y fundamental.

8. Los actores no han cuestionado la validez de la Constitución local con respecto a lo preceptuado por la Constitución Nacional, y resulta innegable que los fines de las normas impugnadas son coincidentes con ambas.

Tampoco han especificado razones que permitan descalificar los fines específicos de la ley.

El conflicto que los accionantes encuentran entre los medios que la ley ha establecido para el cumplimiento de sus fines y la patria potestad, obedece a una equívoca hermenéutica que entiende el ejercicio de la patria potestad como un derecho absoluto de los padres para decidir sobre la información o las prestaciones que la ley proporciona a los niños. En efecto, la normativa impugnada, promueve la participación de los padres, no la impide, y, en caso de oposición de éstos a que el niño o adolescente (en tanto personas en edad fértil) recibiera el asesoramiento o asistencia que la ley prevé, ha optado por priorizar la voluntad del niño o adolescente, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, cuya jerarquía constitucional se encuentra establecida en nuestra Carta Magna (art. 75° inc. 22).

La constitucionalidad de los art. 5° y 7° de la ley 418 (modif., por ley 439) no ha podido ser desvirtuada por los accionantes, ni tampoco han logrado establecer la existencia de un conflicto entre dicha normativa y el régimen nacional de patria potestad regulado por el Código Civil de la Nación.

9. Sin afectar lo hasta aquí decidido y fundado, resta efectuar una breve consideración personal sobre los contenidos y fines de la ley 418 y su modificatoria. Ya en otra parte (*La lengua del Derecho*, 3ra. Edición, Editorial Estudio, pág. 51 y Rev. Zettel, Año 1 Nro. 1, págs. 29 y ss.) tuve oportunidad de destacar, en un análisis iusfilosófico orientado desde una perspectiva lingüística, la íntima conexión entre lo

enunciable y lo *visible*, con apoyo en los postulados filolingüísticos de Michel Foucault. Así, sostuve en la primera de aquellas obras, que lo enunciado, respecto de un objeto o sujeto cualquiera, determina *al mismo tiempo* su visibilidad, en el sentido de lo que se puede (o se debe) ver, configurando a la interpretación y no al objeto en sí. Si bien el objeto permanece existente en cuanto tal, lo enunciable resulta focalizador de lo visible, como iluminado por una linterna, y reduciendo el resto a penumbra. Aunque es dable preguntar si desde esta posición epistemológica resulta factible continuar hablando del “objeto” como elemento neutro, cuando éste sólo es conocido a partir de una enunciación dada que le asigna un modo particular de existencia. Se trata, en definitiva de mostrar, como dijera el filósofo francés Jean-François Lyotard, que “...en lo visual existe lo invisible.” (cf. *Lo Inhumano*, Ed. Manantial, 1998, pág. 129). Los argumentos traídos a la presente causa por los accionantes, en sustento de su pretensión, califican a la ley 418 como lesiva del derecho a la vida y del ejercicio de la patria potestad, en tanto autoriza la provisión de material anticonceptivo a menores de edad sin el expreso consentimiento paterno (fs. 71/72). Si bien la pertinencia legal de tales asertos ya fue tratada, negándoseles una acogida favorable, cabe preguntarse por tales posiciones a la luz de las tesis foucaultianas descritas anteriormente. La pregunta por el espacio de acción del enunciado es dual. En primer lugar, los argumentos de los actores hacen visible una posición –que, conforme un principio vital de la democracia, por mayor o menor consenso de que goce no deja de ser relativa y particular- que privilegia las relaciones familiares del Código Civil por sobre las medidas de atención y prevención dispuestas por la ley 418, argumentando incluso su pugna. Asimismo, califican a la norma atacada de atentatoria del derecho fundamental a la vida, en razón de las disposiciones que, en materia de control y cuidado de la concepción, la misma contiene. Este es el espacio de visibilidad que los enunciados de la presentación judicial de los actores arrojan sobre el objeto de impugnación a la vez que de estudio, en el caso, la ley 418, respecto de los contenidos que han quedado sujetos a análisis por parte del Tribunal. Pero, como dije, los enunciados realizan un comportamiento dual: al tiempo que iluminan crean espacios de oscuridad que en modo alguno permanecen ajenos a la operatividad del lenguaje, puesto que su condición de penumbra se ha originado en un

modo puntual de visualización del objeto. Y entiendo que tal oscuridad, en el *sub examine*, engloba a todos aquellos supuestos o “probables” que puedan eventualmente resultar ajenos a los compromisos de la patria potestad, y a los cuales la ley bajo análisis se ha ocupado de dar acogida y protección. Evidentemente, tales supuestos no pueden ser referidos de manera genérica y requieren de la verificación singular de un estado de cosas en el cual el auxilio paterno, en una materia tan delicada como la salud sexual de los menores de edad, se encuentre ausente o resulte insuficiente. Sin embargo, es innegable que debe reducirse de modo desmesurado el haz de luz del enunciado, para desplazar al vacío los constantes datos de la realidad que manifiestan esa ausencia y desprotección respecto de un amplísimo sector de la población de la Ciudad. Nada es más político e ideológico que la lengua, supo afirmar Roland Barthes (“Saussure, el signo y la democracia”, en *La aventura semiológica*, Ed. Paidós, 1990), y por ello, considero, que deben en el presente precisarse otros modos de enunciación respecto de la ley en crisis o, lo que es lo mismo, iluminar y oscurecer otros espacios de esa totalidad concreta que importa todo objeto bajo examen.

Como dijera anteriormente, la ley 418 no veda el acceso de los padres a los mecanismos de prevención y protección que crea, pero, a través del agregado “en la medida de lo posible”, amplía su alcance a aquellos particulares que pudieran carecer, de cualquier modo, de tal auxilio básico. El problema, tal vez, respecto de la postura de quienes promovieran esta acción, radique en el contenido que se otorgue a esta noción de posibilidad que se haya inscripta en la ley. Sin pretender dar cuenta del pensamiento de los accionantes, los dichos de su presentación ante el Tribunal parecen referir a lo posible –en los términos del presente caso- como aquello no deseado, o como un cierto cuerpo de supuestos que sería deseable no ocurran y que tienden a suceder en la medida en que la norma los contempla y los regula. Pero la posibilidad, en el ámbito que nos ocupa, cual es la salud de la población local, no debe ser entendida únicamente como un potencial que es creado por el contenido de nuestras leyes, sino, primordialmente, como aquello que, si bien escapa a la regularidad, ocurre. La posibilidad no es aquello que puede darse, sino lo *dado*. Lo dado mismo en tanto que posible, en tanto sujeto a contingencia. La ley 418 no rechaza ni altera en modo alguno el régimen de patria

potestad; lo complementa, a través de la contemplación de esos posibles –ya dados- que carecen del auxilio y soporte que registra la ley civil. Desde esta perspectiva, un nuevo haz de luz surge desde la enunciación y transforma el objeto observado. La ley 418 en modo alguno atenta contra el derecho a la vida, muy por el contrario, lo favorece, poniendo al servicio de la misma herramientas médicas e institucionales imprescindibles. Siempre habrá un espacio de sombra, de incompletitud; pero probablemente no resulte errado afirmar que, en el caso, y ante esta posición interpretativa, la penumbra involucre sólo a un conjunto de dogmatismos socialmente perimidos.

10. Pero no se agota allí la cuestión, si es que hay debate pasible de agotamiento. Las consideraciones del punto precedente atendían de modo directo al objeto de impugnación de la presente causa, esto es, ciertos contenidos de la ley 418. Pero la precisión de los alcances y del ajuste a la letra constitucional del mencionado texto legal exceden la pregunta por el objeto ya que éste, como toda ley, tiene su correlato en el cuerpo de los sujetos. Por ello, los problemas jurídicos atinentes a los niños deben ser tratados de manera dinámica. Ya destacué como la CDN ha modificado su estatuto jurídico, definiendo al niño no ya como un objeto, sino como un sujeto de derecho, por lo que cualquier definición del hombre o la persona le resulta abarcativa. Ahora, siguiendo con el desarrollo del punto anterior, quisiera observar que la interpretación de la norma que aquí nos ocupa también efectúa su espacio de visibilidad e invisibilidad sobre los sujetos, calificándolos y prestándoles una determinada configuración existencial. No sólo entonces la pregunta por ciertos contenidos de la ley 418 importa una postura relativa a su significado o a su viabilidad en el sistema jerárquico de derecho que poseemos, sino que, además, importa un planteo sobre aquellos a quienes ésta se dirige.

Y en este punto la primera regla de observancia debe ser la prudencia. Pues el objeto a analizar resulta ser al mismo tiempo un sujeto, con las características de labilidad, evanescencia y variabilidad que ello implica. No interesa aquí intentar una definición particular de la persona, pues ello importaría ingresar en consideraciones

cuya extensión no se justifican, en razón de la manifiesta improcedencia de la acción intentada. Solamente destacar que las precisiones efectuadas *ut supra* sobre los enunciados y su doble afirmación de lo visible y lo invisible se tornan harto más delicadas cuando se trata de dar cuenta del carácter, naturaleza, posibilidad y necesidades de los sujetos. Máxime cuando en el seno de toda cultura el discurso antropológico se revela siempre como múltiple. Pero sí cabe dar respuesta a la pregunta del filósofo español Miguel Morey, al menos en el marco acotado del presente caso: “Cuando nos preguntamos por el ser del hombre, ¿qué interrogamos exactamente: la Idea de hombre o la existencia concreta de los hombres –el hombre ‘eterno’ o los sujetos históricos?” (en *El hombre como argumento*, ed. Anthropos, 1987, pág. 63). La acción interpuesta parece referir necesidades y derechos de un sujeto ideal, a través de una posición que parece descartar la variabilidad de las circunstancias existenciales concretas. Suerte de fenómeno vacío al que se atribuyen de manera general derechos y posibilidades. La tesis de este voto es que lo humano *es* sus derechos, moldeándose en el plano histórico-concreto del devenir. Toda definición estática reduce el espacio de lo visible y aumenta las formas de la penumbra. Y esto, en el marco de la pregunta por la subjetividad resulta por demás indeseable. Por eso cabe tomar partido por la segunda posibilidad que ofrece la interrogación de Morey. La pregunta por los derechos, por las necesidades, por las estrategias y mecanismos a desarrollar, respecto del hombre o, en el presente, del niño y el adolescente, debe apuntar al sujeto histórico; a ese sujeto que es a la vez contexto y que por ello resulta siempre inclasificable de manera última. En consecuencia, las leyes que regulen su presencia deben abrirse lo más posible a las exigencias de esa multiplicidad tan propia de lo humano. Ésta, creo, es la télesis que conviene extraer de los preceptos de prevención y atención de la ley 418 y su modificatoria.

Por las consideraciones expuestas voto por el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida, con costas en el orden causado (art. 25, ley 402).

Por ello, de conformidad a lo dictaminado, con sólidos fundamentos, por la Sra. Asesora General de Incapaces Adjunta y por el Sr. Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

resuelve:

- 1. Rechazar** la demanda de fs. 62/77, en cuanto fue declarada admisible.
- 2. Declarar** las costas por su orden (art. 25 de la ley n° 402).
- 3. Mandar** que se registre, se notifique y, oportunamente, se archive.

Firmado: Ruiz-Maier-Conde-Casás-Russo