

El consentimiento de niñas y adolescentes a la práctica del aborto

por Juan G. Navarro Floria

Pontificia Universidad Católica Argentina

En toda interrupción de un embarazo, sea “legal”, “voluntaria” o ilegal, está implicado en grado superlativo un niño: el que ve su vida tronchada por la práctica, de manera irremediable. Decir esto no es una provocación ni una postura ideológica, sino una afirmación estrictamente jurídica. Conforme al artículo 2 de la ley 23849, “Con relación al artículo 1º de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Esa ley es la aprobatoria de la Convención que menciona la norma, y esa declaración es la “condición de vigencia” de la Convención (en los términos del art.75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que otorga a ese convenio y a esa declaración o reserva, jerarquía constitucional).

La norma citada concuerda con otra que también tiene jerarquía constitucional, el art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, que afirma que “persona es todo ser humano”, y que tiene su eco en el artículo 19 del Código Civil y Comercial (CCC) que sin salvedad alguna establece que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. No hay duda alguna entonces: desde una mirada estrictamente jurídica pero que coincide sin ninguna contradicción con los datos de la ciencia y con la más elemental experiencia humana, el aborto implica la eliminación de un ser humano, que es persona, y es niño o niña¹.

Esta comprobación conduce a verificar que la legalización y promoción del aborto establecida por la ley 27.610 implica un quiebre dramático del principio de universalidad de los derechos humanos, fundado en la común dignidad de todos los miembros de la familia humana: ahora en la Argentina hay seres humanos, que jurídicamente son personas (niños o niñas) que carecen de todo derecho, comenzando por el primordial que es el derecho a la vida. Ciertamente, como las normas indicadas más arriba tienen jerarquía constitucional, eso determina en cualquier lectura honesta que se haga de esta novedad la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la ley 27.610. Pero no vamos a desarrollar eso. El objeto de estas líneas es otro, por lo que dejaremos por un momento de lado esa insanable inconstitucionalidad y haremos de cuenta que la ley ha de aplicarse.

Vamos a ocuparnos entonces acá de otros niños (o más exactamente, niñas) que también a su modo son protagonistas de abortos: las niñas gestantes, las niñas y adolescentes que abortan o se enfrentan a la posibilidad de hacerlo.

El drama del embarazo infantil y adolescente

Queremos hacer un análisis jurídico de la cuestión que se nos ha planteado. Pero ese análisis no puede ser descarnado, como nada puede serlo en el Derecho de Familia. El Derecho opera sobre la realidad, y la realidad puede ser áspera.

En la Argentina 65 de cada mil mujeres de entre 15 y 19 años son madres (el 13 % de los nacidos vivos tienen madres de ese rango etario), y también lo son 1,6 de cada mil niñas de 10 a 14 años (el 0.4 % de los nacidos vivos tienen madres niñas, casi 3000 por año). La tasa de fecundidad adolescente en nuestro país es de las más altas del continente, con significativas diferencias según la región del país y las provincias.

Toda vida es un don, no importa lo difícil de las circunstancias. Pero hay que reconocer que no es deseable que una niña sea madre prematuramente. Por algo el Derecho se ha preocupado desde muy antiguo de establecer una “edad núbil” para contraer matrimonio, que además ha ido aumentando en el tiempo hasta, en la Argentina, los 18 años que como regla exige el Código Civil y Comercial (art.4032, sin perjuicio de la posibilidad de dispensa antes de esa edad regulada en el art.404). También el Derecho internacional desalienta, con razón, el matrimonio infantil³. Que es una forma indirecta de desalentar la maternidad infantil.

Las niñas deberían vivir plenamente la infancia, y ocupar ese tiempo en el juego, el estudio, la preparación para la vida adulta. Un embarazo prematuro, deseado o no, va a comprometer el itinerario

formativa de la niña madre⁴, va disminuir se quiera o no su posibilidad de desarrollo laboral o profesional, y si es una niña pobre o en situación de vulnerabilidad va a contribuir a acentuar esa condición.

Dicho todo esto, hay que decir también que el aborto es un mal en sí mismo y no es la solución al problema. Es necesario un redoblado esfuerzo educativo, comenzando por la familia y por la escuela, para prevenir y evitar en lo posible el embarazo infantil y adolescente. Cuestionar el aborto no implica de ninguna manera desconocer ese drama ni alentar tales embarazos.

Los menores en el CCC: capacidad, competencia y responsabilidad parental

Una característica del Código Civil y Comercial vigente desde 2015 en materia de capacidad de los menores de edad es su ambigüedad y confusión. Para entender el régimen hay que considerar las normas del capítulo sobre capacidad⁵ en conjunto con las dedicadas a la responsabilidad parental⁶, e incluso algunas del capítulo sobre derechos personalísimos⁷.

Por lo pronto, en el CCC el concepto de “menor de edad” se superpone y coincide con el de “niño” de la Convención aprobada por Ley 23849, y de la ley 26.061: la persona que no ha cumplido 18 años, según el artículo 24 CCC⁸ es menor, y es niño. A partir de los 16 años se denomina adolescente⁹.

No está claro que el CCC considere a los menores de edad necesariamente incapaces de hecho. El art.23 cuando enumera a los incapaces no los menciona claramente, sino que alude sólo a “la persona que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente”, lo que parece demandar un análisis caso a caso para examinar esa madurez, probablemente por parte del juez. Si es así, no todo menor de edad sería incapaz, sino únicamente aquel que pueda ser calificado como inmaduro. En esa misma línea, el art. 26 afirma que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, pero inmediatamente relativiza la idea de representación diciendo que “la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

La misma hesitación se advierte en las normas sobre responsabilidad parental. El art.639 enuncia los principios en la materia, inobjetables en sí mismos, que están tomados de la Convención de los Derechos del Niño: respeto por “el interés superior del niño”; “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo”, y “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”. El que resulta problemático, por el grado de incertidumbre que introduce, es el segundo (autonomía progresiva), especialmente a la luz de la segunda frase del inciso: “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. Es difícil comprender cómo la representación pueda ser susceptible de grados, de más o de menos: o se necesita representación, o no se la necesita; no es comprensible requerir “un poquito de representación” dependiendo de la madurez del menor en concreto. Por no hablar de algo evidente: un mismo menor puede tener cierta madurez para algunos actos y no para otros, lo que lo sujetaría a una representación oscilante, con grave mengua de la seguridad jurídica.

Ahora bien: podemos entender que la representación, asociada a la incapacidad en la medida en que ella exista y con las ambigüedades recién apuntadas, se vincula estrictamente a la realización de actos jurídicos. Si con todas las dudas apuntadas se concluye que para un acto determinado hacía falta tal representación y ésta estuvo ausente, el acto será nulo. El problema, en relación al tema que hoy nos ocupa, no está sin embargo principalmente en los actos jurídicos (aunque comprar un medicamento para producir un aborto, o contratar a un médico para que lo realice, lo son), sino en otro tipo de actos: los actos personalísimos.

Los actos personalísimos¹⁰, entre los que están los atinentes al cuidado del propio cuerpo y salud, requieren el consentimiento libre e informado del propio sujeto (art.59 CCC). Pero en relación a los menores de edad y específicamente en lo que se refiere a actos y tratamientos médicos, el CCC trae en el mismo art.26 antes mencionado algunas reglas específicas. Esas reglas introducen y desarrollan, sin mencionarlo por su nombre, el concepto de “competencia” para actos personalísimos, que es algo diferente de la capacidad, y se aproxima más bien otro concepto jurídico clásico, el del discernimiento¹¹.

En lo referido a “tratamientos” (con mayor precisión el CCC debería haber hablado de “actos médicos”, incluyendo tratamientos, actos aislados, acciones terapéuticas y pruebas diagnósticas), el CCC establece una categorización específica, previendo tres rangos de edad (hasta los 13 años, entre los 13 y los 16, y a partir de los 16), y para el segundo de esos rangos una distinción según el tipo de tratamiento en cuestión. Es importante notar que la ley 27.610 (art.8) menciona específicamente a este art.26 CCC como “marco” para lo que ella misma dispone, aunque como luego veremos lo desnaturaliza de modo importante.

Hasta los 13 años no hay previsión especial en el CCC, por lo que se supone que las decisiones corresponden a los progenitores, respetando siempre el derecho del niño (la niña si pensamos en el aborto) a ser oído.

En el otro extremo, a partir de los 16 años “el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Hay que suponer que “adulto” (palabra que no aparece en el resto del CCC) quiere decir “mayor de edad”, y que por tanto desde los 16 años el o la adolescente es “como si” fuese mayor y por tanto tiene capacidad (competencia) para decidir sin intervención de sus padres. Claro que en el aborto la decisión no será sobre su “propio cuerpo”, sino sobre una vida ajena, lo que estricta y literalmente haría inaplicable esta norma.

La zona gris es la que ocurre entre los 13 y los 16 años porque allí la autonomía del o la adolescente depende de la índole del acto médico de que se trate. Ante “tratamientos no invasivos” o que no “comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”, se presume en el adolescente la aptitud para decidir por sí. Veremos luego que quienes propician el aborto dirán que el aborto medicamentoso es “no invasivo”, y como por definición ideológica es “seguro”, estaría incluido en esta hipótesis. En cambio, en el caso de “tratamientos invasivos” o en los que sí esté “comprometido el estado de salud” del niño o en riesgo su integridad o su vida, no basta con la decisión propia suya, sino que se requiere la “asistencia de sus progenitores”. Y en caso de desacuerdo entre adolescente y progenitores, decide el juez, dando relevancia al criterio médico.

En el CCC no está previsto que la intervención y el asentimiento de los progenitores, que por otra parte tienen el deber de velar por la salud de sus hijos, pueda ser sustituido por el de otras personas, al menos si ellos existen.

Digamos por último que el CCC también requiere que las decisiones o directivas médicas anticipadas sobre la propia salud sean dadas por persona “plenamente capaz” (art.60), lo que también es una pauta de interpretación¹².

El aborto de menores en la ley 27.610

La ley 27.610 (art.8) encuadra el aborto de personas gestantes menores de edad “en el marco” del art.26 CCC, de la ley 26.061 (que en líneas generales coincide con los principios expuestos en el art.639 CCC) y, sorprendentemente, en el anexo de un decreto (415/06, reglamentario de la ley 26.061) y en una Resolución del Ministerio de Salud de la Nación (65/15) que a su vez aprueba un “marco interpretativo” del CCC en relación a los derechos sexuales y reproductivos.

Estamos ante un modo de legislar muy extraño, por no decir torpe. En lugar de incluir en la ley las reglas que se pretendía extraer de esas normas inferiores, el legislador hace una mera remisión genérica a ellas. Cabe preguntarse entonces qué ocurre si el Presidente de la Nación, o el Ministro de Salud, deciden modificar esas normas infralegales. ¿Implicará eso una modificación de la ley sin intervención del legislador? ¿O la referencia hecha por la ley 27.610 implica la cristalización del texto de esas normas administrativas que estaba vigente al aprobarse la ley? Son preguntas difíciles de responder.

Más allá de esa anomalía, interesa ver qué aportan en concreto al tema que nos ocupa el decreto y la resolución mentados en la ley de aborto. Son básicamente dos aspectos:

a) que en la delimitación entre lo “invasivo/riesgoso” y “no invasivo/no riesgoso”, que es lo que determina la necesidad de intervención de un adulto para complementar la voluntad del adolescente en la atención de su salud, sólo excepcionalmente debe considerarse que un tratamiento o acto médico es invasivo y, por lo tanto, como regla debe reconocerse al adolescente autonomía para decidir por sí a partir de los 13 años. Es decir, el legislador opta por reconocerle el máximo de autonomía posible y, por tanto, reducir lo más posible el ámbito de intervención de los padres; y

b) que a pesar de que el CCC es claro cuando pide la intervención de los “progenitores” para complementar la voluntad de la adolescente que quiere abortar, ellos pueden ser sustituidos por cualquier “allegado” o “referente afectivo”. Esto es particularmente grave, porque es sabido que la enorme mayoría de los embarazos de niñas y adolescentes son fruto de abusos sexuales ocurridos en el ámbito doméstico, muchas veces por parte del conviviente de la madre, o algún otro pariente. En esos casos, no cuesta imaginar que según la ley 27.610 puede ser el propio violador quien “asista” y acompañe a la niña embarazada a abortar, incluso a espaldas de los padres, para luego perpetuar la situación de abuso. Como además la ley 27.610 parece desalentar la denuncia de la violación y relativizar su obligatoriedad en esos casos (art.5 inc. b), el círculo se cierra de modo perverso.

El art.8 de la ley 27.610, una vez establecido ese “marco”, es claro en algo: a partir de los 16 años las adolescentes “tienen plena capacidad” para abortar sin intervención de nadie más, excluyendo así incluso la opinión o el consejo de los padres, a pesar de que a ellos compete el cuidado de su salud, y orientarla en la toma de decisiones (art.646 CCC).

En el caso de las niñas menores de 16 años, cualquiera sea su edad, la ley también dispone que sean ellas mismas las que consentan la práctica del aborto, reemplazando a los padres por “cualquier allegado o referente afectivo” a la hora de complementar ese consentimiento¹³.

Cabe recordar que ya antes de la aprobación de la ley 27.610, el Ministerio de Salud de la Nación había aprobado y publicado una guía de actuación (que sigue vigente), denominada “‘ATENCIÓN DE NIÑAS Y ADOLESCENTES EMBARAZADAS MENORES DE 15 AÑOS. HOJA DE RUTA. HERRAMIENTAS PARA ORIENTAR EL TRABAJO DE LOS EQUIPOS DE SALUD” (Resolución 1841/2020, BO 12/11/2020)¹⁴. Esa guía dice con claridad que a partir de los 13 años las niñas pueden “consentir de manera autónoma, sin acompañamiento... la Interrupción Legal del Embarazo en condiciones seguras”; y que si por estar en riesgo grave la salud o la vida de la niña se requiere algún acompañamiento, basta el que brinde cualquier “adulto de referencia” o persona allegada con vínculos afectivos con la niña. Según esa guía, el aborto debe ser siempre la primera y preferible opción ante un embarazo adolescente, y da pautas precisas para aconsejarlo e inducirlo.

El 28 de mayo de 2021 se publicó la Resolución 1535/2021 del Ministerio de Salud de la Nación, que aprueba el “PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO, Actualización 2021” -sin derogar la resolución mencionada en el párrafo anterior- que dice en sus fundamentos que “la interrupción del embarazo es una política de salud pública dentro del conjunto de políticas necesarias para garantizar la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas con capacidad de gestar y, con ella, sus derechos humanos” (sic). Desde ese presupuesto, lo que se procura es dar la mayor amplitud posible a la práctica del aborto, restringiendo al mínimo cualquier posible obstáculo para su realización¹⁵.

En lo que se refiere a niñas y adolescentes, lo que en resumen dispone este protocolo es:

a) Todo embarazo de una menor de 13 años se considera fruto de una violación, por lo que da lugar al aborto sin límite de edad gestacional. La resolución no puede dejar de reconocer que en tanto el embarazo de una niña o adolescente proviene de una violación es necesario hacer la denuncia ante el organismo de protección correspondiente (art.30, ley 26.061) y que se trata de un delito de acción pública; pero aclara que la ejecución del aborto no debe condicionarse ni a la denuncia misma ni a autorización judicial o administrativa alguna.

b) Todo embarazo de una menor de 15 años se presume que entraña un grave riesgo para la vida o la salud de la niña o adolescente gestante, por lo que también habilita el aborto cualquiera sea la edad gestacional.

c) Toda niña a partir de los 16 años puede consentir el aborto por sí, “sin que se requiera asistencia de ninguna persona”.

d) “las adolescentes de entre 13 y 16 años pueden consentir en forma autónoma, a menos que deba utilizarse para la práctica un procedimiento que implique un riesgo grave para la salud o la vida de la adolescente. En estas últimas situaciones, es necesario, para su consentimiento, la asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referentes afectivos”. Pero “[e]n estos casos excepcionales, si existiera una negativa de quien asiste a la adolescente a acompañar su decisión, podrá ser asistida para brindar su consentimiento por otra/o referente afectivo. Si no existiera esta posibilidad, el conflicto se resolverá desde el equipo de salud teniendo en cuenta el interés superior de la adolescente, la regla de no sustitución del consentimiento y su aptitud para decidir en base al desarrollo de su autonomía progresiva”. Es curioso que se presuma sin admitir prueba en contrario que el embarazo implica un riesgo grave para la salud, pero no así el aborto.

La resolución ministerial avanza en dos frentes sobre el derecho de los padres a intervenir en el cuidado de la salud de sus hijas: por una parte, admite que ellos sean sustituidos por allegados o meros referentes afectivos. Y en segundo lugar, en caso de oposición de los padres a la práctica del aborto deseado por su hija, en lugar de deferir la resolución de la controversia al juez tal como dispone el art.26 CCC, se dispone dejar de lado a los padres y buscar a un “referente afectivo” que consienta el aborto o, en último caso, que el propio equipo médico lo decida.

d) Las niñas menores de 13 años “pueden brindar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas allegadas o referentes afectivos”, pero “[s]i existiera una negativa de progenitores, tutores o encargados de acompañar la decisión de la NNyA, podrá ser acompañada para brindar su consentimiento por otro/a referente afectivo”, e incluso a falta de éste el equipo sanitario puede “resolver el conflicto” teniendo en cuenta el interés superior de la niña, que la Resolución presume que consiste en abortar. Vale lo dicho en el párrafo anterior.

e) “es esencial que los equipos de salud garanticen efectivamente la confidencialidad, asegurándoles a las adolescentes que no compartirán la información de la consulta con nadie a menos de se requiera comunicar a los organismos de protección cuando estén en riesgo inminente y/o hayan sido víctimas de violencia sexual y se deba comunicar el hecho”. Por tanto, se excluye la comunicación a los padres u otros familiares.

Progenitores adolescentes y aborto

La ley 27.610 no introdujo ninguna modificación expresa en el CCC. Es cierto que se trata de una norma del mismo rango (ley), y que siendo una ley posterior y además especial, según las reglas generales de interpretación debería prevalecer sobre aquel. Sin embargo, también es cierto que el ordenamiento jurídico es uno solo, por lo que la primera regla de interpretación y aplicación es buscar la armonización de sus distintas normas de forma tal que no se invaliden unas a otras, “de modo coherente con todo el ordenamiento”, como indica el art.2 CCC.

Cobra así relevancia una norma novedosa del CCC, referida a los “progenitores adolescentes” (art.644), que establece: “Los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local”.

En el juego de esa norma, en relación al caso de una adolescente embarazada, hay tres actores a considerar: la propia adolescente, el hijo por nacer de la adolescente, y quienes ejercen la responsabilidad parental sobre la adolescente, que normalmente serán sus padres.

La adolescente embarazada ejerce por sí, a pesar de ser ella misma incapaz de ejercicio, la representación de su hijo por nacer, con una especial referencia al cuidado de su salud. Pero si la adolescente decide algún acto “que resulte perjudicial para el niño” (difícil imaginar un acto más perjudicial que quitarle la vida), sus padres (abuelos del niño por nacer) tienen el derecho de oponerse a ese acto. Y si la decisión de la madre adolescente se refiere a una intervención quirúrgica que pone en peligro la vida de su hijo (por nacer) o puede lesionar sus derechos, es obligatorio contar con el asentimiento de los progenitores de la adolescente.

Dejando a un lado el juicio que pueda merecer la legalización del aborto y su reconocimiento como derecho subjetivo de la mujer gestante, parece muy claro que el mecanismo del art.644 es mucho más razonable y coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico (que reconoce a la persona por nacer como persona titular de derechos) que el creado por la ley 27.610. Teniendo en cuenta que ambas normas positivas coexisten y están vigentes, parece claro que una interpretación armónica lleva a reconocer el derecho de los abuelos del niño por nacer a intervenir y proteger su vida, aún en contra del deseo de su hija adolescente embarazada.

Por cierto no es ésta la única inconsistencia entre la ley 27.610 y el CCC, que tenía al aprobarse aquella apenas cinco años de vigencia. La más clamorosa es que el CCC reconoce al niño por nacer como persona (art.19), obviamente titular del derecho a la vida garantizado por tratados internacionales con jerarquía constitucional, mientras que la ley de promoción del aborto lo hace invisible y le niega ese y cualquier otro derecho. Del mismo modo que la ley 27.610 ignora por completo los derechos del padre, al que el CCC le endilga la obligación alimentaria respecto del hijo por nacer (art.665) y pone en su cabeza el deber de protegerlo (art.639) mientras que aquella habilita a la madre a disponer de la vida del hijo sin siquiera consultar o informar al padre varón. La madre no puede disponer por sí sola que el hijo salga del país (art.645) pero sí puede terminar con su existencia.

Conclusiones

La constitucionalidad y convencionalidad de la Ley 27.610 merecen serios reparos. En apretada síntesis, si los tratados con jerarquía constitucional definen sin duda alguna que todo ser humano es persona (y es indudable que el fruto de un embarazo humano es un ser humano, biológica y científicamente, pero también jurídicamente porque el CCC define que la persona humana comienza desde la concepción), y si toda persona tiene derecho a la vida, el aborto supone la privación del derecho a la vida de una persona (de un niño en los términos de la ley 23.849), lo que resulta inadmisibile.

Frente a esa contradicción, aún en la hipótesis de que por alguna razón la ley de promoción del aborto no sea invalidada en sí misma, parece que sería obligatorio -obrando de buena fe- interpretarla del modo más restrictivo posible de manera de armonizar tanto como sea posible el presunto derecho que ella proclama (el de las personas gestantes a poner fin a la vida del niño por nacer) con los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, a nivel tanto legal como suprallegal, a esos mismos niños por nacer y a sus padres y abuelos. Pero en vez de seguir ese camino, las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno Nacional y algunas interpretaciones doctrinarias en boga hacen exactamente lo contrario: erigir el “derecho al aborto” en un super derecho que se impone sobre cualquier otro, y a la política de eliminación de niños por nacer en una prioridad también absoluta¹⁶.

Sin embargo, y volviendo a lo que es tema de esta contribución, esa interpretación restrictiva es la que debería imponerse, no sólo por una razón de justicia, sino porque en términos estrictamente de derecho positivo hay normas de carácter superior a la ley 27.610 (y ciertamente, a las resoluciones administrativas que amplían el alcance de ésta en un exceso reglamentario evidente y por lo tanto inválido), que así lo imponen.

Si volvemos al comienzo, recordaremos una vez más que toda persona humana desde el momento de la concepción es un niño, que goza de todos los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. “[T]odo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (CDN, 6). Aun suponiendo que la madre tenga derecho al aborto, el Estado está obligado a garantizar la supervivencia del niño en la máxima medida posible¹⁷.

Es deber del Estado proteger a los niños contra toda forma de discriminación o castigo. También, “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” (art.3).

El derecho de los padres (y pienso ahora particularmente en el padre varón enfrentado a la decisión de la madre de abortar¹⁸) a no ser separados de sus hijos y mantener contacto con ellos, es también un derecho del niño garantizado por la CDN (art.9). El Estado está obligado a poner “el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño” (CDN, 18): por lo tanto, la exclusión de los padres del proceso de toma de decisión de un eventual aborto por parte de su hija y su sustitución por fantasmagóricos “allegados” o “referentes afectivos” viola este derecho de aquellos, y la exclusión del padre varón de la toma de decisiones de la madre embarazada también viola el derecho de aquel en relación al hijo por nacer, del mismo modo que la igualdad de derechos entre ambos progenitores.

A la luz de estas normas y más allá de lo que pueda decirse respecto de la constitucionalidad de la ley 27.610 en sí misma considerada y en lo principal que ella dispone, la exclusión de los padres del proceso de toma de decisión y expresión del consentimiento al aborto por parte de menores de edad embarazadas puede tacharse de inconstitucional. Sobre todo en el marco de la más genérica obligación constitucional de protección integral de la familia, y del deber, que al mismo tiempo es un derecho, de los padres “de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad” (DADDH, art.XXX).

Por lo tanto, y a pesar del indebido avance de las normas reglamentarias examinadas más arriba, considero que existe un derecho y deber inalienable de los padres a intervenir en la toma de decisiones de sus hijas menores de edad en relación al aborto sin que puedan ser sustituidos por terceros por más allegados que digan ser a la niña o adolescente a la que se quiera hacer abortar, y del mismo modo debe reconocerse la plena vigencia del art.544 CCC y por ende del derecho de los abuelos a intervenir a fin de proteger la vida de su nieto por nacer, en caso de una progenitora adolescente que ponga en riesgo la vida de su hijo.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - MÉDICOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - MATRIMONIO - RESPONSABILIDAD PARENTAL - LEGITIMACIÓN PROCESAL - MEDIDAS CAUTELARES - PATRIA POTESTAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1 Probablemente más niñas que niños, según se ha comprobado en muchos lugares en los que se prefiere a los hijos varones por sobre las mujeres. El aborto de las niñas como consecuencia de la observación prenatal del sexo que permite la tecnología actual se erige en una nueva y cruel forma de discriminación contra la mujer.

2 Con la confusa situación que crea la norma del art.404 cuando autoriza el matrimonio a partir de los 16 años en tanto medie asentimiento de los padres, lo que parece indicar que la edad núbil es 16 y no 18.

3 “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios”, fechada en Nueva York el 7 de noviembre de 1962, aprobada por la Argentina por Ley 18.444.

4 Ha sido necesaria una ley, la 25.584 (replicada en varias provincias), para garantizar que las alumnas embarazadas puedan continuar y concluir sus estudios, en claro reconocimiento de la dificultad adicional que significa el embarazo para esa continuidad.

5 Título I, capítulo ?, secciones ?ª y ?ª del libro Primero.

6 Título VII del Libro Segundo.

7 Capítulo 3 del del Título I, libro Primero.

8 Queda la duda acerca de la inclusión entre los menores de edad de las personas por nacer, que son personas (art.19 CCC) y no han cumplido obviamente 18 años. Podría también sostenerse que conforman una categoría autónoma y distinta, así mencionada en el art.23.

9 El uso del término adolescente también llama a la confusión. La adolescencia es una etapa de contornos indefinidos, que probablemente comience más tarde que los 13 años, y casi con seguridad se prolonga más allá de los 18: una característica de nuestro tiempo, especialmente en las sociedades urbanas, es la prolongación de la adolescencia, a veces con ribetes patológicos.

10 Para una exposición más amplia, NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, El Derecho, 2018.

11 El concepto de “competencia” para la realización de actos personalísimos y su origen en la jurisprudencia inglesa (caso “Gillick”) -no casualmente, en relación a la provisión de anticonceptivos a niñas menores de edad sin intervención de sus padres- fue explicado hace años entre nosotros por una de las redactoras del CCC, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (“El derecho del menor a su propio cuerpo”, en BORDA, Guillermo, “La persona humana”, La Ley, 2001, p.249).

12 Es cierto que ese requisito de capacidad plena luce desajustado con el régimen general de la capacidad del art.31 y siguientes del CCC.

13 Curiosamente, hay al final del art.8 de la ley 27.610 otra remisión a una norma inferior, en este caso el decreto 1282/03, reglamentario de la ley 25.673 de salud reproductiva. No está claro el porqué de esa remisión, pero ese decreto es el que entre otras cosas reconoce con bastante amplitud en su art.10 el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud, omitido en la ley que reglamenta; además de admitir también la llamada “objeción institucional”. Podría pensarse entonces que el derecho a la objeción de conciencia, que es tristemente retaceado por el art.10 de la ley 27.610 y más aún por su reciente reglamentación, es reconocido más generosamente cuando se trata de abortos practicados sobre niñas.

14 Sobre el particular ver NAVARRO FLORIA, Juan G., “El Gobierno promueve el aborto adolescente”, ED T° 289, 1/12/2020.

15 Así por ejemplo, se limitan al mínimo las posibilidades de ejercer la objeción de conciencia individual y se niega absolutamente la posibilidad de la objeción de conciencia institucional; se promueven las sanciones administrativas, civiles y penales a quienes pongan algún obstáculo a la concreción de los abortos; se amplía al máximo la comprensión de las causales que habilitan el aborto hasta el fin del embarazo (casos de “interrupción legal del embarazo”), de suerte de habilitar prácticamente el aborto a simple demanda hasta el momento inmediato anterior al nacimiento; se enfatiza el carácter de orden público imperativo de la ley de promoción del aborto; se excluye la intervención de comités de ética en la evaluación de los pedidos de aborto; se obliga a ofrecer el aborto a las mujeres embarazadas aunque no lo hayan solicitado; se impone la obligación de evitar que la mujer vea una ecografía o escuche los latidos del corazón del bebé salvo que lo pida expresamente, etcétera.

16 Es un tema ajeno al objeto específico de esta nota, pero resulta sorprendente el empeño en reducir drásticamente la natalidad por medio del aborto indiscriminado (además por cierto de la anticoncepción igualmente promovida con gran insistencia), lo que provocará un envejecimiento de la población y una crisis demográfica. Esta afirmación puede parecer exagerada pero no lo es, a la vista de la experiencia comparada.

17 En orden a esta obligación, es escandaloso que por ejemplo los protocolos y reglamentaciones emitidos en relación a la ley 27.610 hayan omitido prever los casos, de los que hay muchos antecedentes, de niños que nacen vivos como consecuencia de un aborto inducido, y que son viables.

18 La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ley 23.179), de jerarquía constitucional, impone que los derechos de la mujer sean establecidos “sobre una base de igualdad con los del hombre” (art.2.c). Esta igualdad debe ser una avenida de doble mano. La Convención admite derechos diferenciales para “proteger la maternidad” (art.4.2), pero no para impedirla. La convención exige igualdad entre el varón y la mujer (no exclusividad ni supremacía de ésta) “en lo que se refiere a la planificación de la familia” (art.12.1). También obliga a reconocer a ambos, varón y mujer, “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial”, y “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art.16): no hay un derecho prevalente de la madre por sobre el del padre, ambos tienen “los mismos derechos”. La obligación del Estado es “garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles” (PIDCP, 3). También la decisión acerca de abortar o no al hijo común.