



DJ-2593-2018
24 de mayo de 2018

Doctor
Fernando Llorca Castro
Presidente Ejecutivo
Caja Costarricense de Seguro Social

Estimado señor:

Asunto: Ampliación del criterio relacionado con el “Lineamiento para consejería y prescripción de métodos anticonceptivos y de protección como parte de la atención integral de salud a personas adolescentes de 10 a 19 años”.

Atendemos su solicitud verbal de ampliación del criterio jurídico efectuado mediante el oficio N° DJ-06583-2017 del 20 de noviembre de 2017, relacionado con el “Lineamiento para consejería y prescripción de métodos anticonceptivos y de protección como parte de la atención integral de salud a personas adolescentes de 10 a 19 años”.

CRITERIO JURÍDICO

Esta Dirección Jurídica emitió criterio jurídico sobre el “*Lineamiento para consejería y prescripción de métodos anticonceptivos y de protección como parte de la atención integral de salud a personas adolescentes de 10 a 19 años*”, a solicitud de la Gerencia Médica.

El objeto del lineamiento planteado consiste en incorporar la consejería y prescripción de métodos anticonceptivos y de protección, como parte de la atención integral de salud a las personas adolescentes de **10 a 19 años once meses y treinta días de edad**, según se indica en cumplimiento del “Derecho a la salud” y a los principios de “no discriminación y del interés superior” expresados en la Convención Internacional de Derechos del Niño y en el Código de Niñez y Adolescencia de Costa Rica.

En el criterio jurídico de referencia, se determinó que dicha propuesta normativa es idónea desde el punto de vista jurídico, sin embargo, se requiere se ajuste la edad que se está proponiendo para la **prescripción** de métodos anticonceptivos, para que su otorgamiento se dé a los **adolescentes mayores de 15 años**, con el fin de que sea conforme con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, en el caso que nos ocupa, luego de un análisis exhaustivo y al contar más elementos, se procede a modificar el criterio vertido inicialmente, en los siguientes términos:

i) Derecho a la salud de los menores de edad

a) Legislación internacional

La **Declaración de los Derechos del Niño**, aprobada el 20 de noviembre de 1959, en el principio 4° establece:



Principio 4 “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.”

Al respecto, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, firmada por Costa Rica el 26 de enero de 1990, señala:

ARTICULO 6 “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

ARTICULO 23 “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2, será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

ARTICULO 24. “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez.

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.



c) *Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de tecnologías de fácil acceso y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del ambiente.*

d) *Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres.*

e) *Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.*

f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*

3. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.*

4. *Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”*

ARTICULO 25. *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.”*

ARTICULO 26. *“1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.*

2. *Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.”*

ARTICULO 27. *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*

2. *A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.*

3. *Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”*

En la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, firmada el 11 de octubre de 2005 y que entró en vigencia en nuestro país el 30 de noviembre del 2007, reconoce y promueve derechos a favor de las personas entre los 15 y 24 años de edad, dispone que tal reconocimiento lo es, sin perjuicio de los derechos que han sido reconocidos a las personas menores de edad en la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de los derechos a que



hace referencia ese cuerpo normativo se encuentra el derecho a la salud, en el cual se estipula:

“Artículo 25. Derecho a la salud.

- 1. Los Estados Parte reconocen el derecho de los jóvenes a una salud integral y de calidad.*
- 2. Este derecho incluye la atención primaria gratuita, la educación preventiva, la nutrición, la atención y cuidado especializado de la salud juvenil, la promoción de la salud sexual y reproductiva, la investigación de los problemas de salud que se presentan en la edad juvenil, la información y prevención contra el alcoholismo, el tabaquismo y el uso indebido de drogas.*
- 3. Tienen igualmente derecho a la confidencialidad y al respeto del personal de los servicios de salud, en particular, en lo relativo a su salud sexual y reproductiva.*
- 4. Los Estados Parte velarán por la plena efectividad de este derecho adoptando y aplicando políticas y programas de salud integral, específicamente orientados a la prevención de enfermedades, promoción de la salud y estilos de vida saludable entre los jóvenes. Se potenciarán las políticas de erradicación del tráfico y consumo de drogas nocivas para la salud”.*

De lo anteriormente transcrito se desprende que, las normas internacionales en materia de menores de edad, parten del reconocimiento del menor como un sujeto de derecho, el cual podrá beneficiarse de la seguridad social, de modo que le permita crecer y desarrollarse en buena salud.

b) Legislación nacional

La defensa al derecho de la salud, se deriva de los artículos 21 y 50 de la **Constitución Política**, señalando el artículo 21 que “*La vida humana es inviolable*”, y el artículo 50 regula el derecho a un ambiente sano, al señalar en lo que nos interesa que: “*Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”.

La Ley N° 5395, del 30 de octubre de 1973 "**Ley General de Salud**", establece

Artículo 13.-*Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad.*

Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados.”

(Así reformado por el artículo 74 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600 de 2 de mayo de 1996)

El **Código de la Niñez y Adolescencia**, Ley N° 7739, estipula lo siguiente:

Artículo 30°- Derecho a la vida familiar. *Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.”*



Artículo 45°- Controles médicos. *Será obligación de los padres y las madres, representantes legales o las personas encargadas, cumplir con las instrucciones y los controles médicos que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado; además, serán responsables de dar el uso correcto a los alimentos que ellas reciban como suplemento nutritivo de la dieta.*

Artículo 47°- Permanencia en centros de salud. *Los hospitales y clínicas, públicos o privados proporcionarán las condiciones necesarias para la permanencia del padre, la madre, el representante legal o el encargado, cuando la persona menor de edad sea internada y esta medida no sea contraria a su interés.*

El artículo 55 de ese mismo cuerpo normativo insta la obligación de las autoridades educativas de “poner en ejecución los programas de educación sobre salud preventiva, sexual y reproductiva que formule el ministerio del ramo”.

El numeral 58 establece la obligación del Estado de incluir en las políticas educativas nacionales temas relacionados con la educación sexual, la reproducción, el embarazo en adolescentes, la violencia de género, las infecciones de transmisión sexual y el sida; y el 93 alude a la prohibición de discriminar o cesar a la adolescente embarazada o lactante.

La **Ley General de la Persona Joven**, Ley 8261, señala en el artículo 6° que es un derecho que se brinde atención en salud, en temas de nutrición adecuada, salud física, mental, sexual y reproductiva.

La **Ley de Protección Integral a la Madre Adolescente**, en su artículo 9, inciso d) indica que los servicios públicos y privados de salud, se encuentran obligados de “*impartir cursos informativos de educación sexual, dirigidos a las madres adolescentes, con el propósito de evitar la posibilidad de otro embarazo no planeado.*”

Asimismo, existen políticas de Estado relacionadas con la salud de los jóvenes, tal es el caso de la **Política Pública de la Personal Joven**, donde se estatuye que el derecho a la educación sexual se encuentra inmerso dentro del eje de los derechos sociales, económicos y culturales, señalando la necesidad de formular y aplicar la educación sexual en todos los niveles del sistema educativo, con el fin de prevenir los embarazos no planificados.

En la **Ley General de Protección a la Madre Adolescente, Ley N°7735** (modificada a partir de la ley 8312), se conceptualiza a la madre adolescente, como la mujer menor de edad embarazada o que, sin distinción de estado civil, tenga al menos un hijo o una hija (artículo 1).

Además, la citada Ley indica en cuanto al ámbito de aplicación, que regulará todas las políticas, las acciones, los programas preventivos y de apoyo que ejecuten las instituciones gubernamentales dirigidas a madres adolescentes (artículo 2). En cuanto a la atención integral a la madre adolescente, señala el numeral 9°:

Artículo 9° Centros de Atención

Las clínicas de la Caja Costarricense del Seguro Social y los Centros de Salud deberán:



- a) *Elaborar programas de atención integral para las madres adolescentes, con la supervisión del Consejo interinstitucional de Atención a la Madre Adolescente, creado en esta ley.*
- b) *Brindar asistencia gratuita, prenatal y posnatal a las madres adolescentes.*
- c) *Desarrollar programas de formación y orientación, tendientes a sensibilizar a las madres adolescentes y sus familias acerca de las implicaciones de su maternidad.*
- d) *Impartir cursos formativos de educación sexual dirigidos a las madres adolescentes, con el propósito de evitar la posibilidad de otro embarazo no planeado.*
- e) *Brindarles a las madres adolescentes, por medio del servicio social, insumos importantes que les permitan criar y educar adecuadamente a sus hijos”.*

Por su parte, además de las leyes que han sido anotadas en los párrafos que anteceden, se han emitido políticas de Estado, en relación con este tema, tal es el caso de la **Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2009-2021**, estableciendo que se garantizará los derechos de la adolescente embarazada y la adolescente madre especialmente a la salud (nutricional, física, emocional y mental) y a la adecuada educación.

En lo relativo al acceso a los servicios de salud, se propuso que los adolescentes hagan ejercicio de su sexualidad de forma sana y consiente, tomando en cuenta las características de este grupo poblacional.

La **Política Nacional de Sexualidad 2010-2021** tiene como propósito principal garantizar el cumplimiento de los derechos, el ejercicio pleno de la ciudadanía de las personas jóvenes y el desarrollo de sus habilidades y destrezas, mediante el fortalecimiento de las condiciones favorables que existen en el país y la creación de otras que contribuyan a resolver los obstáculos para el desarrollo de esta población. También busca propiciar una labor interinstitucional coordinada que potencie y articule los recursos, contribuya a la integralidad de las acciones, evite la duplicidad en el ámbito estatal y en el de la sociedad civil.

En cuanto al derecho a la salud de las personas jóvenes, esta Política establece:

“Adecuar los programas de atención primaria gratuita, la educación preventiva, nutrición, atención y cuidado especializado de salud, la promoción de la salud sexual y reproductiva, la información prevención contra el tabaquismo, alcoholismo y el uso indebido de drogas por parte de las personas jóvenes.

Desarrollar mecanismos que ofrezcan la confidencialidad y el respeto a las personas jóvenes en los servicios de salud.

Adecuar los programas de salud integral (prevención de enfermedades, promoción de la salud y estilos de vida saludable) las necesidades de las personas jóvenes.

Diseñar estrategias intersectoriales dirigidas a ayudar a las mujeres a prevenir el embarazo subsiguiente en la adolescencia, incluida la atención prenatal, del parto y posparto, el acceso a métodos anticonceptivos, a las acciones de protección y asistencia y a la justicia.

Garantizar datos estadísticos confiables, desagregados por sexo, edad, condición migratoria, raza y etnia, variables culturales y ubicación geográfica en materia de educación, salud, en particular salud sexual y salud reproductiva, empleo y participación de personas adolescentes y jóvenes.



Promover que las personas jóvenes menores de edad tengan acceso a recibir métodos anticonceptivos en los EBAS, cuando éstos lo solicitan, sin necesidad de que sus padres, madres o persona encargada estén involucrados”.

Por su parte, tenemos que por medio de la “**Norma Nacional Para la Atención Integral de la Salud de las personas adolescentes: componente de salud sexual y salud reproductiva**”, contó con la participación del Ministerio de Salud, Caja Costarricense de Seguro Social y el Proyecto Mesoamericano, fue oficializada por medio del Decreto Ejecutivo N° 39088-S, publicado en la Gaceta el 14 de agosto de 2015, tiene como objetivo velar por que los servicios de salud brinden a las personas adolescentes una atención en Salud Sexual y Salud Reproductiva integral, de calidad y con calidez, basada en los enfoques de derechos, equidad, género, diversidad, interculturalidad, y con la participación activa de las y los adolescentes, buscando aportar al desarrollo humano integral de esta población y a su calidad de vida.

Asimismo, en el ámbito interno se cuenta además con el “**Manual Técnico y de Procedimientos para la atención integral de las personas adolescentes, con énfasis en Salud Sexual y Salud Reproductiva**”, aprobada por la Gerencia Médica, el cual ha sido elaborado en el contexto del Proyecto Salud Mesoamérica 2015 (Proyecto SM-2015), cuyo propósito en el país es “contribuir a la reducción del embarazo adolescente, apoyando el desarrollo de un modelo intersectorial a través de redes locales para la prevención del embarazo y atención a la maternidad y paternidad precoz, con modalidades diferenciadas de atención a adolescentes, de acuerdo a sus distintos niveles de exposición a riesgos”.

ii) Conceptualización de la niñez y la adolescencia

La palabra “adolescencia” proviene del latín “*adolescere*”, que vendría a significar “*carencia*”, “*falta desarrollar*” o “*falta de madurez*”. La adolescencia es una “*construcción social que surge a partir de la necesidad de que se eduque y capacite para la vida y el trabajo a un sector poblacional dilatando la reproducción*”¹.

En la adolescencia “*... se evidencian cambios importantes tanto en el área biológica y fisiológica. Al modificarse la estructura corpórea, resurgen los impulsos sexuales y se produce una mayor capacidad cognoscitiva y una expansión del contexto de las interacciones sociales*”²

Por su parte, “*la condición de "adolescente" queda vinculada con aptitudes psicológicas, características de la inserción social por estrato, variables relativas al contexto familiar de pertenencia, y razones de género; abarcando un período bastante ampliado entre los 10 y 25 años de edad, en el que se lleva a cabo el proceso de internacionalización de la cultura o socialización.*”³.

La Declaración de los Derechos del Niño el cual constituye un instrumento de protección para la Niñez en general, no estableció los márgenes de edad para determinar a partir de cuándo un ser humano puede ser considerado niño, caso contrario sucede con la Convención sobre los

¹ Melzi (sin fecha).

² GUZMAN (1997:15 citado por DIAZ M et al., 1989

³ Melzi (sin fecha)



Derechos del Niño, donde se consignó en el numeral primero: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Lo anterior, permite determinar que en el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula que la Niñez comprende a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo cuando la ley que sea aplicable, establezca un límite inferior, es decir, no se señaló un rango de edades exclusiva para los adolescentes, lo que implica que la niñez y la adolescencia están agrupados dentro de la misma categoría, dejando la posibilidad de que cada Estado extienda ese límite inferior de edad.

Por su parte, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hace referencia a las personas jóvenes entre los 15 y 24 años de edad.

En el ámbito interno, el Código de la Niñez y la Adolescencia considera niño aquel desde su concepción hasta los 12 años de edad cumplidos, y será adolescente mayor de 12 años, pero menor de 18 años (artículo 2).

En la Ley General de la Persona Joven, Ley 8261, estipula como persona joven a quienes sean mayores de 12 años pero menores de 35 años, es decir, los adolescentes comprenden las mujeres y los hombres mayores de 12 años pero menores de 18 años de edad.

La Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia, esbozó que la adolescencia comprende la primera etapa (de los 12 a los 14 años de edad), en donde los jóvenes comienzan a reflexionar sobre sus posibles proyectos de vida.

La Norma Nacional Para la Atención Integral de la Salud de las personas adolescentes: componente de salud sexual y salud reproductiva”, se ampara en la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud para establecer la adolescencia como aquel período de la vida comprendido entre los 10 y 19 años, y es esta delimitación la que se utiliza en el sector salud nacional, y por tanto la que rige esta Norma Nacional de Atención Integral en Salud de las personas adolescentes. Asimismo, se indica en dicha norma, que en esta etapa se pueden diferenciar tres sub-etapas con características y necesidades diferentes: adolescencia temprana (entre 10 y 13 años), adolescencia media (14 a 16 años) y adolescencia tardía (17 a 19 años).

Por tales razones, se determina que la adolescencia es un concepto que puede ser analizado en varios sentidos, por categorías de edad o según las variaciones psicosociales que pueden presentarse, sin embargo, se observa que no existe un criterio uniforme, claro o preciso, sobre a partir de cuándo se es adolescente.

iii) Ley N° 9406

Por su parte, de manera reciente se aprobó la **Ley N° 9406 “Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres, ante situaciones de violencia de género**



asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil y Código Civil, la cual comenzó a regir a partir del 13 de enero de 2017.

Esta ley, pretende fortalecer la protección de las personas menores de edad y prevenir situaciones de violencia y abuso, mediante dos objetivos específicos: penalizando las relaciones sexuales con personas menores de edad, cuando media en la relación una diferencia de edades suficiente para establecer relaciones de poder a causa de la edad; y prohibiendo el matrimonio de las personas menores de 18 años en Costa Rica.

La Ley sanciona con pena de cárcel a quien tenga relaciones sexuales, es decir, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con personas **mayores de 13 años** y menores de 18 años. Si la persona es **menor de 13 años**, este tipo de relaciones constituyen el **delito de violación**.

Asimismo, establece que se da una **relación impropia** cuando una persona adulta, con una diferencia de 5 años o más en relación con la persona menor de edad, tiene relaciones sexuales con una persona mayor de **13 años y menor de 15 años**. Si esto ocurre, la persona adulta va a ser sancionada con una pena de 3 a 6 años de cárcel y si la persona adulta tiene relaciones sexuales con una persona mayor de **15 años y menor de 18**, y le lleva 7 años o más de diferencia, se le sanciona con una pena de dos a tres años de cárcel, si la persona adulta, además es familiar o una persona de confianza o bien, tiene alguna autoridad sobre la persona adolescente y mantiene relaciones sexuales con ella, independientemente de la edad de la persona adolescente, la pena va de cuatro a diez años de cárcel (artículo 159).

La Ley citada también reformó el artículo 161 del Código Penal, que sanciona el **abuso sexual**, es decir, a quien de manera abusiva realice actos sexuales contra personas menores de edad. La reforma consistió en aumentar o agravar la pena cuando la víctima sea menor de **15 años**, por cuanto anteriormente la ley establecía los 13 años.

Además, establece la Ley que la edad mínima para casarse es de 18 años, elimina así la posibilidad de que personas menores de edad contraigan matrimonio y elimina los artículos presentes en otras leyes nacionales (como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones -TSE- y del Registro Civil) que permitían que la persona menor de edad, una vez casada, adquiriera los derechos y obligaciones de una persona mayor de edad.

Bajo ese contexto, se tiene que con las reformas introducidas al Código Penal por la Ley de referencia, el legislador determinó aumentar el ámbito de protección legal para la población mayor de trece años y menor de dieciocho años frente a abusos de naturaleza sexual, pero evitando limitar su libertad sexual en el marco de las relaciones entre pares, es decir, **se despenaliza las relaciones sexuales entre dos personas menores de edad**.

Lo anterior vendría a significar que, las personas **a partir de los 13 años pueden tener relaciones sexuales entre pares**, lo cual nos permite establecer como la edad razonable y aceptable para que éste menor de edad decida o dé el consentimiento sexual para recibir métodos anticonceptivos y de protección.



Precisamente porque con la reforma al Código Penal se eliminó el elemento subjetivo del tipo penal (demostrar que hubo “aprovechamiento” por parte del mayor de edad) e introduce un elemento objetivo para configurar el tipo penal (la diferencia de edad de 5 años o más; así como la consanguinidad, afinidad o la posición de confianza o autoridad en relación con la víctima).

iv) Interés superior del menor

El Estado se encuentra en el deber de otorgar atención a las personas menores de edad, en temas relacionados con la salud sexual y reproductiva, entre otros, y a su vez los padres y madres, en el ejercicio de su derecho a educar a sus hijos, cumplen un papel trascendental en la formación sexual de éstos, pues aún cuando exista un margen de discrecionalidad sobre las políticas que se emitan en esta materia, en lo relativo a su implementación, los padres y madres tienen derecho también a manifestarse sobre éstos.

En igual sentido, en esta materia, también tienen derecho los adolescentes a pronunciarse, aún y cuando existan diferencias de criterios para establecer la edad a partir de la cual comprende la adolescencia. El hecho está en que la adolescencia, es el período donde el menor manifiesta su propia identidad, construye su individualidad y tiene sus propias convicciones personales, a pesar de que se encuentre en un proceso de formación y no haya adquirido la madurez de un adulto, necesita de la orientación y guía, sin dejar de lado que se respeten sus propias convicciones, conforme con el principio del Interés Superior del Menor, el cual se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra señala:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. 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.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

La importancia de este principio radica en que ni el interés de los padres ni del Estado, puede ser considerado en adelante como único interés importante para la satisfacción de los derechos de la niñez; ya que es inherente a la persona menor de edad.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha manifestado: *“Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en*



materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia". –La cursiva no es del original- (Sentencias números 2003-5117, de las 14:48 horas del 17 de junio de 2003; 2004-1020, de las 8:32 horas del 6 de febrero de 2004).

Esto implica, que al menor le alcanza el derecho a ser escuchado y a que sus puntos de vista se tomen en cuenta cuando se trata de decidir sobre los asuntos que le afecten. Sobre el particular, el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula:

"1) Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2) Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar el niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. (...)".

El numeral 12 inciso 1 de la Convención de referencia, establece que los Estados Partes deben garantizar al niño que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, tomando en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 5 del Código de la Niñez Código de la Niñez y la Adolescencia establece que en el proceso de determinación del Principio, el menor debe ser visto como sujeto de derechos y responsabilidades, sin embargo, este Principio no puede ser uniforme, pues va a depender de la edad del menor, su grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

"Artículo 5°-Interés superior.

Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.*
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.*
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.*
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social".*

Bajo esa misma línea, se tiene que el artículo 14 inciso b) del Código de la Niñez y Adolescencia otorga al menor el derecho a expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, comunidad y escuela, lo que no solo se limita a expresar, sino que comprende, además, el derecho a que su opinión sea tomada en cuenta según sea su desarrollo emocional.

En este mismo orden de ideas, ese cuerpo normativo, en el artículo 14° establece que las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado, y los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social ni nacionalidad, por lo que, no podrá aducirse ausencia de sus



representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia.

Visto lo anterior, se evidencia que en temas que vinculen la salud del menor, en los cuales puede comprender la salud sexual y reproductiva, el criterio de los padres y madres debe ser tomado en consideración, pues tienen derecho a incidir efectivamente en los aspectos que afecten a sus hijos. En relación con los adolescentes, el Principio del Interés Superior del Menor implica que el Estado debe tomar en cuenta la opinión del menor, pues tiene derecho a manifestarse sobre su sexualidad, según su grado de desarrollo emocional y cognitivo.

v. Consentimiento informado

En relación con los menores de edad, en principio lo que ostentan es capacidad jurídica, al considerarse la edad como el principal elemento constitutivo de la capacidad de actuar, por estar sujeta a la capacidad cognoscitiva y volitiva. Sin embargo, dicha regla no se puede aplicar en forma general en todos los casos, como más adelante se expondrá.

En tal sentido, el consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito médico, tendrá que ser suministrado por sus padres o su representante legal, por ser éstos quienes tienen la posibilidad jurídica para adoptar decisiones que se consideren de importancia en la vida del menor, según lo establece el artículo 140 del Código de Familia:

*“Artículo 140.- Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.
(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 127 al 140)”*

Si se trata de una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica, podrá inclusive ser autorizada contra el criterio de los padres, según el artículo 144 del Código de Familia: *“Artículo 144: Cuando sea necesario una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres”.*

Corresponderá al representante legal proporcionar un consentimiento informado por sustitución, según se encuentra establecido en el artículo 16 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual indica:

“El consentimiento informado por sustitución se aplicará cuando exista incapacidad manifiesta y evidente para tomar decisiones válidas o esta haya sido declarada judicialmente, o bien cuando la persona usuaria sea menor de edad. En los supuestos anteriores, corresponderá otorgar el consentimiento a:

- a. El cónyuge o la pareja de hecho. En su ausencia, el familiar de grado más próximo, y en igualdad de grado, al de mayor edad de los presentes, con capacidad jurídica.*
- b. El representante legal, debidamente acreditado.*



Quando el responsable del procedimiento considere que la persona usuaria incapaz reúne suficientes condiciones, le facilitará la información adecuada a su capacidad de comprensión. En caso de que la decisión del cónyuge, la pareja de hecho o el representante legal sea contraria a los intereses de la persona usuaria incapaz, deberá solicitarse la medida cautelar pertinente a la autoridad judicial correspondiente, en virtud de lo dispuesto en la legislación costarricense.

El consentimiento por sustitución no se aplicará en los casos establecidos en el artículo 9º de este Reglamento”.

En un marco de respeto a los derechos personalísimos de las personas menores de edad, se ha realizado una excepción con aquellos menores, mayores de 12 años, a los cuales se les permite participar del procedimiento del consentimiento informado. Esto para que puedan influenciar en la toma de decisiones referentes a cualquier procedimiento clínico específico, que se les desee realizar, lo cual se encuentra regulado en el artículo 14 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual menciona:

Artículo 14.-El Asentimiento Informado⁴. Será obligatoria la aplicación del asentimiento informado a la persona usuaria mayor de 12 años. Cuando tenga menos de 12 años, debe tomarse en cuenta su opinión, conforme su edad y grado de madurez.

El profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con el proceso de asentimiento informado, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico que supone riesgos o inconvenientes de evidente repercusión negativa para la salud.

Quando el procedimiento clínico recomendado resulte decisivo e indispensable para el resguardo de la salud o la vida del menor de edad, primará la decisión facultativa del profesional de salud, aún contra el criterio del representante legal o de la persona usuaria menor de edad; de ello se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo.

De lo anterior se deriva, que con esta regulación se pretende proteger el interés superior del niño e incluso, aún si el criterio de sus padres o representantes legales es contrario al suyo ante un procedimiento médico determinado o cuando se trate de menores de 12 años, si sus representantes no autorizan tal procedimiento, podría el profesional en salud efectuar aquellos que sean fundamentales para proteger la vida del menor, según se señaló en el artículo 144 del Código de Familia y 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual indica en el caso de éste último:

Artículo 46: Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.

Por consiguiente, aunque si bien es cierto, los menores de edad no poseen capacidad para suministrar el consentimiento informado para la realización de un procedimiento médico, al

⁴ Aceptación, por parte de la persona menor de edad, del procedimiento clínico recomendado por el profesional de la salud



carecer de capacidad de actuar, sin embargo, la normativa los faculta para ser partícipes de dicho proceso y en aquellos casos que no se cuente con la anuencia de los padres o representantes, para el resguardo de la vida del menor, se faculta al profesional en salud para que realice dicho procedimiento.

vi. Sobre el tema objeto de consulta

Ante la consulta planteada por la Gerencia Médica en relación con el “Lineamiento para la consejería y prescripción de métodos anticonceptivos y de protección como parte de la atención integral de salud a personas adolescentes de 10 a 19 años”, en el criterio jurídico emitido en el oficio N° DJ-06583-2017, se indicó que la citada propuesta normativa se consideraba idónea desde el punto de vista jurídico, pero con respecto a la edad para el suministro de métodos anticonceptivos, se señaló que debía ser ajustada para que se concediera a partir de los 15 años de edad.

No obstante lo anterior, después de una nueva revisión y análisis y al contar con mayores elementos, nos permitió reconsiderar la edad propuesta inicialmente y establecer a partir de los 13 años, como edad la autorizada por el ordenamiento jurídico para que la Institución suministre métodos anticonceptivos a las personas adolescentes, con fundamento en las reformas realizadas al Código Penal (Ley N° 9406), sin que sea necesario se cuente con el consentimiento de los padres o tutores del menor para su otorgamiento.

En el caso específico y particular de menores de 10 a 12 años edad, en donde se haya evidenciado por parte del personal de salud del Centro Médico, que han dado inicio a las relaciones sexuales, se considera necesario que se realicen valoraciones a nivel psicosocial y familiar para conocer el entorno en que se desarrolla el menor, en caso de que se determine que se encuentra en riesgo su salud, se deberá contar con el consentimiento de quienes ostenten la patria potestad como **regla general**, en caso de que se demuestre la imposibilidad material para obtenerlo, de forma excepcional (casos de urgencia) podrá no contarse con su consentimiento, sino con el asentimiento del menor, respaldándose el Centro Médico en las valoraciones efectuadas (situación que debe quedar evidenciada en el expediente de salud), en que se demuestre la vulnerabilidad que presenta, de acuerdo con el principio del interés superior del menor y para garantizar su salud, como un deber del Estado costarricense.

En este tipo de casos, el personal de salud que tenga conocimiento de alguna irregularidad o conducta abusiva contra el menor de edad, deberá denunciarlo ante el Ministerio Público y hacer la referencia ante el Patronato Nacional de la Infancia.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, se concluye lo siguiente:

De la normativa y la jurisprudencia citada, se desprende que en el ámbito internacional existen una serie de Tratados y Convenios Internacionales que hacen referencia al reconocimiento que hacen los Estados, en resguardar el derecho de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.



En cumplimiento con ese mandato internacional para con la legislación costarricense, nuestro país cuenta con un amplio marco jurídico que respalda de forma clara, la atención integral en salud de los niños y con respecto a la población adolescente, se establece la obligación del Estado de poner en ejecución los programas de educación sobre salud preventiva, sexual y reproductiva.

Propiamente en lo que atañe a la Institución, se ha establecido normativa encaminada a que los servicios de salud otorguen a las personas adolescentes una atención en Salud Sexual y Salud Reproductiva integral, de calidad y con calidez, basada en los enfoques de derechos, equidad, género, diversidad, interculturalidad, y con la participación activa de las y los adolescentes, buscando aportar al desarrollo humano integral de esta población y a su calidad de vida.

Asimismo, se han estipulado procedimientos encaminados a contribuir con la reducción del embarazo adolescente, mediante el apoyo de un modelo intersectorial por medio de redes locales para la prevención del embarazo y atención a la maternidad y paternidad precoz, con modalidades diferenciadas de atención a adolescentes, según los distintos niveles de exposición a riesgos.

No obstante, aparte de la extensa normativa que respalda a la población adolescente no existe ni en el ámbito internacional ni interno, un criterio uniforme, claro y preciso en que se establezca a partir de qué edad se es adolescente.

Lo anterior implica que, para poder determinar a partir de qué edad existe consentimiento sexual y por ende, la Institución se encontraría acorde y ajustada con el ordenamiento jurídico, para la prescripción de métodos anticonceptivos a la población adolescente, es necesario remitirse al ámbito penal.

Bajo ese contexto, se tiene que a partir de la emisión de la Ley N° 9406, con la cual se reformaron a parte de otras leyes nacionales, varios artículos del Código Penal y en el caso de este último, se desprende que la edad para el consentimiento sexual en las personas menores de edad es a partir de los 13 años, por lo que, las relaciones sexuales que se den entre menores de edad (entre pares) mientras no constituyan el delito de violación o abuso sexual, no se encuentran sancionadas penalmente, pues a partir de dicha reforma se eliminó el elemento subjetivo del tipo penal (demostrar que hubo “aprovechamiento” por parte del mayor de edad) e introduce un elemento objetivo para configurar el tipo penal (la diferencia de edad de 5 años o más; así como la consanguinidad, afinidad o la posición de confianza o autoridad en relación con la víctima).

Partiendo de lo anterior, y al establecerse los 13 años como edad a partir de la cual se puede dar el consentimiento sexual, conlleva a que la Institución determine dicha edad, como la procedente, para la consejería y prescripción de métodos anticonceptivos en los centros de salud, sin que sea necesario contar o no, con el consentimiento informado de los padres o tutores, sino más que con el consentimiento de ese menor, por tratarse de un tema de salud pública que comulga con la reciente reforma al Código Penal.



No obstante, cuando se trate de menores entre los 10 a 12 años, se haya evidenciado por parte del personal de salud de la Institución, que han dado inicio a las relaciones sexuales, por regla general deberá tenerse con el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad y de manera excepcional y contando con valoraciones psicosociales que demuestren una justificada necesidad de otorgar algún tipo de método anticonceptivo (situación que debe quedar evidenciada en el expediente de salud), se podría prescindir del consentimiento de éstos, recurriendo al asentimiento informado por parte del menor, tomando en cuenta el enfoque y principios establecidos en el ámbito internacional y reflejados en la legislación nacional con respecto al interés superior del menor y el deber del Estado en evitar que se ponga en riesgo su salud, constituyéndose en un deber del personal de salud cuando tenga conocimiento de alguna irregularidad o conducta abusiva contra un menor de edad de denunciarlo ante el Ministerio Público y hacer la referencia ante el Patronato Nacional de la Infancia.

En la mejor disposición, suscriben.

Atentamente,

Lic. Gilberth Alfaro Morales
Director Jurídico c/ rango de Subgerente

Mariana Ovares Aguilar
Jefe a.i Área de Gestión Técnica
y Asistencia Jurídica

Dylana Jiménez Méndez
Abogada

Ref. 44378