

El derecho de los niños y adolescentes a recibir información y a participar del C.I. en Reumatología

Ignacio Maglio

El consentimiento informado (C.I.), desde la perspectiva jurídica, constituye un mero acto lícito no negocial; ello significa que no se trata de un acto jurídico en sentido estricto; por ello, para aceptar su validez, en principio, no se aplican las reglas sobre capacidad requeridas para los actos jurídicos, en principio entonces correspondería dar participación activa a niños y adolescentes en el proceso del C.I.

Existen fundamentos de distinta índole para defender la participación de niños y adolescentes, especialmente aquellos que se denominaban “menores adultos” (entre 14 y 21 años) en el C.I. Los fundamentos jurídicos tienen que ver, en primer lugar, luego de la recepción constitucional¹ de la Convención Internacional de Derechos del niño, que establece que el niño es sujeto de derecho; es decir portador de derechos y obligaciones; razón por la cual debe considerársele siempre fin en sí mismo, nunca como medio, respetando su esencia como sujeto y no como objeto.

Además de los derechos propios de su condición de persona, los niños poseen derechos específicos que protegen su vulnerabilidad y tienden a favorecer su crecimiento y formación; el principio de más alto rango en la Convención es el del mejor interés del niño.

El C.I. se considera desde un punto de vista como un derecho personalísimo vinculado a la disposición del propio cuerpo en las relaciones clínicas; como derecho personalísimo tiene las características de ser innato, vitalicio, necesario, extrapatrimonial, privado, absoluto y relativamente indisponible², entre otros caracteres.

Estas características permiten inferir que el C.I. es intransferible como principio general, salvo que manifiestas razones de inmadurez e incompetencia no permitan ejercerlo al niño por sí mismo; en algunos actos vinculados

al ejercicio de derechos personalísimos, se establece que el consentimiento del niño es personal e indelegable, tales como el consentimiento matrimonial o el reconocimiento de hijos.

El niño o el adolescente deben ejercer su derecho a participar en el C.I. armónicamente con los deberes de los padres que emanan del ejercicio de la patria potestad; en tal sentido, la Convención brinda pautas de orientación al precisar en el artículo 5° que las facultades conferidas a los padres o representantes les son otorgadas con el objetivo de “impartirlas en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

Los deberes emergentes de la patria potestad o de la representación legal no pueden ejercerse abusivamente, se debe respetar siempre el mejor interés del niño y estimular su participación responsable; el artículo 12 de la Convención establece claramente que “Los Estados Partes, garantizarán al niño que esté en condiciones de conformarse 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”.

Solamente en aquellos casos en que en la relación triangular entre padres, hijos y el especialista en reumatología infantil se resquebraja por diversidad de posiciones que puedan afectar el mejor interés del niño, debe darse paso a la intervención judicial como última alternativa de protección al niño o adolescente.

El consentimiento de cualquier paciente por constituir una manifestación de la voluntad es preciso realizarlo con discernimiento, que por imperio del artículo 921 del Código Civil se adquiere a los 14 años.

Existe una tendencia a cambiar la concepción que vislumbraba la competencia de cualquier niño para tomar

Correspondencia
ignacio@inaqui.com

decisiones sobre su integridad física de acuerdo a una edad predeterminada, por la idea de la capacidad natural de juicio³.

En el derecho comparado, la evolución ha seguido ese horizonte⁴; en Inglaterra desde 1969 se autoriza a los adolescentes de 16 y 17 años a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos y odontológicos, dándose preeminencia a sus decisiones, independientemente de la opinión de sus padres o representantes. El Acta de los Derechos del Niño de 1989 permite a un niño con suficiente entendimiento, tomar decisión informada para rehusar someterse a valoraciones médicas psiquiátricas entre otras medidas judiciales.

En EE.UU. existen tres estatutos legales que atribuyen facultades a niños y adolescentes para consentir tratamientos médicos:

1. Los que permiten a niños sin distinción de edad dar consentimiento sobre determinados tratamientos: enfermedades de transmisión sexual, adicciones, exámenes por abuso sexual.
2. Los que a partir de determinada edad atribuyen a los niños la facultad de consentir una categoría de tratamientos: a partir de los 14 años tratamiento odontológico y de salud mental.
3. Los que a partir de una edad determinada les permiten consentir un tipo específico de práctica: a partir de los 14 años donación de materiales humanos no renovables, a partir de los 12 años cuando fueron víctimas de un ataque sexual.

En Francia, la Corte de Apelaciones de Nancy le reconoció a un adolescente de 14 años su derecho al “rechazo informado” de un tratamiento contra el cáncer por la gran cantidad de efectos nocivos de la terapéutica oncológica.

Algunas publicaciones científicas especializadas en la atención de niños han avalado el criterio de capacidad natural de comprensión por sobre los criterios de determinación cronológico-legal; en tal sentido, se ha indicado que “...el papel que le corresponde al niño en el plan de tratamiento depende más de su grado de crecimiento y aptitud personal que de su edad. Así, por ejemplo, aunque por lo general los niños de 10 años tienen menos capacidad para comprender conceptos abstractos que los adolescentes, algunos pueden pensar y actuar con mayor madurez... A medida que se hacen mayores y sus aptitudes aumentan, se les debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones sobre su tratamiento. Los niños de más edad y adolescentes pueden tener valores religiosos o de otra

índole que condicionen su respuesta a la enfermedad y al tratamiento...”⁵

En igual sentido se estableció que “...la ley y sus principios éticos subyacentes reconocen que el crecimiento y desarrollo de los niños desde la infancia a la adolescencia pasa por la maduración progresiva de la facultad participativa del niño en la toma de decisiones importantes, incluidas las que atañen al cuidado de su salud... Se debería respetar el derecho a la autodeterminación en aquellos pacientes adolescentes capaces de comprender en qué estado se encuentran y las consecuencias de sus decisiones, mediante invitarlos a participar en forma de decisiones...”⁶

En el ámbito del derecho europeo continental, el Instituto Nacional de Salud Español estableció que “...es de subrayar que la prestación del consentimiento podrá otorgarla por sí mismo el menor de edad al tratarse de un acto relativo a derechos de la personalidad, conforme el artículo 162, inciso 1 del Código Civil... de acuerdo con sus condiciones de madurez... El incumplimiento de estas obligaciones por parte del médico y equipo médico dará lugar o podrá darlo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, a las responsabilidades civiles o penales que hubiere lugar...”⁷

También en España, el Decano de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid señaló que “...en caso de conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la del representante legal, el médico ha de atenerse a aquella (la voluntad del menor capaz de decidir), pues en el tratamiento médico, donde están en juego bienes tan personales como la salud o la vida del paciente, tiene carácter preferente la voluntad de éste, aunque sea menor de edad, si puede comprender el alcance del acto al que se va a someter y reúne las condiciones de madurez suficientes para consentir...”⁸

En Latinoamérica, más precisamente en Costa Rica, donde existen elevados índices de salud en la población infantil y adolescente, se acordó que en razón de la recepción de la Convención Internacional de Derechos del Niño: “...no se puede disponer de un menor sin tomar en cuenta su parecer, para lo cual, asimismo, deberá mediar necesariamente una evaluación del grado de madurez existente en el niño menor de dieciocho años pero mayor de doce años de edad”.

En Canadá, un miembro de un tribunal superior estableció, en el caso de un menor de 15 años que había rechazado transfusiones de sangre, lo siguiente: “...Creo, que él es lo suficientemente maduro como para expresar