
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS MENORES DE EDAD

PABLO CASANOVA TORRADO

1. INTRODUCCIÓN

Julio César GALÁN CORTÉS define al consentimiento informado dentro del marco de la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. Sostiene que es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario suficiente información, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto del diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.¹

El consentimiento informado es uno de los máximos aportes que el derecho ha volcado a la medicina. Es un derecho humano primario y a la vez un requisito no solo legal para el médico sino también ético. Configura un presupuesto y elemento integrante de la “lex artis”, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Tan es así que en numerosas ocasiones el hecho de no recabar el consentimiento informado o el hecho de no hacerlo en debida forma ha traído como consecuencia supuestos de Responsabilidad Objetiva.

Señala GAMARRA que *“cuando quien reciba la información opta por aceptar, la intervención que en el futuro se realice será lícita; la autorización justifica el ataque a la integridad corporal que, además tiene fines curativos (Artículo 28 del Código Penal). Si el consentimiento es válido para excluir la ilicitud, la ausencia de consentimiento califica dentro de los actos ilícitos el obrar del médico, no obstante la finalidad de mejorar la salud...”*. Precizando, seguidamente agrega que *“acorde con este carácter ilícito que se deduce del fundamento de la doctrina del consentimiento informado, el incumplimiento de la obligación que impone el deber de informar es una fuente autónoma de responsabilidad. Esto significa que basta con infringir la obligación de obtener el consentimiento para condenar al médico, aunque la intervención se haya desarrollado sin culpa alguna...”*²

Para el profesor LORENZETTI Se trata de una violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad; las lesiones consiguientes derivadas del tratamiento, bueno o malo, son motivo de otro análisis.³

Salvo situaciones excepcionales, el paciente es el titular de este personalísimo derecho. Su consentimiento debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna. Si bien en la mayoría de los casos el consentimiento se da en forma oral, en otros,

1 GALÁN CORTÉS JC. El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios. Madrid: Colex, 1997: 162

2 GAMARRA, “Responsabilidad Civil Médica I”, FCU, Montevideo, pág 163. Ver también sentencias 321/2004 y 11/2008 de la SCJ entre otras.

3 Cfr. LORENZETTI, Responsabilidad Civil de los Médicos, pág. 211

dada la magnitud del acto médico y las posibles consecuencias que puede aparejar, suele hacerse por escrito como medio probatorio, tanto para el médico como para el paciente.

En cuanto al tema del consentimiento informado en la infancia y adolescencia cabe destacar que es complejo y difícil. Como se sabe, los niños siempre se expresan independientemente de su edad, por lo que le compete al médico profundizar cuándo el consentimiento es legalmente válido, es una manifestación competente y legalmente aceptable.

Guido BERRO expone con respecto al consentimiento informado del menor sosteniendo que: “...será; el de la no existencia de una edad predeterminada para consentir, sino el de la existencia de una valoración de la capacidad natural de juicio, de la competencia”.⁴ El rol que le compete al niño en el tratamiento debe depender entonces, más de su grado de crecimiento y aptitud personal que de su edad. Así por ejemplo, aunque por lo general los niños menores de 10 años tienen menor capacidad para comprender conceptos abstractos que los adolescentes, algunos podrían pensar y actuar con mayor madurez. A medida que se hacen mayores, sus aptitudes aumentan y se les debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones sobre sus tratamientos.

2. MARCO NORMATIVO

El ámbito normativo del consentimiento informado en los menores de edad es extenso y disperso.

El art 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece 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 afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” Esta disposición marca un cambio sustancial en la apreciación médico legal de las capacidades del niño, sus derechos y las correspondientes obligaciones y responsabilidades. Se ha pasado del niño objeto de protección, al niño sujeto de derechos.

La ley 17.823 (Código de la Niñez y de la Adolescencia – CNA) juega un rol preponderante en el tema que nos ocupa, siendo la misma una ley protectora de los derechos del niño y adolescente que protege siempre el interés del menor (Arts. 8, 11 etc).

La ley 18.335 sobre los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de la salud y el Decreto 274/2010 de 8 de Septiembre de 2010 que reglamenta el consentimiento informado, son normas que merecen especial atención en cuanto vinieron a regular el tema que nos ocupa con minuciosidad.

Por su parte el Código de Ética Médico, que hoy es ley en nuestro país⁵ consagra en su artículo 13 que todo médico tiene el deber de:

a) Dar una información completa, veraz y oportuna sobre las conductas diagnósticas o

4 BERRO G, El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales, Arch. Pediatr. Urug. Vol. 72 no1. Montevideo mar.2001

5 Ley 19.286 promulgada el 27/9/2014 y publicada en el Diario Oficial el 17/10/2014

terapéuticas que se le propongan al paciente, incluyendo las alternativas disponibles en el medio.

b) Comunicar los beneficios y los riesgos que ofrecen tales procedimientos, en un lenguaje comprensible, suficiente y adecuado para ese determinado paciente.

c) En los casos excepcionales en que esa información pudiese ocasionar efectos nocivos en la salud física o psíquica del paciente, podrá limitarla o retrasarla.

d) Respetar la libre decisión del paciente, incluido el rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto, en el marco de las normativas vigentes. En ese caso le informará sobre los riesgos o inconvenientes de su decisión.

El médico podrá solicitar al paciente o a sus responsables, luego de la total y completa información del procedimiento propuesto, firmar un documento escrito en el que conste ese rechazo y en caso que no se lograra, dejar constancia en la historia clínica.

e) Mantener informado al paciente de los cambios eventuales en el plan diagnóstico o terapéutico y en caso de su traslado a otro servicio o centro asistencial, informarle de los motivos del mismo.

El artículo 24 del decreto 274/2010 prevé que: “el consentimiento informado será otorgado personalmente por el paciente, salvo en los siguientes casos:

a) *Tratándose de niños, niñas y adolescentes no emancipados ni habilitados de edad, será otorgado por sus representantes legales.*

De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud, incluyendo los métodos de prevención de la salud sexual, se adopten en concurrencia con sus padres u otros adultos de su confianza, debiendo respetarse en todos los casos la autonomía progresiva de los adolescentes.

Sin perjuicio de lo previsto precedentemente, tratándose de adolescentes podrán efectuarse actos de atención a su salud con su consentimiento fundado y sin el consentimiento de los padres, tutores y otros responsables, si en función de su grado de madurez y evolución de sus facultades, el profesional de la salud actuante considera que el adolescente es suficientemente maduro para ejercer el derecho a consentir. En tal caso, se informará a los padres, tutores u otros responsables que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente.

Fuera de las situaciones previstas en el Artículo 22 del presente Decreto, de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y si no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 11 bis del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004), en la redacción dada por el Artículo 7 de la Ley N° 18.426 de 1° de diciembre de 2008.”

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, UN DERECHO Y UN DEBER

En el marco del Decreto 274/10 se establece la obligación de recabar el consentimiento informado al niño, niña o adolescente; teniendo éstos derecho a recibir toda la información necesaria para poder adoptar una decisión relativa a los procedimientos de atención a la salud. La información que se proporciona, establece la norma, debe hacerse en términos sencillos, adecuados a la edad del menor y a la evolución de sus facultades, debiendo el profesional evacuar las dudas que el menor se plantee. A su vez, se establece que el menor tiene derecho a ser oído y como contracara el profesional tiene la obligación de escuchar y tomar en cuenta sus opiniones conforme a su edad y discernimiento.

El profesional, conforme al artículo 18, debe valorar siempre el grado de madurez del menor, su competencia y capacidad de forma tal de definir cuál es la situación planteada, delimitar el problema, discernir las opciones para su solución y las consecuencias que pueden acarrear los distintos procedimientos.

EL CNA establece en su artículo 8 que *“todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la constitución de la república, los instrumentos internacionales, este código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.”*

A su vez, el artículo 11 Bis inciso 1 del CNA (en su texto dado por el artículo 7 de la Ley 18.246 sobre la Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva) dispone que *“todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda”*.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

La norma reglamentaria señala que el consentimiento informado debe ser recabado personalmente por el médico que indicó el procedimiento o por el que vaya a practicarlo, según lo determine el servicio de salud, priorizando el derecho del paciente a la mejor calidad de la información (Artículo 23).

El artículo 24 por otro lado, prescribe que el consentimiento informado debe ser otorgado personalmente por el paciente.

Existen casos excepcionales como cuando se trata de niños, adolescentes, personas declaradas incapaces, pacientes legalmente capaces pero en situación de manifiesta imposibilidad de otorgar consentimiento o que no se encuentren psíquicamente aptos para ello.

En el caso de niños, menores de 13 años, son los representantes legales (padres o

tutor según corresponda) quienes otorgan el consentimiento informado. Ahora bien la norma reglamentaria establece que se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud se adopten en concurrencia con sus representantes legales u otros adultos de confianza.

El Artículo 11 de la norma reglamentaria dispone que los niños tienen derecho al acceso a los servicios de salud (incluyendo los referidos a la salud sexual y reproductiva) y que los profesionales de la salud actuantes deben respetar la confidencialidad de la consulta. Sin embargo en materia de consentimiento informado son los padres quienes pueden otorgarlo.

Cuando el menor es adolescente, mayor de 13 y menor de 18 años, la situación es radicalmente diferente. El decreto N° 274/2010 reglamentó lo antedicho de la siguiente forma.

En primer lugar, si contrajeron matrimonio (menores habilitados de edad) el consentimiento informado debe ser otorgado personalmente.

En segundo lugar se consagra respecto de los adolescentes su autonomía progresiva. En efecto, si a juicio del médico, el adolescente es maduro para ejercer el derecho a consentir, éstos están facultados para otorgar el consentimiento informado, sin contar con el previo consentimiento de sus padres, tutores y otros responsables, pero debiendo informar a estos últimos que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente. Ahora bien, en este último caso, la norma reglamentaria requiere un elemento adicional, y esto es que el consentimiento informado sea fundado por el adolescente (Artículo 24 literal a).

El decreto prevé que (fuera de los casos de urgencia, emergencia, fuerza mayor, patologías que implique un riesgo para la sociedad en su conjunto) de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y si no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables en cuanto al tratamiento a seguir, el médico puede solicitar el aval del juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes.

Entiendo que es correcta la disposición normativa aclarando este aspecto ya que en caso de tratarse de una situación de urgencia para salvar la vida del paciente, el médico debe obrar conforme a los postulados éticos de beneficencia del paciente y actuar contra la voluntad de los padres, cuando dicha voluntad sea peligrosa para el mismo. Si el paciente menor de edad no requiere una intervención urgente, pero sí debe someterse a un tratamiento o procedimiento para evitar perjuicios mayores y sus padres no quieren aceptarlo, se debe recurrir a los jueces para que sean ellos quienes en nombre del Estado tomen la decisión más favorable para el menor de edad protegido.

5. EL CONCEPTO DEL “MENOR MADURO”

La competencia para el consentimiento se basa en el ejercicio de la capacidad y en la voluntariedad del menor de edad.

La capacidad se sostiene en la madurez del adolescente, en la comprensión del tratamiento propuesto y en la aptitud para la toma de decisiones, es decir la comprensión de la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles a fin de tomar una decisión coherente. Se debe defender la presunción de capacidad para los menores entre 14 y 18 años. Al ser una presunción, la misma podría rechazarse en caso de probarse lo contrario mediante pruebas periciales. Por otro lado, existiría una presunción de incapacidad para los menores de 14 años en la medida que aún no han completado el desarrollo psíquico.

La voluntariedad se reconoce en el asentimiento del menor, que se exige cuando los padres firman el consentimiento. Los padres ejercen la patria potestad hasta la mayoría de edad, pero a las edades cercanas a la adultez es deseable que el adolescente se manifieste por sí mismo ejerciendo el uso de su libertad.

En casos de que los padres no consientan un procedimiento o tratamiento para un menor inmaduro, o que los padres estén en desacuerdo entre ellos, deberá prevalecer la protección clínica del menor, por lo tanto en situaciones de riesgo vital el médico le aplicará el tratamiento que los conocimientos médicos reconozcan como válidos. Si no se tratase de una urgencia vital es recomendable notificar la situación a la Justicia a fin de obtener la autorización del tratamiento. Si existe urgencia vital y el menor maduro no otorga el consentimiento, el médico tendrá que aplicar el tratamiento según los conocimientos médicos, aunque sea en contra de su voluntad.⁶

En el año 1995, la Corte Constitucional de Colombia mediante la sentencia T- 477 estableció tres criterios a ser considerados en relación con procedimientos o intervenciones en menores de edad. La razón de definir dichos criterios corresponde a la necesidad de establecer reglas que esclarezcan, las circunstancias en que los padres puedan dar el consentimiento informado en representación de sus hijos menores y cuando es el menor de edad el que debe otorgar su propio consentimiento. Dichos criterios son. a) La urgencia e importancia del tratamiento para el menor de edad, b) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor y c) la edad del menor.⁷

En cuanto a la Ley 18.473, la misma no les reconoce a los menores de edad capacidad para otorgar una declaración de voluntad anticipada. A pesar de ello su consentimiento no resulta irrelevante. Si bien la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad, el consentimiento del menor maduro deberá tenerse presente y dejarse constancia.

6. DOCUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Con la doctrina más moderna, corresponde afirmar que cuando más grave es la situación del paciente o las implicancias del acto médico se debe ser más formal en cuanto a la prueba del consentimiento informado, debiendo formalizarse por escrito.⁸ No es

6 Asistencia a menores y malos tratos, El Diario Médico, Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, Febrero 2003

7 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Alejandro Martínez Caballero, 1995, Sentencia T-477

8 PENNEAU, La responsabilité du médecin, Dalloz, Paris 2004, p. 79 y ss, cuando analiza la prueba de la información y del consentimiento en el Código de la Salud de Ley francesa de marzo de 2002

imprescindible para su obtención contar con formularios escritos siempre y cuando de la historia clínica surja la evolución del paciente y su conformidad. Pero de hacerse formularios se debe seguir lo pautado por el artículo 26 del decreto 274/2010, en cuanto establece que *“el documento de consentimiento informado (..) deberá contener, como mínimo, los siguientes datos:*

- a) Identificación del servicio de salud.*
- b) Identificación del procedimiento.*
- c) Identificación del paciente.*
- d) En caso de no ser otorgado por el paciente, identificación de quien presta el consentimiento en su representación y declaración jurada de su legitimación.*
- e) Identificación del profesional que informa.*
- f) Consentimiento del paciente o su representante.*
- g) Declaración del paciente o su representante de que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación.*
- h) Lugar y fecha.*
- i) Declaración del paciente o de su representante de haber podido efectuar libremente cualquier pregunta.*
- j) Constancia de que el paciente o el representante recibe una copia de dicho documento y de que comprendió adecuadamente la información.*

7. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA

A nivel nacional, el consentimiento informado en menores de edad no ha tenido gran trascendencia práctica. Sin embargo algunos tribunales de familia han acudido al concepto del consentimiento informado en menores de edad para extenderlo a otras áreas.

Tal es el caso dilucidado en la sentencia No. 309/011 del TAF 1° que sostuvo que *“a los efectos de determinar esa autonomía progresiva guardan relación con el protocolo aconsejado internacionalmente por los médicos para obtener el consentimiento informado de niños y/o adolescentes, en dicho protocolo se establece que hay autonomía de su voluntad cuando tienen:* 1.- *“La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes”;* 2.- *“La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo”;* 3.- *“La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las*

consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo"; 4.- "La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión." (Harrison, C. y otros, *Bio-ethics for clinicians: Involving children in medical decisions*, Asociación Médica - Canadiense, Ottawa, 1997, citado por Lansdow "La evolución de las facultades del niño", publicado por *Innocenti Insights, Save the Children, UNICEF*, pág. 79).⁹ Es curioso que se haya acudido a las prerrogativas del consentimiento informado para analizar un tema de visitas. Sin embargo es destacable la técnica jurídica utilizada por la citada magistrada en la medida que vislumbra la protección incondicional del interés superior del menor.

En España la STC 154/2002, de 18 de julio, trató un recurso de amparo contra una sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo en la que se condenaba a unos padres, Testigos de Jehová, como autores por comisión por omisión de la muerte de su hijo, al no haberle disuadido de que aceptase la transfusión de sangre que necesitaba. Aunque la transfusión había sido autorizada judicialmente, los médicos no se atrevieron a practicarla al advertir la reacción contraria del menor, de 13 años, por considerarlo entonces contraproducente. El Tribunal Constitucional estima el amparo por considerar que a los padres no les era exigible una conducta distinta a la que desarrollaron, pues de otro modo resultaría contrario a sus convicciones y contravendría su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE). Aunque no se aborde directamente por el Tribunal Constitucional, en el trasfondo de la cuestión late el reconocimiento al menor de la capacidad natural suficiente para ejercer el derecho a la libertad religiosa y que en uso de la misma resulte relevante su oposición a la práctica de un tratamiento médico, que podemos calificar de normal u ordinario, pero cuya ausencia podía acarrearle la muerte, como así ocurrió. De hecho los médicos tuvieron en cuenta la oposición del menor, aunque fuera no tanto por reconocer al menor la capacidad de decidir en ese momento, y respetar su voluntad, como por la virulencia con que mostró su oposición, que podía resultar contraproducente para el tratamiento médico.¹⁰

Surge del caso en estudio que estamos frente a un conflicto de derechos fundamentales a proteger; si la autonomía de los padres al no aceptar un determinado tratamiento o el principio de beneficencia que predica la necesidad de realizar lo más beneficioso para el paciente. Entiendo que se debe de proteger y asistir a los niños para buscar su desarrollo armónico. Si en razón a este derecho de los niños, la familia no lo hiciera, debe el Estado en ejercicio de la prevalencia de los menores, protegerlos aún contra la voluntad de estos.

8. CONCLUSIÓN

Todo niño tiene derecho a recibir información adecuada y adaptada a su edad. Debe tenerse presente la opinión del niño como un asentimiento, necesitándose el consentimiento de los padres.

Desde los 13 a los 18 años los adolescentes que se consideren maduros a juicio de los

⁹ Sentencia del TAF 1º 309/2011-1 del 12/10/2011 redactada por la Dra María del Carmen Diaz Sierra.

¹⁰ http://www.nidoapp.com/files/ci_aspectolegal.pdf Pag 21

médicos tratantes, tienen derecho a otorgar un consentimiento válido por sí mismos, siempre y cuando la enfermedad no sea grave, en cuyo caso deberá requerirse el consentimiento de los padres.

En el caso de riesgo vital en que el menor de edad no consienta un tratamiento o el médico se encuentre frente a la negativa de los padres, el médico debe actuar siempre en su mejor interés.

El médico se puede encontrar ante la difícil situación de decidir si atiende la voluntad del menor por considerarlo capaz o maduro, o si debe seguir la decisión de los padres y en caso de desacuerdo entre ellos con cuál. Si no se resuelve la situación, el médico como garante del menor, debe acudir a la Justicia.