

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**El consentimiento médico informado de los adolescentes  
como ejercicio de los derechos consagrados en la  
Convención sobre los Derechos del Niño:  
Obstáculos de orden jurídico para su aplicación en el  
Ecuador**

**Juan Pablo Sáenz Mena**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales de la República

Quito  
5 de mayo del 2008

© Derechos de Autor  
Juan Pablo Sáenz Mena  
2008

### **Agradecimientos, dedicatorias**

Gracias a mi familia, compañeras, compañeros,  
amigos, amigas, profesoras, y profesores.

Gracias, Cris.

Y gracias, Gabriel. Todo esto es por ti.  
Todo para ti.

Gracias por venir.

## Resumen

La institución del consentimiento médico informado en los adolescentes es la manifestación de varios derechos que la Convención sobre los Derechos del Niño les reconoce a éstos. Sin embargo, aún y siendo este instrumento internacional de obligatoria y directa aplicación en el Ecuador, existen algunos obstáculos de orden formal que impiden que los adolescentes otorguen su consentimiento médico válido en el país. Estos obstáculos están a su vez relacionados con la doble naturaleza de esta institución, ya que el consentimiento médico es a la vez un acto jurídico biomédico y un acto personalísimo. A la primera faceta de esta institución, un acto jurídico biomédico, se oponen las ideas y nociones civilistas clásicas sobre la capacidad de los menores de edad, mientras que la segunda faceta se enfrenta a los derechos que la patria potestad tradicionalmente les ha otorgado a los padres. Este trabajo analiza estos obstáculos formales, e intenta identificar posibles vías de solución a los mismos, tales como la interpretación y la reforma legal.

## **Abstract**

The legal institution of medical consent, as applied to teenagers, can be considered an expression of several rights that the Convention on the Rights of the Child explicitly recognizes. However, although this international instrument has binding legal effect in Ecuador, and can thus be directly enforced here, some formal hurdles exist that prevent teenagers from giving a valid medical consent. These hurdles stem from the double nature of the concept of medical consent, as medical consent can be considered both a biomedical legal act and an inalienable personal right. With respect to the aspect of medical consent as a biomedical legal act, it is hindered by the civil law notion that minors lack legal capacity to consent. Likewise, the inalienable personal right aspect of medical consent is hindered by traditional notions of parental authority and the concomitant rights such authority recognizes in parents. This thesis analyzes these formal hurdles and identifies various ways to overcome them, in order to recognize valid teenage consent. In particular, this thesis proposes an interpretation of current acts and statutes governing the matter, as well as various amends to be implemented to them.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>4</b>
<b>NOCIONES GENERALES .....</b>	<b>4</b>
1.1. EL EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE ACUERDO A LA EVOLUCIÓN DE SUS FACULTADES .....	4
1.1.1. Evolución de facultades en niños, niñas y adolescentes .....	4
1.1.1.1. Definición.....	4
1.1.1.2 El Principio de Autonomía.....	5
1.1.1.2.1. Capacidad de tomar decisiones.....	6
1.1.1.2.2. Deseo y oportunidad de tomar decisiones.....	6
1.2. EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO .....	7
1.2.1. Consideraciones históricas .....	8
1.2.2. Los principios de la ética biomédica, y el paternalismo como paradigma a vencer .....	11
1.2.3. El consentimiento médico informado en niños, niñas y adolescentes: algunas consideraciones clave .....	12
1.2.4. El caso “Gillick” .....	13
1.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	15
1.3.1 Generalidades.....	15
1.3.2. Funciones del principio del interés superior.....	16
1.3.3. El interés superior del niño y las diferencias culturales.....	17
1.4. LA PATRIA POTESTAD .....	19
1.4.1. Definición y generalidades .....	19
1.4.2. La patria potestad como derecho personalísimo del ser humano .....	21
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>23</b>
<b>EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....</b>	<b>23</b>
2.1. LOS BIENES JURÍDICOS PRECAUTELADOS POR LA INSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO DENTRO DEL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES .....	23
2.1.1. Derecho a la autodeterminación personal de niños, niñas y adolescentes .....	24
2.1.2. El derecho a la información y el derecho de opinar (derecho a ser consultados).....	25
2.1.2.1. La Ley de Derechos y Amparo al Paciente: un referente .....	27
2.3. PROTECCIÓN Y DISCRIMINACIÓN .....	28
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>32</b>
<b>LOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO .....</b>	<b>32</b>
3.1. LA DOBLE NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO ..	32

3.1.1. El consentimiento médico informado como acto jurídico biomédico	33
3.1.2. El consentimiento médico informado como acto personalísimo.....	35
3.2. CONFLICTOS EN LA ESFERA DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO COMO ACTO JURÍDICO BIOMÉDICO.....	37
3.2.1. El art. 65 del CNA y el Código Civil: un retroceso .....	37
3.2.2. Vislumbrando una solución .....	41
3.2.2.1. Una excepción a la regla de capacidad .....	43
3.2.2.2. Determinando una edad apropiada para consentir.....	43
3.2.2.3. Derecho comparado .....	43
3.2.2.3.1 Québec (Canadá).....	44
3.2.2.3.2. Inglaterra .....	44
3.2.2.3.3 Estados Unidos .....	44
3.2.2.3.4 Colombia.....	46
3.2.2.4. La regla del menor maduro.....	50
3.2.2.5. La importancia de la vida de los adolescentes.....	52
3.3. CONFLICTOS EN LA ESFERA DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO COMO ACTO PERSONALÍSIMO .....	53
3.3.1. La interpretación más favorable, y el interés superior del niño como guía para solucionar conflictos entre derechos.....	53
3.3.2. Conflictos entre la voluntad de los padres y el adolescente.....	55
3.3.2.1. La información .....	55
3.3.2.2. La decisión .....	56
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>59</b>
<b>VÍAS DE SOLUCIÓN.....</b>	<b>59</b>
4.1. INTERPRETACIÓN .....	59
4.1.1. La coherencia en el ordenamiento jurídico: definiendo un “sistema” .	60
4.1.2. Criterios para solucionar las antinomias.....	60
4.2. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA..	61
4.2.1. Intervención estatal: una discusión compleja .....	63
4.2.2. Moderando la autonomía paterna en beneficio de la autonomía del adolescente.....	65
4.2.3 Crítica y excepciones.....	66
4.2.3.1. Consideraciones especiales .....	67
4.2.4. Texto propuesto .....	68
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>70</b>

## INTRODUCCIÓN

*Who watches the Watchmen?*

- Alan Moore

La concepción que la humanidad ha tenido del universo niñez y adolescencia ha variado radicalmente a lo largo de la historia, y entre cultura y cultura. La evolución más importante de este concepto en los últimos años es sin duda la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual consagra a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.<sup>1</sup> Por primera vez éstos dejaron de ser considerados objetos de protección, incapaces e indefensos. La Convención reconoce que merecen un trato especial y diferenciado, pero no permite duda sobre su capacidad para llegar a ejercer por sí mismos los derechos que se les otorga.

La Convención fue ratificada por el Congreso Ecuatoriano el 23 de marzo de 1990, y fue publicada en el Registro Oficial del 22 de septiembre de 1992. Esto significa que tiene plena vigencia y obligatoriedad en el país. Sin embargo, lo largo del proceso de investigación del presente trabajo, se identificó una instancia donde la legislación interna del Ecuador entra en conflicto con el contenido de la Convención; nos referimos a la institución del consentimiento médico informado otorgado por adolescentes.<sup>2</sup>

Esta incoherencia dentro de nuestro sistema jurídico nos llevó a plantearnos una pregunta, cuyas respuestas servirán en últimos términos para

---

<sup>1</sup> El art. 1 de la Convención define por “niño” a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años de edad. A lo largo del presente trabajo, cuando nos referimos a niños lo hacemos dentro de esta definición.

<sup>2</sup> A su vez el Código de la Niñez y Adolescencia define “adolescente” en su art. 4, siéndole aplicable este término a toda persona que tenga entre 12 y 18 años de edad. Al hablarse de adolescentes en el presente trabajo, será este el alcance apropiado del término.



plantear las soluciones al problema: ¿cuáles son los obstáculos de orden jurídico que enfrenta la institución del consentimiento médico informado otorgado por adolescentes en el Ecuador, que impiden la aplicación de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño?

Para contestar esta pregunta, debemos primero justificar la premisa en ella contenida. Esta premisa consiste en que el consentimiento médico informado otorgado por adolescentes es una manifestación o una forma de ejercer los derechos que la Convención les reconoce. Solamente después de explicar y justificar el vínculo entre esta institución y la Convención, podremos afirmar que toda afrenta contra aquella implica una violación de ésta. Estas consideraciones constituyen el objetivo central del Capítulo II del trabajo.

Acto seguido, en el Capítulo III, procederemos a responder la pregunta planteada. Esta labor no fue sencilla, ya que en primer lugar tuvimos que desentrañar la naturaleza jurídica del consentimiento médico informado. Nuestra investigación nos llevó a justificar la hipótesis de que nos encontramos ante una doble realidad: el consentimiento jurídico informado es a la vez un acto jurídico biomédico y un derecho personalísimo y, como tal, su aplicación se enfrenta con obstáculos propios de cada ámbito. En el primer ámbito identificamos como obstáculo a las nociones civilistas clásicas sobre la capacidad de las personas, mientras que en el segundo el conflicto se suscitará con otros derechos personalísimos como lo son la patria potestad y otras instituciones propias de la autoridad paternal. En este punto es importante adelantar que el Código de la Niñez y Adolescencia juega un importante rol en este trabajo, ya que aquel recoge en su gran mayoría los designios de la Convención, pero contiene normas que eventualmente permiten que se susciten incoherencias.

Una vez identificados los obstáculos, a lo largo del Capítulo IV nos ocuparemos de proponer posibles vías de solución al problema, desde la interpretación hasta la reforma legal.

Sin embargo, todo lo anterior no sería posible sin antes realizar una explicación de las instituciones relacionadas con el desarrollo de estas ideas, tales como los principios de autonomía e interés superior del niño, y el mismo

consentimiento médico informado. A continuación, el Capítulo I se ocupa de esta tarea.

# **CAPÍTULO I**

## **NOCIONES GENERALES**

### **1.1. El ejercicio progresivo de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de acuerdo a la evolución de sus facultades**

#### **1.1.1. Evolución de facultades en niños, niñas y adolescentes**

##### **1.1.1.1. Definición**

El concepto de “evolución de las facultades” aparece por primera vez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El art. 5 establece claramente que son los mismos niños los llamados a ejercer los derechos consagrados en este instrumento, mientras el papel de los padres se limita, en este ámbito, a impartirles la dirección y orientación que les permita tal ejercicio.<sup>3</sup> Esta relación está mediada por el concepto de evolución de facultades, pues la orientación de los padres debe estar guiada a que el niño vaya adquiriendo cada vez más competencias, y a su vez este proceso paulatino de adquisición de competencias debe dictar el tipo de decisiones en las que éste puede participar autónomamente en función de su edad y madurez. El mismo artículo determina la función primordial del estado dentro

---

<sup>3</sup> Artículo 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

de este esquema: respetar las responsabilidades, labores y derechos de los padres encaminados a la evolución de las facultades del niño.

El concepto de evolución de facultades de niños, niñas y adolescentes, debe ser definido entonces como un cuerpo integral con tres aristas. Para el niño, implica ir asumiendo, de acuerdo con su madurez y nivel intelectual, paulatinamente mayores competencias y responsabilidades relacionadas con la toma de decisiones importantes en su vida, y su participación en sociedad. Ir ejerciendo progresivamente sus derechos por sí mismo. Para los padres, tiene que ver con brindarle al niño las condiciones necesarias para que éste desarrolle sus facultades al máximo de su capacidad<sup>4</sup>. Finalmente, el Estado debe garantizar el derecho-deber que tienen los padres de hacer lo posible para que el niño vaya asumiendo sus competencias a medida que se desarrolla.

Las ideas de la evolución de las facultades del niño, el ejercicio progresivo de sus derechos, y la triple relación existente entre el niño, la familia y el Estado, han sido recogidas en el Código de la Niñez Adolescencia del Ecuador (en adelante CNA). Este cuerpo legal establece en su art. 13 que “[e]l ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez”. El art. 8 impone sobre el Estado, la sociedad y la familia, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias en los diferentes ámbitos para garantizar la “plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.”

### **1.1.1.2 El Principio de Autonomía**

En la práctica, la constante evolución de las facultades del niño se traduce en la adquisición de mayor número de competencias, lo que a su vez implica una creciente capacidad de participación social, y toma de decisiones. Con el tiempo, los adultos van transfiriendo las competencias a los niños a medida que éstos demuestran tener las facultades necesarias para ejercerlas sin su ayuda, y al hacerlo, crean las circunstancias propicias para que los niños actúen con autonomía. Según

---

<sup>4</sup> Estas condiciones para el desarrollo distan mucho de ser absolutas, pues los relativismos culturales juegan un gran papel en la concepción del universo “niñez y adolescencia”.

LANSDOWN, renombrado experto en temas de niñez y adolescencia, la autonomía de las personas es una noción esencial en una concepción de derechos humanos en democracia, y resulta básica para entender la situación de los niños, niñas y adolescentes.<sup>5</sup>

Siguiendo con el razonamiento de este autor, la noción de autonomía debe ser entendida de manera diferente en los niños que en los adultos: mientras la completa capacidad y autonomía de éstos se presume, los niños y adolescentes van adquiriendo su autonomía paulatinamente, al ir demostrando su madurez y desarrollo.<sup>6</sup> Para ser considerado autónomo en la toma de sus decisiones, son tres los factores que deberán coincidir en el niño: la capacidad para tomarlas, el deseo de tomarlas con independencia, y la oportunidad de hacerlo.<sup>7</sup>

#### **1.1.1.2.1. Capacidad de tomar decisiones**

Frente al tema de la capacidad del niño para ejercer sus derechos, es mucho lo que se ha escrito y diversas las teorías que buscan determinar el momento en que dicha capacidad aparece. Debido a que un análisis profundo de dichas teorías e ideas amerita por sí mismo un estudio de una extensión igual o superior a la del presente trabajo, centrado en disciplinas tan diversas como la psicología evolutiva, por el momento tan solo diremos que cada niño es diferente, y se desarrolla de maneras y a tiempos diversos. Sin embargo podemos decir de manera preliminar que el CNA reconoce a todo niño el derecho de ser consultado sobre todos los asuntos que le afecten, lo cual deja claro que a todo niño debe dársele la oportunidad de decidir al menos sobre ciertos aspectos de su existencia.<sup>8</sup>

#### **1.1.1.2.2. Deseo y oportunidad de tomar decisiones**

---

<sup>5</sup> G. LANSDOWN, *La Evolución de las Facultades del Niño*, Centro de Investigaciones Innocenti, 2005, p. 21. Disponible en [www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf), consultado el 15 de marzo del 2007.

<sup>6</sup> Los artículos 5 y 12 de la Convención no deberán ser interpretados en el sentido de que limiten o cuestionen la idoneidad abstracta del niño para tomar decisiones. Deberán más bien ser entendidos como un marco que permite el desarrollo de sus facultades, mientras los protege de consecuencias negativas incompatibles con su realidad. Cfr. G. LANSDOWN, *La Evolución de las Facultades del Niño*, op. cit., p. 21.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>8</sup> El derecho de los niños a ser consultados se consagra en el art. 60 del CNA. Este derecho juega un rol esencial en el desarrollo de este trabajo, por lo que volveremos a él más adelante.

El deseo de tomar decisiones por sí mismo, y de asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de sus derechos, debe ser analizado con especial atención al considerar que el niño es titular de especial protección. No sería justo imponerle al niño decisiones para las cuales no se sienta preparado, pues es su derecho el que no se le agobie con responsabilidades desmedidas<sup>9</sup>, ya que esto resultaría contraproducente por el impacto que un fracaso puede tener en su autoestima. Sin embargo, resultaría igualmente negativo el impedirle a un niño participar en facetas de su vida para las que se sienta preparado, siempre y cuando tenga suficiente información con respecto a sus consecuencias.

Evidentemente, el niño no podrá ejercer sus derechos si la oportunidad de hacerlo no se presenta. En este sentido, es la obligación de los adultos el fomentar escenarios donde el niño pueda tomar decisiones, procurando asegurarle espacios protegidos, donde la participación del niño sirva para acrecentar su autoestima y su desarrollo, y le permita ir adquiriendo las competencias para tomar decisiones autónomas en los temas que lo afecten.

## **1.2. El consentimiento médico informado**

El consentimiento médico informado es una institución medico-jurídica que puede ser definida como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento, intervención, terapéutica, etc., que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse al mismo.”<sup>10</sup> Hablando desde una perspectiva jurídica, el consentimiento informado es el derecho que tiene todo paciente a que se le informe detalladamente acerca de los tratamientos, procedimientos, terapias, etc. que se encuentren a su disposición, explicándole claramente sus ventajas, peligros, y posibles consecuencias para que éste tome una decisión libre y responsable acerca de su cuerpo y su vida. La obligación correlativa a este derecho está a cargo del médico tratante, quien debe informar al

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p 22.

<sup>10</sup> P.H. BERSTEIN. *Consentimiento informado y confidencialidad en menores adolescentes*, disponible en [www.colmed5.org.ar/Noticias/consentimientoinformado.htm](http://www.colmed5.org.ar/Noticias/consentimientoinformado.htm), consultado el 15 de agosto 2007.

paciente y, en principio, respetar sus decisiones. En el fondo, esta institución protege la dignidad y libertad de los pacientes como personas, dándoles la oportunidad de decidir por sí mismos y así participar activamente en todo procedimiento que afecte su salud.

### 1.2.1. Consideraciones históricas

En su artículo *Nuevas Consideraciones Históricas Sobre el Consentimiento Informado*, el Dr. RICARDO RABINOVICH expone brevemente los orígenes históricos de esta institución. El consentimiento médico informado encuentra sus orígenes en el derecho norteamericano<sup>11</sup>, puntualmente en la sociedad de los colonos estadounidenses, lo que la vuelve en las palabras del autor una institución de tinte “calvinista y puritano”. Estos colonos tenían una cosmovisión contractualista, según la cual todas las relaciones sociales – incluida la médico-paciente – se daban entre personas iguales ante Dios, por lo que debían ser honestos y decir la verdad por encontrarse ante el constante escrutinio de éste. Si a lo anterior sumamos una característica que RABINOVICH describe como “fatalismo”, y relaciona íntimamente con el mundo puritano, es fácil imaginar a un médico colono estadounidense describiendo la condición de sus pacientes con cruda y fría honestidad. En esencia el médico no era diferente del carpintero o el posadero de la comunidad: brindaba un servicio valioso y recibía una justa remuneración por su actividad.

Según RABINOVICH, la evolución natural de la institución del consentimiento médico informado alcanzó un punto paradigmático en la resolución de la Corte Suprema de Nueva York de 1914 dentro del reconocido caso Schoendorff. En esta sentencia, la Corte determinó que los médicos del

---

<sup>11</sup> “Así que el consentimiento informado no es, como creen algunos, una institución característica del ‘Derecho anglosajón’, o la ‘cultura anglosajona’, sino norteamericana, que es algo muy distinto. Dejemos de lado la impropiedad de llamar anglosajón a lo inglés, que es un desatino histórico. Porque las respuestas jurídicas británicas actuales derivan fundamentalmente de las construidas por los normandos, que invadieron la isla en 1066, destrozando el reino anglosajón para siempre, y trayendo consigo el Derecho Romano, que es, aunque a muchos les resulte asombroso, la base del inglés.” Cfr. R. RABINOVICH, *Nuevas Consideraciones Históricas Sobre el Consentimiento Informado*, disponible en [www.revistapersona.com.ar/Persona36/36Rabinovich.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona36/36Rabinovich.htm), consultado el 14 de febrero del 2007.

Hospital de la Ciudad habían cometido “asalto”<sup>12</sup> al haber intervenido quirúrgicamente a una mujer que no había expresado su consentimiento a someterse a procedimiento alguno. Cabe mencionar que la mujer en cuestión sufrió complicaciones graves fruto de la operación, por lo que es razonable pensar que si los resultados de la intervención hubieran sido satisfactorios, quizás no se hubiera presentado demanda alguna. Sin embargo el fallo de la Corte Suprema de Nueva York se abstrae de las consecuencias negativas del actuar de los médicos, centrandose su análisis en el derecho de autodeterminación de las personas en lo relativo a su propio cuerpo. El párrafo sustancial del voto de uno de los jueces, Benjamín Nathan Cardozo, reza:

[T]odo ser humano de edad adulta y mente sana tiene un derecho a determinar qué debe hacerse con su propio cuerpo; y el cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente, comete un asalto a consecuencia del cual es responsable por daños. Esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que pueda ser obtenido el consentimiento.

En términos generales, las consideraciones del Juez Cardozo se mantienen vigentes hasta la actualidad. Si bien la evolución de la figura hace tiempo que evidenció la inaptitud técnica que resulta calificar como “asalto” al actuar de un médico sin el consentimiento de su paciente, la antijuridicidad de tal conducta ha sido ratificada constantemente.

Otros autores encuentran el germen del consentimiento médico informado en otro momento histórico. El jurista italiano EMANUELE CALÒ asegura en su obra *Bioética: Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad*, que la fuente de la institución del consentimiento médico informado en los sistemas jurídicos continentales, y de la bioética moderna como disciplina, es el Código de Nüremberg<sup>13</sup>, fruto del enjuiciamiento de doctores del régimen Nacionalista

---

<sup>12</sup> RABINOVICH cita la definición de “asalto” arrojada por Steven Gifis en su diccionario jurídico: “Un intento, con fuerza ilícita, de infligir un daño físico a otro, acompañado por la aparente habilidad presente de hacer efectivo el intento, si no se lo evita [...] es tanto un ilícito civil como un delito penal, y puede en consecuencia dar base para una demanda civil o una acusación penal”. Cfr. *Ibíd.*

<sup>13</sup> Esta aseveración no contradice las ideas de RABINOVICH en cuanto al origen del consentimiento médico, más bien las complementan. Así, se puede defender que el Código de



Alemán que habían realizado experimentos de extremo sadismo y crueldad en personas débiles.<sup>14</sup> Para nuestro análisis es importante el primer postulado de este código, que reza:

1) El consentimiento voluntario del ser humano es esencial. Eso significa que la persona interesada debería ser legalmente capaz de consentir, debería estar en condiciones de ejercerán libre poder de elección sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, constricción, prepotencia, o cualquier otra forma de constricción o coacción, y debería poseer suficiente conciencia y comprensión de los elementos de la cuestión como para ponerlo en condiciones de tomar una decisión iluminada por la comprensión y la plena conciencia.<sup>15</sup>

Si bien estos postulados se refieren específicamente al consentimiento para permitir experimentación con el cuerpo, pueden y fueron aplicados a los tratamientos terapéuticos en general.<sup>16</sup> Este postulado establece condiciones esenciales para manifestar consentimiento médico, frente a las cuales desde ya conviene resaltar que resultan análogas a dos de las condiciones que nuestro Código Civil impone para la validez de los actos jurídicos: capacidad legal, y voluntad libre de vicios.<sup>17</sup> Posteriormente volveremos a este tema.

El Código de Nüremberg tuvo como objetivo traer todo experimento médico a una dimensión ética objetiva. El campo de estudios de la bioética, descrito por SERGIO CECCHETTO en su ensayo *Consentimiento Informado* como “un campo de estudios dedicado a explorar interdisciplinariamente las dimensiones morales implícitas en las ciencias de la vida y de la atención de la salud” ha tenido desde sus inicios a finales de la década de los 1960’s, precisamente este mismo

---

Nüremberg constituyó el génesis de la institución aquí estudiada dentro de los sistemas jurídicos continentales, pero que dicha institución evolucionó dentro del entramado de la sociedad estadounidense.

<sup>14</sup> E. CALÒ, *Bioética: Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad*, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 2000, p. 96.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>16</sup> SERGIO CECCHETTO señala acertadamente que el Ministerio de Sanidad del Tercer Reich había desarrollado ya para 1931 una regulación donde se reconocía el derecho del paciente, o su representante, de otorgar su “claro e indudable” consentimiento antes de someterse a cualquier experimento programado o ensayo clínico. Grotesca contradicción.

S. CECCHETTO, *Consentimiento Informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento*, Compilado por Luis Guillermo Blanco en la obra *Bioética y Derecho*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 90.

<sup>17</sup> Art. 1461 Código Civil. Obviamos la causa y objeto lícitos pues presumimos que estos existen dentro de la relación médico-paciente donde será requerido el consentimiento médico de éste.

objetivo. Desde ese entonces se ha buscado introducir un sujeto moral en el momento de tomar decisiones médicas.<sup>18</sup>

### 1.2.2. Los principios de la ética biomédica, y el paternalismo como paradigma a vencer

Para entender la importancia del consentimiento médico dentro de la bioética debemos remontarnos a los cuatro principios de la bioética, forjados por BEAUCHAMP y CHILDRESS en su seminal obra *Principles of Biomedical Ethics* (*Principios de Ética Biomédica*), en 1977.<sup>19</sup> CALÒ recuerda que estos autores identificaron un sistema de bioética sustentado sobre cuatro principios: *autonomy* (autonomía), *non maleficence* (no maleficencia), *beneficence* (beneficencia), y *justice* (justicia).<sup>20</sup> Estos principios estuvieron en conflicto desde el inicio, pudiendo relacionarse directamente ciertas ideas, conductas e instituciones con ellos. Por ejemplo, la beneficencia le debe bastante a la vieja concepción del médico paternalista que decide qué información compartir con el paciente pensando que es él quien conoce lo mejor para éste. La autonomía, por otra parte, reconoce el derecho de autodeterminación de la personas y de participar activamente en las decisiones que repercutan en sus cuerpos y sus existencias.<sup>21</sup>

En la actualidad se ha determinado que el principio rector de la bioética es la autonomía –el cual se opone directamente al viejo *beneficence*– siendo la mayor expresión de este principio el consentimiento médico informado de los pacientes.<sup>22</sup> Es al reparar en el íntimo vínculo que une al consentimiento médico informado con el principio de autonomía, que podemos entender el central rol que ésta institución juega dentro de la bioética moderna. Finalmente, CALÒ acertadamente puntualiza una consecuencia fundamental que proviene de la autonomía o autodeterminación del paciente, y de su posición central dentro de la

---

<sup>18</sup> S. CECCHETTO, *Consentimiento Informado...*, op. cit., p. 91.

<sup>19</sup> T. CHILDRESS Y J. BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*. Citado por E. CALÒ, *Bioética: ...*, op. cit. p. 99.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 99.

<sup>21</sup> Los otros dos principios no son esenciales para nuestro análisis, aunque vale la pena definirlos. *Non maleficence* se refiere a la prohibición de actuar en detrimento del paciente, y *justice* pregona un igual y democrático acceso de todas personas a la medicina.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 100.

bioética: se pone fin al positivismo y al paternalismo, permitiéndose así que la voluntad de la persona juegue un papel central en el ejercicio de sus derechos.<sup>23</sup>

### **1.2.3. El consentimiento médico informado en niños, niñas y adolescentes: algunas consideraciones clave**

En primer lugar debe quedar claro que los derechos consagrados especialmente para la niñez y la adolescencia no sustituyen a los derechos humanos “generales”<sup>24</sup>. Los menores de edad son personas y como tales les son aplicables todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional y el ordenamiento interno. Si embargo, a los niños se les aplica además un catálogo de derechos pensado especialmente para sus particulares necesidades y circunstancias, el cual está contenido en la Convención. Eso significa que si hablamos del consentimiento médico como derecho humano, o al menos como la expresión de sus derechos humanos, este le será aplicable tanto a los niños como a los adultos. Claro está que existen ciertas características específicas al hablar de dicha institución al servicio de niños, niñas y adolescentes, las cuales serán abordadas más adelante en el presente trabajo. Por lo pronto basta con recordar la cercanía técnica existente entre el consentimiento médico informado y los derechos de los niños, manifestada mediante los derechos a la información y la opinión o expresión, los cuales tienen una especial relevancia para los niños, y se encuentran en la base doctrinaria del consentimiento médico informado.

Dada la evolución actual del derecho, puede parecer obvio el atribuirles a los niños, niñas y adolescentes tanto los derechos humanos “generales” como de los derechos específicos de su edad. Sin embargo, hasta hace algunas décadas se manejaba un concepto completamente distinto, el cual se vio cambiado para siempre por la innovadora sentencia judicial “in re Gault”. En este proceso, conocido simplemente como “caso Gault”, la Corte Suprema de Justicia de los EEUU determinó en sentencia que los menores de edad gozaban de las mismas garantías procesales que tenían los adultos enjuiciados, lo cual significa, como

---

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 100.

<sup>24</sup> Con esto me refiero a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales propios de la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

veíamos, que aquellos comparten en su calidad de seres humanos los derechos de éstos.<sup>25</sup> Antes de esta sentencia, la corriente predominante era implementar medidas de protección destinadas a los menores de edad que, por la calidad de “objetos de protección” de estos, no consideraban sus derechos humanos.

Ha quedado claro que el consentimiento médico informado constituye el ejercicio de varios derechos humanos, y que en función de la corriente reflejada en el caso Gault, los niños y adolescentes gozan de todos y cada uno de los derechos humanos<sup>26</sup>. A continuación exponemos otra importante sentencia judicial extranjera que coadyuvó a la formación de la idea de un consentimiento médico informado válido otorgado por adolescentes.

#### **1.2.4. El caso “Gillick”**

En 1985, el “House of Lords” inglés emitió el fallo judicial “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” (caso “Gillick”) en el cual se determinaba que una menor de edad tenía derecho de acceder a anticonceptivos sin la aprobación de sus padres. La sentencia trata a fondo temas como la naturaleza de la autoridad paterna y la evolución de las facultades de los menores de edad.

Este caso inició cuando la Sra. Gillick, madre de 5 hijas menores de edad, pidió a la autoridad sanitaria local que le garantice que ninguna de ellas podría recibir asesoramiento o tratamiento anticonceptivo alguno sin el previo conocimiento y autorización de la madre. Esta petición fue hecha debido a la reciente emisión de una guía proveniente del Departamento de Salud y Seguridad Social en la cual este órgano determinaba que si bien la situación ideal era contar con el conocimiento y aprobación de los padres de los menores de edad antes de entregarles anticonceptivos, aquellos no eran estrictamente necesarios.

Si bien la sentencia Gillick abre una instancia donde los menores de edad pueden acceder a tratamientos anticonceptivos, no lo hace indiscriminadamente. La realidad es que esta situación le es aplicable solamente a ciertos adolescentes, que deben cumplir a juicio del médico tratante ciertos requisitos determinados.

---

<sup>25</sup> Sentencia EEUU “In re Gault” (387 U.S. 1 (1967))

<sup>26</sup> Gran parte del presente trabajo se centra en determinar el alcance de esta afirmación, en función del principio de la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.

Según Lord Fraser de Tullybelton, Lord Scarman y Lord Bridge de Harwich, tres de los miembros del tribunal que emitiera la sentencia, los requisitos son<sup>27</sup>:

“(i) la chica entenderá el consejo hecho por el médico; (ii) el médico no ha logrado convencerla de que informe a sus padres, o de que le permita al médico informarles, sobre el hecho de que ella está buscando consejo sobre anticonceptivos; (iii) es muy probable que la chica comenzará o continuará teniendo relaciones sexuales sin importar si cuenta o no con medidas anticonceptivas; (iv) a menos que la chica reciba consejo o tratamiento anticonceptivo, su salud mental, física, o ambas, son susceptibles de daño, y; (v) el interés superior de la chica requiere que el médico le brinde consejo, tratamiento anticonceptivo o ambos, sin el consentimiento paterno (2).”<sup>28</sup>

Estos requisitos ponen en relieve la importancia de otros actores al encontrarse el adolescente ante una decisión terapéutica. En cuanto al médico, su rol es esencial ya que será éste el llamado a determinar, en el seno de la relación confidencial con su paciente, si éste tiene el nivel de evolución necesario para tomar decisiones con respecto a su salud y su cuerpo. Sobre el rol de los padres, si bien su consentimiento no es necesario, los requisitos enunciados garantizan que estos tengan la mayor oportunidad posible de participar de la decisión de sus hijos.

La finalidad de examinar al caso Gillick en este apartado es primordialmente defender la idoneidad de un adolescente para consentir o disentir de tratamientos médicos o quirúrgicos. Sin embargo la determinación caso por caso de la capacidad para consentir de los adolescentes presenta problemas prácticos, y es en verdad una opción que funciona mejor dentro de sistemas anglosajones. En sistemas romanistas como el nuestro, que se basan en hipótesis jurídicas estrictamente redactadas, pensamos que optar por un sistema que consagre una edad predeterminada para consentir sería mucho más valioso. Es decir, implementar un sistema en el cual la capacidad del adolescente para consentir a partir de una edad determinada constituya una presunción legal. Más adelante retomaremos esta idea.

---

<sup>27</sup> Curiosamente, la sentencia de Gillick se refiere constantemente a “chicas” (*girls*) y no a adolescentes (*teenagers*) o aún menores de edad (*minors*). Sin embargo, no existe motivo para pensar que lo que se dice en referencia de un sexo no pueda ser aplicado al otro.

<sup>28</sup> Sentencia Inglaterra “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” [1985] 3 All ER 402 (HL). Traducción del autor.

### 1.3. El interés superior del niño

#### 1.3.1 Generalidades

Pocos temas alrededor de la Convención han suscitado tanto debate como el interés superior del niño, su interpretación y debida aplicación. Este concepto es bastante anterior a la Convención, y ha sido entendido de maneras muy diversas dentro de la evolución del derecho de niñez y adolescencia, siendo considerado en la actualidad el principio “rector-guía” de la Convención. Esto implica que los derechos en ella consagrados deben ser interpretados y entendidos integralmente a la luz del mismo.

Este principio se ha consagrado en el artículo tercero de la Convención, según el cual, “[e]n 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”. El CNA recoge este principio y su importancia en el segundo párrafo del art. 1, al declarar que la finalidad de este cuerpo legal debe estar siempre apegada al principio del interés superior del niño, definiendo después a éste como “un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.” (art. 11).

Según lo explicado por MIGUEL CILLERO BRUÑOL en su texto *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, el interés superior es una institución proveniente del anterior derecho de menores que ha sido recogida por la Convención, pero que adquiere un sentido completamente distinto al ser incorporada al artículo tercero de ésta.<sup>29</sup> Este nuevo significado no ha sido claro para todos, hasta el punto que algunos autores estimaron que no debía incorporarse alusión alguna al interés superior en el texto

---

<sup>29</sup> M. CILLERO BRUÑOL, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, disponible en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf), consultado el 30 de octubre del 2007.

de la Convención, precisamente por su vinculación con el derecho de menores.<sup>30</sup> Estos autores alegan que el interés superior es un concepto bastante indeterminado, cuya ambigüedad puede dar lugar a arbitrariedades y abusos por parte de las personas que ostentan algún poder sobre los niños, niñas y adolescentes. Una indeterminación de este tipo impediría la interpretación uniforme de este principio, lo que generaría que las resoluciones que se basen en el mismo no cumplan con las exigencias de la seguridad jurídica.<sup>31</sup> Quizás este era el panorama antes de la vigencia del Convención, pero hasta la actualidad se ha avanzado mucho para caracterizar al principio de interés superior de una forma más concreta y uniforme, habiéndose llegado a una idea que, si bien parece simple, no podía haber sido posible antes de la Convención: se debe identificar el principio del interés superior de los niños con los derechos que la Convención les garantiza éstos. En pocas palabras, el interés superior de los niños será, siempre, **la satisfacción de sus derechos**<sup>32</sup>. Esta interpretación, junto con el carácter de principio rector-guía, restringe cualquier eventual arbitrariedad, puesto queda claro que “quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés ‘superior del niño’, deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención”.<sup>33</sup>

### 1.3.2. Funciones del principio del interés superior

En su libro “El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales”, ALSTON Y GILMOUR-WALSH explican las funciones del principio del interés superior en el esquema de la Convención: (1) Apoyar, justificar o aclarar un enfoque concreto para la Convención; en este contexto sirve de guía para elaborar una normativa de derechos humanos, y para aplicar los otros derechos de la Convención; (2) actuar como “principio de

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> La Convención contiene un catálogo específico de derechos –ya no sugerencias o meras aspiraciones– aplicables a todos los niños, niñas y adolescentes. Al ser el primer instrumento internacional en así hacerlo afirmamos que la Convención resulta esencial para esta nueva concepción de “interés superior”, ya que sin derechos claros, no se puede medir su cumplimiento.

<sup>33</sup> M. CILLERO BRUÑOL, *El Interés Superior del Niño ...*, Op. Cit.

mediación” para resolver los eventuales conflictos entre los derechos consagrados en la Convención, y; (3) evaluar las leyes, prácticas y políticas referentes a los niños que no estén expresamente incluidas en la Convención.<sup>34</sup> A su vez CILLERO expande la segunda función, afirmando que el interés superior no se limita a mediar los conflictos entre los derechos de los niños, sino que además “regula los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos”.<sup>35</sup> Esta función tiene gran importancia para nuestro análisis pues, como se explicará más adelante, los derechos que el adolescente ejerce, mediante su consentimiento médico informado, pueden colisionar con los derechos de sus padres. La tercera función, que consiste en evaluar las políticas y leyes, expande el campo de acción del principio del interés superior, ya que deja de ser solamente un factor para ponderar conflictos entre derechos, facilitando la aplicación de los derechos del niño por sobre toda decisión del poder público.

### **1.3.3. El interés superior del niño y las diferencias culturales**

Los derechos consagrados en la Convención son parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y como tal, no escapan a las difíciles consideraciones hechas a propósito de las obstáculos que las diferencias y relativismos culturales presentan para la aplicación generalizada de instrumentos de Derechos Humanos. En resumen, el tema de los relativismos culturales está relacionado con la visión predominantemente occidental de los derechos humanos que no toma en cuenta, y hasta condena, otras culturas y sus manifestaciones. Prácticas culturales que si bien pueden ser violatorias de derechos desde nuestra concepción occidental, muchas veces son una parte esencial de la vida cotidiana y los usos sociales de muchas comunidades, lo cual presenta una pregunta ética sobre el derecho que tiene occidente de “occidentalizar” la cultura de otras naciones. La válida discusión alrededor de los relativismos culturales ha impedido una aplicación integral de los instrumentos de derechos humanos, sin embargo,

---

<sup>34</sup> P. ALSTON Y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño: Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, Unicef Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 57.

<sup>35</sup> M. CILLERO BRUÑOL, *El Interés Superior del Niño...*, op. cit.



según varios autores el principio del interés superior ha ayudado mucho a sobrellevar este obstáculo en el campo del derecho de la niñez y la adolescencia, si bien no brinda soluciones mágicas. Como bien dice ALSTON, la Convención no presenta un mecanismo específico que trate directamente las diferencias culturales, por lo que “gran parte de la carga será soportada por el principio del interés superior”.<sup>36</sup>

ABDULLAHI AN-NA’IM estima que el interés superior desempeña una función importante en relación con los valores culturales, aunque dicha función no sea ilimitada.<sup>37</sup> Este autor propone un modelo donde un dialogo constante entre los partidarios de las consideraciones culturales –a las que él llama “modelos populares”– y aquellos que defienden la universalidad de los derechos humanos, facilite un esquema donde ambas posiciones encuentren una armonía sin que una se subordine a la otra, siempre pensando en el interés superior del niño.<sup>38</sup> Sin embargo, estamos de acuerdo con ALSTON en cuanto esto no es tan fácil, y puede resultar problemático.<sup>39</sup> Más aún, pensamos que esta visión donde los “modelos populares” no están subordinados a los derechos humanos, es incongruente con los fines del principio del interés superior. Recordemos que el interés superior del niño consiste en la satisfacción de sus derechos, por lo que éste adquiere importancia al existir un catálogo concreto de derechos, como lo es la Convención. Si se cuestiona la obligatoriedad de estos derechos, y su primacía por sobre las diferencias culturales, existe el peligro de que volvamos a la concepción relativista de este principio, lo cual le negaría su esencia actual. Pongamos como ejemplo el caso de la circuncisión femenina, la cual forma parte de la cultura de numerosos países, en su mayoría africanos, y tiene una importancia social considerable en éstos.<sup>40</sup> AKILA BELEMBAOGO explica que la circuncisión femenina es considerada como el paso de una chica a la edad adulta, y señala la integración de las jóvenes a la vida social de su comunidad. Si se le

---

<sup>36</sup> P. ALSTON Y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño ...*, op. cit., p. 57.

<sup>37</sup> A. AN-NA’IM, *Human Rights in Cross Cultural Perspectives*, University of Pensilvania Press, Philadelphia, 1992. Citado por P. ALSTON Y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño ...*, op. cit., p. 57.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p.57.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p.58-59.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p.34.

otorga una igual importancia a los modelos populares que a los derechos humanos, se podría llegar a decir que la circuncisión es en el interés superior de las niñas, ya que si no se practica éstas son excluidas de la sociedad tradicional y no pueden casarse ni formar familia.<sup>41</sup> Sin embargo la práctica de la circuncisión femenina viola los derechos de las niñas y pone en peligro su salud, por lo que asegurar que este modelo popular podría darse en el interés superior de éstas es impensable a la luz de las actuales nociones que tenemos sobre ese principio. Estamos entonces completamente de acuerdo con ALSTON cuando dice que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos”.<sup>42</sup> Esta conclusión nos permite adelantarnos a eventuales argumentos que defiendan que el nivel de aplicación y respeto al consentimiento de un adolescente responde a consideraciones culturales de una sociedad, y que como tal no debiera ser cuestionado. Es importante mencionar que el CNA recoge esta idea muy acertadamente, al mandar en el tercer párrafo de su art. 11 que “[el principio del interés superior del niño] prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.”

## **1.4. La patria potestad**

### **1.4.1. Definición y generalidades**

Nuestro Código Civil define la institución de la patria potestad simplemente como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”.<sup>43</sup> Sin embargo, el concepto ha ido evolucionando constantemente, hasta el punto que en la actualidad es considerada más bien un conjunto de obligaciones que de derechos, o al menos, una serie de derechos-obligaciones de los padres con respecto de la persona y los bienes de sus hijos no emancipados. En su obra “La Familia en el Derecho”, MANUEL CHÁVEZ ASENCIO señala que la patria potestad representa “más que un poder, una

---

<sup>41</sup> A. BELEMBAGO, *The Best Interest of the Child: The Case of Burkina Faso*, at Alston (ed.), *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, 1997, pp. 202-226. Citado por P. ALSTON Y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño ...*, op. cit., p. 34.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p.58.

<sup>43</sup> Art. 283 Código Civil.

protección".<sup>44</sup> El CNA comparte esta visión más moderna, al ampliar la cruda definición del Código Civil y determinar que “la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.”<sup>45</sup> Esta definición regula al régimen personal de la patria potestad con una óptica centrada en derechos, mientras que el Código Civil regula mayormente el régimen patrimonial de la institución, sobre el cual únicamente diremos que, en principio, los padres tienen el usufructo legal de los bienes propios de sus hijos.

Según PLANIOL Y RIPERT, la patria potestad es “el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres”.<sup>46</sup> Esta noción, además de integrar las ideas de “derecho” y “obligación” en la patria potestad, incorporan además el término “poderes”, lo cual hace referencia al tema de fondo de la patria potestad en el contexto de nuestro análisis: la autoridad de los padres.

Sin importar la tradición jurídica a la que nos refiramos, veremos que el concepto de patria potestad se encuentra anclado en el de autoridad de los padres, la cual en entre los pueblos antiguos adquiriría un sentido “absoluto y despótico”.<sup>47</sup> Así, el jefe del grupo en la Grecia y Roma antiguas, era dueño no solamente del patrimonio de los miembros del mismo, sino de sus vidas mismas. Como bien indica CHÁVEZ, esto se fundamenta en la ausencia de “Estado” en esas realidades políticas, por lo que el jefe de cada grupo familiar era la máxima autoridad social, política y religiosa del mismo.<sup>48</sup> Si bien el sentido de la autoridad de los padres ha cambiado mucho con el correr de los siglos, el fundamento de la autoridad paterna no había sido cuestionado hasta recientemente, cuestionamiento que nos ha permitido ver que existen posiciones profundamente diferentes al respecto.

---

<sup>44</sup> M. CHÁVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Editorial Porrúa, México D.F., 1997, p. 293.

<sup>45</sup> Art. 105 Código de la Niñez y la Adolescencia

<sup>46</sup> M. PLANIOL Y G. RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1946. Citado por M. CHÁVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho*, ... Op. Cit., p. 293.

<sup>47</sup> M. CHÁVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho*, ... Op. Cit., p. 295.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 295.

Mientras algunos autores como CARBONNIER piensan que dicha autoridad “está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre con el objeto de proteger al menor frente a los peligros que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia”<sup>49</sup>, otros han llegado a asegurar que la autoridad de los padres sobre los hijos constituye parte de una relación jurídica no muy distante de aquella que existían entre el amo y el esclavo<sup>50</sup>. Nuestra posición es bastante más moderada; no pensamos que la autoridad se basa meramente en la necesidad que tienen los niños de ser protegidos, como si fuesen simples “objetos de protección”, pero tampoco pensamos que la autoridad de los padres carezca de alguna justificación razonable que la separe de la esclavitud y otras formas de atropello y discriminación.

#### 1.4.2. La patria potestad como derecho personalísimo del ser humano

Hasta ahora hemos analizado a la patria potestad dentro de la relación paterno filial, lo cual implica, “fundamentalmente deberes en relación a la persona de los hijos y obligaciones en relación a sus bienes”.<sup>51</sup> Sin embargo, existe otra dimensión de la patria potestad, vista como un derecho derivado de la persona y la familia como institución; un derecho inalienable que forma parte de la personalidad y del patrimonio humano de la persona.<sup>52</sup> Esto es, la patria potestad como derecho personalísimo.

El art. 96 del CNA establece que las relaciones no patrimoniales entre padres e hijos son de carácter personalísimo. Al reconocer que muchas de las obligaciones que son parte de la patria potestad son de carácter extra patrimonial, podemos concluir que dicha norma se le aplica también a la patria potestad, reconociéndole una dimensión propia de los derechos personalísimos de las personas.

---

<sup>49</sup> J. CARBONNIER, *Ensayos sobre las Leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1998. Citado por CHÁVEZ. Op. Cit., p. 298.

<sup>50</sup> El ensayo de BRUCE C. HAFEN titulado *Children's Liberation And The New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youths To Their "Rights"*, presenta una interesante discusión sobre el rol de los padres y su autoridad en el contexto del desarrollo de movimientos sociales que, tomando la idea de causas como la igualdad de las mujeres y de los ciudadanos negros en los EEUU, abogaban por una “liberación de los niños”.

<sup>51</sup> M. CHÁVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho*, ... Op. Cit., p. 299.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 300.

Podemos adelantar que es dentro de la concepción de la patria potestad como derecho personalísimo que ésta adquiere real valor para nuestro análisis, ya que ésta entrará en conflicto con el consentimiento médico informado del adolescente.

Como cierre, vale la pena reproducir una idea encontrada en la ya mencionada sentencia del caso *Gillick*, la cual presenta magistralmente las características que la patria potestad debería tener en la actualidad:

El derecho de los padres derivado de la patria potestad a controlar a sus hijos menores de edad, ha sido un derecho decreciente que ha existido solamente en tanto ha sido requerido para la protección y beneficio del niño; el alcance de la duración de ese derecho no puede ser establecido en referencia a una edad fija, sino que depende del grado de inteligencia y entendimiento de cada niño en particular, y de un juicio de lo que es mejor para su bienestar.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Sentencia Inglaterra “*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*” [1985] 3 All ER 402 (HL). Traducción del autor.

## **CAPÍTULO II**

# **EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La hipótesis desarrollada en el presente trabajo parte de la premisa de que la institución del consentimiento médico informado constituye una manifestación o ejercicio de algunos derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros derechos consagrados en otros instrumentos internacionales. Por esto, lo primero será justificar esta premisa y precisar los derechos a los que nos referimos.

En base a lo dicho anteriormente acerca de los principios del interés superior del niño y del ejercicio progresivo, debemos recalcar su importancia como guías de interpretación de los derechos de la Convención.

### **2.1. Los bienes jurídicos precautelados por la institución del consentimiento médico informado dentro del contexto específico de los niños, niñas y adolescentes**

El consentimiento médico informado de las personas es a la vez un medio de ejercicio de varios derechos y una garantía de los mismos. Así, a la vez que el consentir o disentir a un tratamiento es una forma de ejercer el derecho a la libertad, también se configura en un acto con efecto vinculante con miras a

defender la libertad de dicho individuo por sobre las injerencias externas. Los derechos humanos precautelados y ejercidos a través del consentimiento médico son, a nuestro entender, la libertad, la autodeterminación, y en general el derecho a una vida digna. En cuanto a los derechos específicos reconocidos por la Convención y el CNA podemos hablar del derecho a la información y el derecho de opinión. Evidentemente, y dentro de la visión integral de los derechos humanos, todos estos derechos están íntimamente vinculados, por lo que difícilmente algunos podrán ser ejercidos si existen límites para ejercer otros. A continuación realizamos algunas consideraciones relativas a algunos de estos derechos.

### **2.1.1. Derecho a la autodeterminación personal de niños, niñas y adolescentes**

El derecho a la autodeterminación personal, estrechamente vinculado con el derecho a la libertad, consiste en dársele a la persona la facultad de ir construyéndose a sí mismo de la manera que mejor le parezca. Este derecho engloba a otros derechos, y consiste en pocas palabras en permitirles a los seres humanos que sean los artífices de sus propias vidas y destinos. El preámbulo de la Convención consagra la importancia de la libertad como uno de los fundamentos ideológico de la misma, al establecer lo siguiente en su primer considerando:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La Convención expresa que la libertad solamente puede ser obtenida mediante el reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos. El derecho a la autodeterminación personal busca precisamente resaltar la dignidad de las personas al permitirles escoger su camino, y su destino.

El proyecto personal de cada persona se va formando a través de las decisiones personales que ésta toma a lo largo de su vida, por lo que es vital que dichas decisiones sean tomadas por ella misma. NILDA GORVEIN y MARTA

POLAKIEWICZ al tratar el tema de la autodeterminación y otros derechos de los adolescentes en su ensayo *El Derecho del Niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*, proponen un modelo piramidal de cuatro niveles que refleja la importancia que dichos derechos tienen en el tema del consentimiento informado del menor de edad.<sup>54</sup> La base de la pirámide está formada por el principio del interés superior del niño, también llamado “derecho al bienestar del niño”; el segundo y tercer nivel están formados respectivamente por el derecho a la información y el derecho de expresión del niño, y; finalmente, en la cúspide, se encuentra el derecho a la autodeterminación personal.<sup>55</sup> Estas autoras estiman que el consentimiento –y la autodeterminación– son claras manifestaciones del derecho a la libertad, lo cual tiene mucho sentido si por libertad entendemos la facultad inherente de todo ser humano de seguir su propio camino sin presiones ni injerencias externas.<sup>56</sup>

Las mismas autoras señalan acertadamente que el derecho de autodeterminación está muy vinculado con el principio bioético de la autonomía, “consistente en el respeto por la persona o agente moral, del cual deriva el deber de no coartar o interferir en las acciones autónomas”.<sup>57</sup> Opinan además que una decisión es autónoma “cuando deriva de los propios valores y creencias, se basa en un conocimiento y entendimiento adecuados, y es libre de coerción externa o interna”.<sup>58</sup> Esto último deja claro que el consentimiento médico del paciente ocurre en la esfera de los derechos personalísimos, tema que retomaremos en el siguiente capítulo. Debemos recordar además en este punto que la autonomía, además de ser un principio bioético, es también un principio fundamental en el campo de los derechos de la niñez y adolescencia.<sup>59</sup>

### **2.1.2. El derecho a la información y el derecho de opinar (derecho a ser consultados)**

---

<sup>54</sup> N. GORVEIN Y M. POLAKIEWICZ, *El Derecho del Niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*, compilado por Cecilia Grosman en la obra *Los Derechos del Niño y la Familia: Discurso y Realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 132.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 132.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 139.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 135.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 135.

<sup>59</sup> Tal y como habíamos visto en el punto 1.1.1.2.



Estos derechos son de particular importancia para la institución del consentimiento médico informado de los adolescentes, por dos motivos distintos. El primer motivo radica en el hecho de que el consentimiento médico informado contiene dos elementos esenciales que coinciden con estos dos derechos: la información al paciente, la cual deberá ser adecuada y suficiente, y la posterior decisión del mismo. El segundo motivo por el cual estos derechos adquieren especial relevancia al analizar el consentimiento de los adolescentes es que la normativa especializada de niñez y adolescencia a partir de la Convención ha puesto especial énfasis en estos dos derechos, tratándolos de manera conjunta. Así, tanto la Convención como el CNA consagran el derecho de opinar de los niños, de la siguiente manera. La Convención determina, en su art. 12:

#### Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A su vez el CNA establece en su art. 60:

Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

Es evidente que el niño no puede expresar su opinión si no tiene la información necesaria para formarse un juicio claro. Por esto, pensamos que el derecho a la información se encuentra implícito en el derecho a ser consultados, ya que no puede existir opinión sin información.

Si seguimos lo mandado por la Convención (y el CNA) resulta indiscutible que los adolescentes tienen derecho a ser informados acerca de los

acontecimientos que les afectan, y que éstos tienen el derecho de opinar acerca de las medidas que repercutirán en sus vidas. Así ocurre por ejemplo en el caso del adolescente que tiene que elegir con cuál de sus progenitores separados vivirá.<sup>60</sup> El consagrar de esta manera estos derechos, y desarrollarlos juntos, constituye para nosotros un indicio de que el espíritu detrás de la normativa vigente busca reconocer la libertad del adolescente para autodeterminarse. En ciertas instancias de la vida del adolescente nuestra sociedad ha estimado necesario darle a su voluntad no solamente mérito, sino obligatoriedad. ¿Quién podría negar que el consentimiento o negativa ante tratamientos quirúrgicos constituye una de estas instancias?

### **2.1.2.1. La Ley de Derechos y Amparo al Paciente: un referente**

Existen otros elementos, más allá de la Convención y el CNA, que apuntalan el derecho de los adolescentes de otorgar su consentimiento médico informado. Por ejemplo, la Ley de Derechos y Amparo al Paciente reconoce algunos derechos específicos al paciente, tales como la atención digna, la no discriminación, confidencialidad, información, y decisión.

En cuanto al derecho de información del paciente, el art. 5 de este cuerpo normativo manda:

Art. 5.- DERECHO A LA INFORMACION.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia.

El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento. (El subrayado es nuestro)

---

<sup>60</sup> Último inciso del art. 106 del CNA: “La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.”

Esta norma es bastante explícita en cuanto al derecho de todo paciente de recibir información completa y detallada que le permita tener una idea precisa de su situación terapéutica. Se debe rescatar que las únicas excepciones que se hacen son los casos de emergencia, omitiéndose diferenciación alguna basada en edad o capacidad. Evidentemente esta norma debe ser interpretada en el caso de los adolescentes a la luz de la Convención y el CNA, no obstante, el hecho que no imponga prohibiciones o calificaciones adicionales es importante para nuestro análisis.

En lo relacionado con el derecho a consentir, la Ley de Derechos y Amparo al Paciente manifiesta en su art. 6:

Art. 6.- DERECHO A DECIDIR.- Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión. (El subrayado es nuestro).

Nuevamente vemos que el derecho de aceptar o rechazar un tratamiento médico le es reconocido a todos los pacientes, sin hacer consideraciones adicionales sobre su edad, por lo que se deben aplicar las reglas generales que buscamos identificar a lo largo del presente trabajo.

La importancia de la mención de estas normas es que, si bien éstas no están relacionadas con la tesis central del presente trabajo, reflejan que la idea de reconocer un consentimiento informado válido a los adolescentes puede guardar coherencia con el universo normativo vigente en el Ecuador.

### **2.3. Protección y discriminación**

La crítica a la concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos ha sido basada en gran medida en el tema de la protección. El problema radica en que ubicar a la “protección” como elemento central de un argumento es peligroso al encontrarnos ante un concepto esencialmente indeterminado. Indeterminado porque al implementar políticas, actos, o ideas de “protección” la parte “protectora” lo hace en base a consideraciones que le son aplicables exclusivamente a ella, según su forma de mirar el mundo. La razón es simple: es

difícil oponerse a medidas basadas en una palabra de carga semántica positiva tan fuerte como lo es la protección, realidad que ha sido aprovechada por el poder.<sup>61</sup> ¿El resultado? Pues que la “protección” se vuelve entonces poco más que un criterio ampliamente subjetivo aplicado arbitrariamente al objeto de protección, sin tomar en cuenta en el proceso la opinión ni las necesidades reales de éste último.

El problema con esta desnaturalización de la verdadera protección es que encuentra asidero en una presunción profundamente discriminatoria: la idea de que existe una desigualdad entre la parte llamada a “proteger” y aquella que requiere de su protección. El protector, fuerte y benevolente, planea y dispone del futuro del débil e ignorante que necesita ser protegido. El objeto de protección es considerado como incapaz de entender su realidad y sus circunstancias, y como tal la tarea de tomar una decisión acerca de su futuro y existencia le debe ser atribuida a alguien mejor que él. Las consecuencias de este modelo son nefastas para el desarrollo, pues habiendo crecido en un ambiente que lo excluye de cualquier proceso de toma de decisiones, el niño no tiene forma de adquirir un comportamiento cada vez más participativo en su propia vida. Eventualmente, su falta de medios para ejercer una real autonomía termina por crear condiciones que justifiquen su exclusión de la toma de decisiones. De este modo, el sistema termina creando precisamente los niños incompetentes que pretende proteger.

Ahora bien; no pretendo decir que no existe una diferencia entre padres e hijos, ni que los niños, niñas y adolescentes no necesiten de trato especial. Lo mismo se puede decir respecto de la diferenciación entre niños y adolescentes. Mi intención es simplemente aclarar que existe una vasta diferencia entre el anacrónico modelo que se explica líneas arriba, y la aceptación del hecho que un niño puede no tener la experiencia, madurez o voluntad<sup>62</sup> necesarias para tomar ciertas decisiones relacionadas con su vida, en cuyo caso es prudente otorgarle un

---

<sup>61</sup> Se puede decir lo mismo sobre palabras como “patriotismo”, “orden público” “amor”, o “bienestar”. Cualquier atrocidad pretende suavizarse ante el público cuando es aplicada en nombre y defensa de este tipo de conceptos de elevada carga semántica.

<sup>62</sup> Con “voluntad” no me refiero al término jurídico constitutivo del consentimiento. Me refiero, simplemente, al deseo de participar de las decisiones importantes en su vida.

trato especial que garantice un crecimiento pleno que eventualmente le permita tener una participación activa – y como tal, valiosa – en la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en su Opinión Consultiva 17 algunas consideraciones importantes con respecto a una posible discriminación de los niños y adolescentes, en virtud del particular modelo de capacidad que las legislaciones les otorgan.

La Corte afirmó, a propósito de los derechos de los menores de edad:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.<sup>63</sup>

La Corte estima que la capacidad plena se adquiere a partir de la mayoría de edad, y afirma que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, pero que el ejercicio de los mismos está sujeto a representación. Posteriormente la Corte afirma que esta diferenciación no constituye discriminación, ya que ha sido impuesta para preparar a los menores de edad para que ejerzan sus derechos por sí mismos:

Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.<sup>64</sup>

Compartimos la opinión de la Corte, en cuanto no toda diferenciación debe considerarse discriminatoria. Sin embargo, aún y siendo obligación de los Estados de abstenerse imponer diferenciaciones que no puedan ser justificadas de manera objetiva y razonable, este tipo de diferenciaciones deben ser mantenidas al

---

<sup>63</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 17*, emitida el 28 de agosto del 2002, ¶ 41.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, ¶ 55.

mínimo, so pena de retornar a una visión paternalista del universo niñez y adolescencia.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> F. SIMON, *Derechos del Niño*, op. cit., p. 64.

## **CAPÍTULO III**

# **LOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO**

La Convención de los Derechos del Niño obliga a sus Estados partes a reconocer la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, y crear junto con los padres un ambiente que permita que el niño vaya asumiendo un rol, cada vez más importante en las decisiones que afectan su vida<sup>66</sup>. Detrás de este reconocimiento a la autonomía de los menores de edad está la concepción de los mismos como sujetos activos de derechos y responsabilidades, y no como meros objetos valiosos que deben ser protegidos por la sociedad. El tema del consentimiento médico informado está íntimamente vinculado con este concepto de autonomía, por lo que nos encontramos ante una institución que se encuentra muy en sincronía con los principios rectores de la Convención. Debido a esto, es importante verificar si nuestras normas domésticas permiten una perfecta aplicación de la institución del consentimiento médico informado tal como la hemos analizado en el Capítulo precedente.

### **3.1. La doble naturaleza del consentimiento médico informado**

La institución del consentimiento médico informado comienza a adquirir mayor complejidad al momento de analizar su naturaleza jurídica, ya que podemos identificarla dentro de dos categorías distintas. Si miramos su esencia desde una óptica de derechos civiles y humanos, veremos que se trata de un derecho

---

<sup>66</sup> Arts. 5 y 12 de la Convención.

personalísimo con todas las características típicas de éstos. Sin embargo, la existencia o ausencia del consentimiento ante un tratamiento o intervención tiene también efectos jurídicos muy específicos y particulares, y merece ciertas condiciones reservadas normalmente para la esfera contractual. Por esto algunos tratadistas como el mismo RABINOVICH han optado por definir al consentimiento médico informado con el novel concepto de “acto jurídico biomédico”. A continuación nos adentramos en esta doble naturaleza del consentimiento informado, la cual probará tener gran importancia en el desarrollo del presente estudio.

### 3.1.1. El consentimiento médico informado como acto jurídico biomédico

A lo largo de su obra *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos* RABINOVICH elabora un claro panorama sobre los actos jurídicos biomédicos. Este autor comparte la apreciación de VÉLEZ SÁRSFIELD al estimar que la esencia de los actos jurídicos es la generación de efectos jurídicos de manera inmediata<sup>67</sup>, para lo cual cita al art. 944 del Código Civil argentino, según el cual los actos jurídicos son “los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”<sup>68</sup>. Una apreciación similar la realiza CLARO SOLAR a propósito del Código Civil chileno, que como sabemos es la base del nuestro, al decir que “se llaman, en efecto, *actos jurídicos*, las declaraciones de voluntad que tienen especialmente por fin, crear, modificar o extinguir derechos.”<sup>69</sup> Líneas abajo este autor precisa además que “[l]o que caracteriza a los actos jurídicos es que son hechos con la intención de producir efecto jurídico, y que este efecto jurídico está íntimamente ligado a la voluntad del autor del acto y no puede realizarse independientemente de esta voluntad.”<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Si bien la creación de efectos jurídicos es el fin inmediato de los actos jurídicos, no es el único. Cfr. R. RABINOVICH, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 39.

<sup>68</sup> Concordamos absolutamente con Rabinovich en que la sola posibilidad de los seres humanos de realizar actos voluntarios consiste en un implícito, pero poderoso, reconocimiento de su libertad. Cfr. R. Rabinovich, *Actos Jurídicos ...*, op. cit., pp. 39-40.

<sup>69</sup> L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volumen 6, p. 7.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 7.



El Título II del Libro IV de nuestro Código Civil, titulado “De los actos y declaraciones de voluntad, no arroja una definición concreta de “acto jurídico”; esta situación proviene también del Código Civil chileno, ante lo cual Claro Solar ha explicado:

“El Código opone muchas veces la palabra *acto* a la palabra *contrato*. En estos casos, acto indica solo la declaración de voluntad de una sola persona, acto unilateral; pero en su acepción genérica se aplica también a los contratos o convenciones.”<sup>71</sup>

De lo anterior podemos sintetizar que todo contrato es un acto jurídico mas no viceversa, siendo un acto jurídico una declaración de voluntad de una persona que surte efectos jurídicos.

Si aceptamos que los actos jurídicos son aquellos hechos humanos cuya finalidad es causar efectos jurídicos, el consentimiento médico informado se acopla perfectamente a este requerimiento. En su caso, los efectos jurídicos son diversos. Más allá del hecho trascendental de que el consentimiento informado es un medio mediante el cual el paciente asume el control de su existencia, existen otros efectos más directos, tales como liberar al médico de responsabilidad.

La visión del consentimiento médico informado como un acto jurídico tiene varios obstáculos en el Ecuador, si bien estos parecen ser comunes a los sistemas jurídicos de varias naciones. La validez de todo acto jurídico se encuentra supeditada a la capacidad legal de aquel que lo realiza, y desgraciadamente nuestras leyes han trabajado el tema de la capacidad desde una óptica predominantemente patrimonial y contractualista, dejándose de lado temas tan importantes como el que estamos analizando. Este problema parece estar generalizado en los sistemas jurídicos romanistas, habiendo sido identificado por el notable jurista brasileño TEIXEIRA DE FREITAS, quien en base a ideas de SAVIGNY asegurara ya a finales del siglo XIX:

Todos los Códigos publicados, con excepción del de Prusia, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del Código Civil, del Código de Comercio o del Código de Procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables a los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 7.

conocimiento del Derecho Privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen a la influencia de los principios que debían dirigirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos o testamentos, como las relaciones de familia, o como los actos de procedimientos en los juicios, a los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fueren establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean o extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los Códigos, por mayor que sea el número de referencias y repeticiones.<sup>72</sup> (Lo subrayado es nuestro)

En síntesis, TEIXEIRA DE FREITAS explica que los principios aplicables a las disposiciones sobre contratos y testamentos deben ser aplicadas también a otros actos jurídicos. Uno de estos principios aplicables a todo acto jurídico sería entonces la capacidad legal como elemento fundante del consentimiento válido. En el caso del consentimiento médico informado de los adultos, no hay ningún problema con aplicar las normas clásicas de capacidad constantes en el Código Civil. Sin embargo, la aplicación de estas mismas normas al consentimiento médico informado de los adolescentes presenta un problema considerable, ya que los términos en que el Código Civil maneja la capacidad de los menores de edad no son compatibles con las nuevas ideas que la Convención consagra al respecto. Este punto se desarrollará más adelante.

### **3.1.2. El consentimiento médico informado como acto personalísimo**

Los derechos personalísimos, también llamados derechos de la personalidad, son aquellos que pertenecen a la persona por el solo hecho de ser tal. MOISSET E HIRUELA los han definido como:

[...] aquellos que corresponden innatamente a toda persona, desde antes de su nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, Citado por R. RABINOVICH, *Actos Jurídicos ... op. cit.*, p.41.

<sup>73</sup> L. MOISSET DE ESPANÉS Y M. HIRUELA DE FERNÁNDEZ, *Derechos de la Personalidad*, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>, consultado el 25 de abril del 2008.

Los mismos autores identifican algunas características importantes de los derechos personalísimos, a saber:

- a) Son innatos, ya que nacen con la concepción del sujeto.
- b) Son vitalicios, ya que se mantienen a lo largo de la existencia del sujeto.
- c) Son necesarios, ya que no pueden faltarle a la persona.
- d) Son esenciales, ya que son parte del contenido básico de la personalidad humana.
- e) Son de objeto interior, ya que se encuentran íntimamente vinculados a la persona al ser manifestaciones de ésta.
- f) Son inherentes, ya que no pueden ser separados de la persona a la que pertenecen.
- g) Son extrapatrimoniales.
- h) Son intransmisibles e inalienables.
- i) Son absolutos, en cuanto se oponen erga omnes a todos los demás seres humanos.
- j) Son privados, ya que se colocan en el campo del comportamiento de los particulares.
- k) Son autónomos, ya que tienen un conjunto de caracteres determinados que los separan, caracterizan e individualizan frente a otros derechos.<sup>74</sup>

Parte de los derechos personalísimos son aquellos denominados “derechos de la integridad física, los cuales comprenden todos los derechos relacionados con las manifestaciones de la persona sobre su propio cuerpo.”<sup>75</sup> El consentimiento médico informado es una manifestación evidente de los derechos de la persona sobre su propio cuerpo, pues consiste en el ejercicio de la facultad última de aquella de tomar decisiones autónomas concernientes a éste. Es por esto que decimos que el consentimiento médico informado es un acto personalísimo.

Adicionalmente, la Ley de Transplantes de Órganos nos da un pista interesante para este tema. El art. 13 de este cuerpo legal determina que en caso de transplantes, los padres están imposibilitados de otorgar su consentimiento en nombre de sus hijos. Si bien esta norma está circunscrita dentro del campo específico de los transplantes, consagra el consentimiento médico como un acto que no admite representación alguna, lo cual puede servirnos para defender que en otros ámbitos el consentimiento tendrá también esta característica, la cual es propia de los derechos personalísimos.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> *Ibíd.*

Para finalizar este punto debemos hacer hincapié en el hecho de que los derechos personalísimos no admiten representación, consideración importantísima al momento de defender la autonomía de los adolescentes.

### **3.2. Conflictos en la esfera del consentimiento médico informado como acto jurídico biomédico**

El Código de la Niñez y Adolescencia responde en un contexto histórico, a la creación de la Convención de los Derechos del Niño. Como tal, aquel refleja de una manera bastante perfecta los nuevos principios e instituciones consagrados en ésta. En lo relativo a la evolución de las facultades del menor de edad, el CNA en varios apartados hace referencia a esta evolución como un importante referente para el ejercicio de derechos. Así, por ejemplo, el art. 61 consagra el derecho del niño a la libertad de pensamiento, imponiendo sobre los padres la obligación de “orientar al niño, niña o adolescente para el adecuado ejercicio de este derecho, según su desarrollo evolutivo.” Sin embargo, esta armonía de principios con la Convención no se extiende a todo el CNA. A continuación nos ocuparemos de la capacidad del menor de edad y de sus actos jurídicos, y la forma en que las disposiciones de la Convención relativas a este punto no hacen eco en el CNA y en el ordenamiento ecuatoriano como un todo.

#### **3.2.1. El art. 65 del CNA y el Código Civil: un retroceso**

En primer lugar, conviene señalar la relevancia de este punto para el desarrollo de nuestro tema. El consentimiento informado es, como dijimos anteriormente, un acto jurídico y como tal una exteriorización de la voluntad de una persona, que tiene ciertos efectos jurídicos. Dada su naturaleza, su validez se encuentra sujeta a la verificación de una serie de requisitos; uno de ellos es la capacidad de la persona. Hemos dicho ya que dentro de la lógica de la Convención, los menores de edad tienen que ir demostrando sus facultades para ir adquiriendo capacidad y autonomía. En cambio, la plena capacidad de los adultos se presume.<sup>76</sup> Esto significa que, a diferencia de los adultos, a los niños se los

---

<sup>76</sup> G. LANSDOWN, *La Evolución de las Facultades del Niño ...*, op. cit., p.21.

reputa incapaces. Sin embargo, esta incapacidad es también una presunción y como tal, es susceptible de ser modificada y hasta erradicada.

El CNA no recoge el modelo de la evolución de las facultades para determinar la capacidad de niños, niñas y adolescentes. En lugar de esto, opta por remitirse a un texto legal de más de cien años: el Código Civil<sup>77</sup>. Esta decisión es verdaderamente contradictoria, ya que el CNA y la Convención manejan un concepto de niñez y adolescencia completamente diferente al del Código Civil. El CNA desecha categorías como “impúberes” y “menores adultos”, para introducir el unificador concepto de “niños, niñas y adolescentes”, dejando además sin valor las sexistas diferencias entre hombres y mujeres encontradas en el Código Civil. Al recoger el CNA las normas del Código Civil relativas a las capacidad, aquel está acogiendo precisamente a aquello que busca cambiar. A continuación explicamos las incongruencias entre las reglas clásicas del Código Civil y las normas impuestas por la Convención.

El art. 65 del CNA reza:

**Art. 65.-** Validez de los actos jurídicos. La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;
2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código; y,
3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares.

Las reglas pertinentes del Código Civil sobre la capacidad se encuentran en los artículos 21, 1462 y 1463:

**Art. 21.-** Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad,

---

<sup>77</sup> Art. 65 CNA

o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

**Art. 1462.-** Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

**Art. 1463.-** Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (Lo subrayado es nuestro)

En virtud de estas normas, el CNA entiende la capacidad de los menores de edad de esta forma:

- Los adolescentes desde los 15 años son capaces para suscribir contratos de trabajo y otros propios de organizaciones que éstos formen en ejercicio de su derecho de asociación. Para todo lo demás son incapaces.
- Los adolescentes de menos de 15 años son incapaces relativos.
- Existe la posibilidad de que la ley les otorgue capacidad en otros ámbitos.
- Los niños son absolutamente incapaces.
- Para todo lo demás, se debe recurrir al Código Civil y su distinción entre infantes, impúberes y menores adultos.

Como decíamos, el central tema de la evolución de las facultades del niño, niña y adolescente no juega papel alguno en el CNA al determinar el valor de los actos jurídicos de éstos. En su lugar, el legislador ecuatoriano optó por perpetuar el anterior sistema de edades predeterminadas para ejercer sus derechos. Esto representa un problema dentro de este cuerpo legal, pues establece una serie de requisitos extras al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención, requisitos que terminan por limitarlos.

Consideramos que en lo relativo al valor de los actos jurídicos de los menores de edad, dentro de los cuales incluimos al consentimiento médico informado, el CNA no implementa de manera satisfactoria los principios de la

Convención de los Derechos del Niño relativos a la adquisición progresiva de competencias.

El principio rector de la Convención, a la luz del cual los derechos consagrados en la misma deben ser interpretados y aplicados, es el del interés superior del niño. La esencia de este principio radica, como se vio con anterioridad, en que se debe siempre optar por las decisiones que garanticen el mayor cumplimiento de los derechos del niño.

En este caso, el acoger las normas clásicas civiles sobre la capacidad impiden el normal proceso de adquisición de competencias de los menores de edad para ejercer los derechos de salud, participación y libertad de expresión. El dar por sentada la incapacidad de éstos, sin que tengan siquiera oportunidad de demostrar sus aptitudes para tomar decisiones, representa un grave retroceso en esta materia.

Existen, empero, quienes defienden que el CNA permite a los adolescentes ejercer los derechos contenidos en la institución del consentimiento médico informado. En una entrevista particular realizada al Dr. Arturo Márquez Matamoros, Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia, éste manifiesta que el consentimiento médico informado es un derecho de los adolescentes que está registrado en el CNA como en los instrumentos internacionales vigentes. Sin embargo, en su experiencia, aún no se ha llevado controversia alguna relacionada con el tema a sede judicial. Al preguntársele en qué disposición del CNA se encuentra registrado este derecho, Márquez se refirió al último inciso del artículo 65. Este inciso faculta a los adolescentes a presentar directamente acciones judiciales “encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías.” Márquez considera que si esta ley les otorga a los adolescentes la autonomía de presentar acciones judiciales sin interpuesta persona, es obvio pensar que estos son capaces de tomar decisiones terapéuticas sobre su propio cuerpo. Existe, en sus palabras, “un respeto absoluto a lo que [el adolescente] decida en cuanto al ejercicio de sus derechos en su conjunto”. Si bien esta interpretación es interesante, y deja entrever que Márquez está completamente a favor del derecho de los adolescentes a decidir sobre su cuerpo, nos parece que queda corta ante una interpretación más textual del artículo 65 en toda su extensión, y que en realidad el

fundamento para defender la autonomía de los adolescentes es otro. En cuanto a la interpretación del art. 65 de Márquez, habíamos visto que este artículo otorga capacidad a los adolescentes que hayan cumplido 15 años en dos escenarios muy puntuales, ninguno de los cuales está relacionado con nuestro tema, sometiéndose para lo demás al Código Civil y su anacrónico sistema que refleja el “derecho de menores”. Con respecto al verdadero fundamento del CNA para defender la autonomía de los adolescentes, estimamos que este viene a ser el derecho a ser consultado de los niños, consagrado en el art. 60 del CNA.<sup>78</sup> Sin embargo, adentrada la entrevista, Márquez acepta que el tema de la capacidad de los adolescentes no ha sido tratado adecuadamente en el país, y que existen muchos roces y conflictos con las concepciones civilistas clásicas. Inmediatamente después Márquez califica al artículo 65 como un “anuncio” que merece una mayor construcción y atención por parte del legislador; atención que se ha visto frenada por la rígida formación civilista de los creadores de leyes.<sup>79</sup>

### 3.2.2. Vislumbrando una solución

Antes de avanzar, vale la pena hacer una observación. Sería por demás inocente –y hasta soberbio– pensar que los redactores del CNA no repararon en la contradicción aquí expuesta. El proyecto original del CNA no contenía la disposición de reenvío al Código Civil, pero de igual manera otorgaba a los adolescentes mayores de 15 años una lista taxativa de asuntos en los que podían otorgar validamente su consentimiento que no es muy diferente al texto final del art. 65.<sup>80</sup> Quizás la causa fuente de esta situación se encuentra en lo complicado

---

<sup>78</sup> Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

<sup>79</sup> A. MÁRQUEZ MATAMOROS. Entrevista conducida por el autor.

<sup>80</sup> Los arts. 80 y 81 del texto de la propuesta del Código de la Niñez y Adolescencia disponen originalmente:

**Art. 80** Capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes.-

Los actos jurídicos celebrados por niños y niñas son absolutamente nulos, y los de los adolescentes que no han cumplido 15 años son relativamente nulos, sin perjuicio de las edades especiales que la ley establezca para la validez de determinados actos y contratos.

Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio



que resulta encontrar un sistema práctico para determinar la capacidad de los menores de edad sin tener que recurrir a la asignación automática de ésta al alcanzar determinada edad. La alternativa ante este sistema es la fijación subjetiva, caso a caso, de la capacidad de cada menor de edad para ejercer por sí mismo ciertos derechos, pero las complicaciones ante esto son evidentes, sobre todo en países con recursos limitados, donde implementar un radical cambio legal de esta magnitud pudiera condenar el nuevo sistema a la ineficacia social.

La intención del presente trabajo no radica simplemente en hacer una crítica maniqueísta hacia la forma en que el CNA maneja el tema de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes. En realidad busca soluciones reales que puedan mejorar el escenario descrito, aprovechando las instituciones existentes en la legislación ecuatoriana correspondiente a la niñez y la adolescencia. La solución propuesta está relacionada entonces con armonizar los principios de la Convención con las instituciones del CNA, dentro de un esquema histórico-evolutivo. En otras palabras, en lugar de buscar un cambio brusco en las reglas clásicas relativas a la capacidad de los menores de edad, lo ideal sería implementar el tema del consentimiento informado como una de las excepciones a la regla general de la incapacidad formulada por el Código Civil y recogidas en el CNA. Una suerte de sistema híbrido, que conjugue el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tomar sus propias decisiones, con el más práctico y conocido sistema de edades determinadas para ejecutar válidamente ciertos actos.

A continuación desarrollamos algunas ideas preliminares que nos servirán para esbozar y comprender las vías de solución que se presentan en el Capítulo IV.

---

para la protección de sus derechos, cuando la persona o personas contra quien se dirige la denuncia es quien ejerce la representación legal de éstos. La autoridad competente deberá nombrar alguien que lo represente en este tema.

**Art. 81** Capacidad legal de los adolescentes para determinados actos jurídicos.-

Los adolescentes que hayan cumplido 15 años tienen capacidad legal:

Para celebrar toda clase de actos jurídicos respecto de su peculio profesional o industrial;

Para otorgar testamento; y,

Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación, y cuya cuantía no exceda de dos mil dólares

### **3.2.2.1. Una excepción a la regla de capacidad**

Se mencionaron ya las excepciones que el art. 65 del CNA hace a la incapacidad relativa de los adolescentes. El hecho de que ni siquiera mencione a los niños (menores de 12 años) revela la intención de que éstos sean absolutamente incapaces. Nos parece que esto es acertado, sobre todo en nuestro caso, pues difícilmente nos encontraremos con un niño menor de 12 años que pueda tomar decisiones informadas y libres sobre tratamientos o procedimientos terapéuticos. Es más, pensamos que 12 años es aún una edad muy tierna para asumir las responsabilidades que implican el consentir o disentir a un tratamiento médico.<sup>81</sup> Esta apreciación nos obliga a hacernos una pregunta bastante compleja: ¿Cuál edad sería entonces la apropiada para que el consentimiento de los adolescentes sea válido, y más importantemente, autónomo?

### **3.2.2.2. Determinando una edad apropiada para consentir**

El ejercicio de determinar una edad adecuada para que los adolescentes puedan otorgar su consentimiento médico de manera autónoma es algo complejo, pero ventajosamente se cuenta con soluciones extranjeros que nos pueden servir de guía. Asimismo, no debemos olvidar disposiciones del mismo CNA que pueden ser utilizadas como pautas para introducir el tema dentro del universo normativo local. Una de estas pautas las da el mismo art. 65, al otorgar validez a ciertos actos jurídicos de los adolescentes que hayan cumplido 15 años. Tomando en cuenta que el consentimiento médico informado es también un acto jurídico, nos parece que una edad alrededor de los quince años podría ser adecuada para que el adolescente consienta a tratamientos terapéuticos e intervenciones médicas. A continuación hacemos algunas consideraciones que resultarán valiosas para determinar una edad adecuada para que los adolescentes puedan otorgar su consentimiento válidamente en el Ecuador.

### **3.2.2.3. Derecho comparado**

---

<sup>81</sup> Evidentemente, este parecer tiene una gran dosis de subjetividad. Sin embargo, en la siguiente sección procuramos fundamentarlo en realidades encontradas en el universo del derecho comparado.

### 3.2.2.3.1 Québec (Canadá)

El Código Civil de la Provincia de Québec, en Canadá, consagra el derecho de los adolescentes para acceder a tratamientos médicos desde los 14 años. Como bien señala RABINOVICH el acuerdo entre el médico y el paciente mayor de 14 años es considerado “conservador” (confidencial), y no requiere de autorización alguna de los padres.<sup>82</sup> En caso que el tratamiento escogido por el adolescente requiera internación por más de 12 horas el médico está obligado a **informar** al titular de la patria potestad, pero este no tiene autoridad para revocar el consentimiento del paciente, por lo que la autonomía de este se mantiene intacta. Sin embargo, la ley de esta provincia canadiense no otorga un valor absoluto a la voluntad del mayor de 14 años. El rechazo a la terapia puede ser dejado sin efecto por los tribunales, y si el paciente se halla en emergencia, o su vida o integridad se encontraren amenazadas y éste se negare a recibir tratamiento, el consentimiento “afirmativo” de los padres o de su tutor en ese caso dejan sin efecto la negativa del adolescente.<sup>83</sup>

### 3.2.2.3.2. Inglaterra

Inglaterra, por otra parte, impone un estándar de 16 años, cumplidos los cuales los adolescentes “tienen el mismo poder para consentir a los tratamientos médicos que los adultos”. Este estándar, consagrado por la Sección 8° del Acta de Reforma del Derecho de Familia de 1969, ha sido acogido en otras provincias canadienses como Ontario.<sup>84</sup> Lo interesante en este caso es que ya no existen exclusiones ni condiciones, como ocurría en el caso del consentimiento a los 14 años de Québec.

### 3.2.2.3.3 Estados Unidos

En el caso de los Estados Unidos, la tendencia también es otorgar cada vez más a los menores de edad la capacidad para consentir o disentir de tratamientos médicos. El Instituto Alan Guttmacher, organización estadounidense sin fines de

---

<sup>82</sup> R. RABINOVICH, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos ...*, op. cit., p. 56.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 58.

lucro dedicada a realizar estudios sobre salud sexual y reproductiva, realiza análisis periódicos acerca de las leyes de los diferentes estados de EEUU con respecto a la autoridad de los menores de edad de otorgar su consentimiento sin el permiso o conocimiento de sus padres. En su manual *Minors And Their Right to Consent to Health Care*, HEATHER BOOSTRA y ELIZABETH NASH, analizando los resultados de los análisis de julio del año 2000 señalan que 22 de los estados tienen leyes que autorizan a los menores de edad a consentir a tratamientos terapéuticos y cirugía en general. Por ejemplo, en Alabama los mayores de 14 años pueden otorgar su consentimiento válidamente, y en Carolina del Sur lo pueden hacer al cumplir los 16<sup>85</sup>. En su texto “El Derecho del Niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, N. GORVEIN y M. POLAKIEWICZ, encuentran tres tipos de estatutos legales que establecen facultades para los adolescentes a consentir a tratamientos médicos: 1. aquellos que permiten a los menores dar un consentimiento válido a tratamientos específicos sin distinción de su edad; 2. los que permiten al adolescente consentir a una “categoría de tratamientos” a partir de una edad determinada, y; 3. aquellos que facultan a los adolescentes desde una edad determinada a consentir a un “tipo específico de práctica”.<sup>86</sup> Las soluciones propuestas por Estados Unidos son, como vemos, muchas y variadas, pero todas tienden a reconocer la capacidad del adolescente para otorgar su consentimiento médico. Sin embargo, estas soluciones tal y como han sido identificadas por las autoras mencionadas coinciden en requerir un mayor o menor nivel de especificidad en cuanto al tratamiento para el cual los adolescentes están en condiciones de consentir. Empero, pensamos que una determinación exhaustiva del objeto sobre el cual recae el consentimiento del adolescente sería poco práctica en un sistema como el ecuatoriano, ya que el ejercicio del derecho del adolescente a decidir se vería supeditado a la existencia de un catalogo de terapias y tratamientos para los cuales estaría facultado éste para consentir. Nos parece que lo más apropiado para salvaguardar lo mandado por la Convención, así como lo

---

<sup>85</sup> Es interesante reparar en que estas dos edades, 14 y 16, se repiten en diferentes legislaciones. Cfr. H. BOONSTRA Y HEATHER Y E. NASH, *Minors And Their Right to Consent to Health Care*, The Guttmacher Report on Public Policy August 2000, disponible en [www.guttmacher.org/pubs/tgr/03/4/gr030404.pdf](http://www.guttmacher.org/pubs/tgr/03/4/gr030404.pdf), consultado el 15 de agosto del 2007.

<sup>86</sup> N. GORVEIN Y M. POLAKIEWICZ, *El Derecho del Niño a decidir ...*, op. cit., p.145.

más práctico dada la necesidad inmediata de leyes que regulen esta institución en el Ecuador, sería imponer una edad a la cual el adolescente estaría facultado para emitir un consentimiento válido. Es decir, implementar una presunción de capacidad del adolescente desde cierta edad, como ocurre en Inglaterra.

#### **3.2.2.3.4 Colombia**

La jurisprudencia constitucional colombiana ha alcanzado un tratamiento bastante sofisticado de los temas relacionados con el consentimiento médico de los menores de edad. Un caso particular, que trata sobre el consentimiento para una operación altamente invasiva para asignarle un sexo definido a un niño que nació con un hermafroditismo verdadero, presenta un análisis profundo de la Corte Constitucional sobre los principios de la ética biomédica, y sobre lo que ésta ha denominado “consentimiento sustituto”.

El caso fue llevado a la Corte por la madre de un niño de dos años que necesitaba, según el parecer de sus padres y médicos, una operación para erradicar una marcada ambigüedad sexual. La familia del niño tenía escasos recursos económicos por lo que buscaba que la Corte le imponga al sistema estatal de salud colombiano la obligación de asumir los costos de la intervención, aduciendo que ésta era esencial para salvaguardar los derechos del menor. La Corte falló a favor de la madre, y la operación fue llevada a cabo. Si bien el tema relacionado con el pago de la operación era la esencia de la petición de tutela de la madre del niño, la Corte Constitucional fue más allá. Realizó un análisis profundo de si el consentimiento para someter al niño a la operación, el cual fuera otorgado por los padres, había sido suficiente para someterlo a ésta.

La primera parte del análisis consiste en una valoración de los principios de beneficencia y autonomía, y la forma en que estos constituyen dos referentes opuestos que deben ser ponderados para determinar la legitimidad del consentimiento sustituido de los padres para procedimientos quirúrgicos de sus hijos. La Corte considera que el principio de beneficencia comprende tanto el principio de benevolencia, según el cual “la práctica de los profesionales de la salud debe estar destinada a obtener el mayor bienestar posible para el paciente”, y el principio de no maleficencia, que “que impide que la práctica médica involucre

el daño a la salud y a la integridad física del enfermo”.<sup>87</sup> Para el principio de beneficencia entendido por la Corte prima entonces la obligación de los galenos de obrar de acuerdo a lo que ellos estiman que será lo mejor para la salud del paciente, evitando a toda costa el incurrir en práctica alguna que pueda dañarlo. Claro está que serán los mismos galenos los llamados a juzgar qué es lo mejor para la salud del paciente, sin tomar en cuenta la voluntad de éste. Por otra parte, el principio de autonomía pregona la importancia de que ante todo procedimiento médico medie la autorización del paciente. La Corte es tajante al afirmar respecto de este principio que:

El ejercicio de la profesión médica no puede entenderse de otra manera, puesto que el individuo, en una democracia pluralista, es entendido dentro de una dimensión de respeto irrestricto a la dignidad humana como valor del cual se originan los demás derechos fundamentales. Así, toda actuación destinada a instrumentalizar a la persona, impidiéndole que pueda tomar las decisiones que estime convenientes sobre su propio cuerpo, se muestra como abiertamente desproporcionada y contraria a los principios que informan el Texto Superior.<sup>88</sup>

En muchos casos resulta imposible aplicar ambos principios, existiendo en el caso del consentimiento un previsible choque entre éstos. La Corte afirma que la autonomía plasmada en el consentimiento del paciente constituye una manifestación del derecho a la dignidad humana, y como tal en principio es ésta la que deberá primar por sobre pareceres de terceros, sin importar lo bienintencionados que sean. Además, al respetar la autonomía del paciente se está permitiendo que sea éste quien juzgue la bondad del tratamiento o tratamientos propuestos, lo cual dentro de un Estado constitucional respetuoso de los derechos fundamentales, tiene mucho más sentido que otorgar a médicos y representantes el monopolio de la evaluación del bien y el mal.<sup>89</sup> Este razonamiento lleva a la Corte a afirmar que “la sustitución en el ejercicio del consentimiento es excepcional y está sometida a reglas estrictas.”<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1021/03*, 30 de octubre del 2003, p. 18.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p.19.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 20.

Estas reglas estrictas establecen las circunstancias en las que el principio de beneficencia debe primar sobre la autonomía del paciente; momentos en los que la decisión terapéutica puede darse sin el consentimiento del paciente, o incluso por sobre este. Estos momentos ocurren cuando, por ejemplo, el paciente está inconsciente, y los médicos deben actuar prontamente para preservar su vida. Otro momento, mucho más complejo, toma en cuenta el estrecho vínculo existente entre el consentimiento del paciente y la expresión válida de su voluntad, así como lo que ocurre cuando éste no está legalmente facultado para expresarla, como es el caso de los niños en el marco de nuestro Código Civil. Este supuesto lleva a la Corte a plantearse una pregunta clave: “¿Qué solución deberá aplicarse cuando el paciente carece, temporal o permanentemente, de la capacidad suficiente para autorizar determinado tratamiento médico?”<sup>91</sup> La Corte acepta que un niño de corta edad, como es el caso sujeto central de la sentencia, no tiene el nivel evolutivo suficiente para manifestar su voluntad respecto de tratamientos médicos, caso en el cual es perfectamente comprensible que sus padres, obrando en función del principio de beneficencia, puedan otorgar un consentimiento sustituto. Sin embargo este consentimiento sustituido debe tener validez en casos excepcionales, puesto que:

[...] los menores de edad están capacitados para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo. Por ello, un adolescente cercano a la mayoría de edad podrá, válidamente y de manera exclusiva y prevalente, decidir sobre una multiplicidad de aspectos, entre ellos el consentimiento para la práctica de procedimientos médicos que afecten su salud.<sup>92</sup> (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, la edad del paciente no es el único criterio para determinar la primacía del principio de autonomía por sobre el de benevolencia, o viceversa. La jurisprudencia constitucional colombiana ha determinado dos requisitos adicionales que deben ser tomados en cuenta: la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor de edad, y los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del mismo.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 24.

En cuanto a estos criterios adicionales, tal parece ser que la Corte estima que el interés máximo del adolescente será siempre la conservación de su existencia. Así, habla de dos supuestos fácticos distintos correspondientes a los dos requisitos en los que el consentimiento sustituto puede o no ser aceptable.<sup>94</sup> En el primer supuesto, en el cual el menor de edad sufre una dolencia que pone en grave riesgo su vida, salud e integridad física, la Corte estima que no existe impedimento jurídico alguno que impida a los padres autorizar los tratamiento y procedimiento necesarios para aliviar dicha dolencia. El segundo supuesto, en el cual se origina la controversia constitucional estudiada, ocurre cuando el procedimiento médico no constituye una urgencia vital para el menor de edad, pero los médicos y los padres del menor lo estiman conveniente, suscitándose el problema cuando la naturaleza del procedimiento puede comportar consecuencias considerables en la vida y/o proyecto personal del paciente.<sup>95</sup> En este caso, el consentimiento sustituto no es aceptable.

Vemos entonces que para valorar la tensión entre el principio de autonomía y el de beneficencia al momento de determinar la validez del consentimiento sustituto de los padres del menor de edad, como excepción al consentimiento autónomo de éste como regla general, la jurisprudencia colombiana ha impuesto tres criterios de ponderación: (1) la edad del adolescente, relacionada con la evolución de sus facultades; (2) en caso que la negativa al tratamiento o intervención ponga en peligro la existencia misma del menor de edad, los padres pueden dar su consentimiento sustituto válidamente, y; (3) en caso que el tratamiento o intervención propuestos no sean de importancia vital para el adolescente, y conlleven riesgos a su vida y a sus derechos, los padres no pueden dar su consentimiento sustituto válidamente.

El problema que encontramos con estos criterios, es que no existe un orden de primacía para la aplicación de los mismos. Pueden darse casos concretos donde sea muy difícil determinar hasta qué punto un tratamiento altamente invasivo y riesgoso sea justificable por los beneficios potenciales para salvar la vida del adolescente. Aún más complicado es el escenario donde a un adolescente

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, pp. 27, 28.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 28.



cercano a la mayoría de edad, con facultades altamente desarrolladas, se le impone un tratamiento contra su voluntad. Comprendiendo este tipo de dificultades, la Corte “niega la aplicación mecánica y absoluta de los criterios de ponderación”,<sup>96</sup> lo que implica que éstos son más bien referentes que reglas rígidas.

Con respecto del dilema entre beneficencia y autonomía, la Corte concluyó:

La solución que a esta dilema otorga la jurisprudencia constitucional consiste en un modelo de proporción inversa entre el grado de autodeterminación del menor y la posibilidad que sus padres consientan de manera sustituta la práctica de intervenciones médicas. Así, si el niño es de muy corta edad, sus padres podrán consentir por él, con el cumplimiento de determinadas condiciones, [...]. En caso contrario, si la edad del menor le permite cierto grado de autonomía y capacidad de decisión, se restringe la viabilidad del consentimiento sustituto.<sup>97</sup>

Sin embargo, debemos recordar que para la Corte esta controversia se enmarca dentro del supuesto de que la operación propuesta no es necesaria para salvaguardar la existencia misma del paciente. Recordemos que según la Corte, en caso que el procedimiento fuera destinado a evitar la muerte del paciente, el consentimiento sustituto de los padres no encontraría impedimento jurídico alguno, sin importar la edad del paciente.

Podemos decir entonces que la jurisprudencia constitucional de Colombia otorga a los adolescentes cuya edad les permite autonomía y capacidad de decisión, la facultad de decidir por sí mismos por regla general antes de someterse a tratamientos médicos y terapéuticos. Sin embargo, esta facultad tiene una excepción. Un adolescente no puede negarse, tenga la edad que tenga, a un tratamiento necesario para mantenerlo con vida. Esta consideración es de suma importancia para las ideas desarrolladas en el presente trabajo.

#### **3.2.2.4. La regla del menor maduro**

La adopción de un estándar de edad fijo para que los adolescentes adquieran la capacidad de consentir o disentir a tratamientos médicos permitiría que éstos ejerzan de mejor manera los derechos que les reconoce la Convención. No obstante, existe la posibilidad de que adolescentes que aún no llegan a la edad

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, 25.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 30.

determinada estén en condiciones evolutivas de emitir un consentimiento informado. Ante esta realidad, una interesante solución fue desarrollada, una vez más, por la jurisprudencia inglesa.

La edad para consentir en Inglaterra está fijada en 16 años. Sin embargo en este país se puede determinar caso por caso que un adolescente menor de 16 puede ser capaz de consentir válidamente, para lo cual se debe aplicar la denominada “regla del menor maduro”. Esta regla fue la base del ya comentado caso Gillick, donde como se recordará las cortes declararon que adolescentes menores de 16 años eran competente para recibir anticonceptivos sin la autorización de sus padres.

RABINOVICH ha sintetizado la regla del menor maduro de la siguiente forma:

Hasta la mayoría de edad, la patria potestad sigue vigente, pero, a medida que el menor va madurando, el grado de control paterno debe ir decreciendo en consecuencia. Entonces, a partir del momento en que el joven posee la suficiente inteligencia como para comprender plenamente el tratamiento propuesto, la intervención de los padres en el consentimiento médico deja de ser necesaria, y el menor puede tomar decisiones terapéuticas por sí mismo.<sup>98</sup>

Evidentemente, los llamados a aplicar esta reglas son los galenos que proponen el tratamiento en cuestión, quienes tienen la obligación de dialogar extensivamente en privado con sus jóvenes pacientes para determinar si estos pueden apreciar completamente la naturaleza y consecuencias de las soluciones terapéuticas propuestas antes de tomar una decisión al respecto.

La esencia de la regla del menor maduro responde directamente al sistema jurídico donde nació, por lo cual sería difícil implementarla directamente en sistemas romanistas como el nuestro. Este tipo de reglas sirven para guiar la decisión del juez al momento de juzgar sobre el caso concreto, y son difíciles de instrumentar a través de una normativa general y abstracta, puesto que los conceptos que maneja (“suficiente inteligencia”, etc.) son de índole indeterminada. Es verdad que nuestra legislación maneja también algunos conceptos indeterminados. Sin embargo, lo que queremos decir es que en los sistemas

---

<sup>98</sup> R. RABINOVICH, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos ...*, op. cit., p. 59.

anglosajones este tipo de conceptos tiene mayor preeminencia, ya que el juez tiene mayor libertad de ir interpretándolos para que guarden mayor coherencia con el imaginario general de los ciudadanos, sin estar constreñido por normas en exceso rígidas.

Hemos visto así que muchos países tienen estándares de edad para consentir a tratamientos que son menores a los impuestos para la mayoría de edad; es más, no cabe duda de que esta es la tendencia en la actualidad. Vimos también que en virtud del art. 65, existe la posibilidad de que la ley le otorgue validez a ciertos actos de los adolescentes. Asimismo, el último inciso del art. 1463 del Código Civil determina que los actos de los menores adultos, normalmente viciados de nulidad relativa, pueden tener valor en ciertos casos y circunstancias específicas determinadas por la ley. Considerando que ambos cuerpos legales contemplan la posibilidad de que la ley otorgue valor a los actos de los adolescentes, pensamos que lo más práctico para implementar el principio de la evolución de las facultades al consentimiento médico de los adolescentes viene a ser incluir una fórmula jurídica en el universo normativo nacional que otorgue valor a sus decisiones en este sentido. Al final de este documento presentamos una propuesta de reforma al CNA.

### **3.2.2.5. La importancia de la vida de los adolescentes**

A lo largo de nuestro estudio nos hemos encontrado una y otra vez con posturas similares a la identificada en la Corte Constitucional colombiana; esto es, consagrar en términos generales la capacidad de los adolescentes de otorgar su consentimiento médico de acuerdo a sus facultades evolutivas, pero imponer una excepción a esta capacidad en los casos en que su consentimiento o ausencia de éste pusiera su vida en inminente peligro. Si bien pensamos que es discutible si esta limitación responde a argumentos de carácter técnico o no, estamos de acuerdo con que la vida de los menores de edad es un bien jurídico demasiado valioso para la sociedad, y en este caso debe primar por sobre la autonomía del adolescente. Esta idea se desarrolla más en el capítulo IV, “Vías de Solución”.

### **3.3. Conflictos en la esfera del consentimiento médico informado como acto personalísimo**

El consentimiento médico informado constituye el ejercicio de derechos de índole personalísima, los cuales pueden entrar en conflicto con otros derechos de este tipo. Esto ocurre precisamente al enfrentarse el consentimiento informado con los derechos que la patria potestad les confiere a los padres. Al analizar esta institución, concluimos que resulta vital para la vida familiar, y comporta varios derechos que pueden llegar a tener una importancia comparable con la autodeterminación de los adolescentes. Debido a la eminencia de derechos que se contraponen, la ponderación de su importancia relativa es un ejercicio que requiere de mucho cuidado. Se deben aplicar algunas consideraciones relacionadas con los principios de interés superior e interpretación más favorable.

#### **3.3.1. La interpretación más favorable, y el interés superior del niño como guía para solucionar conflictos entre derechos**

Habíamos dicho que el interés superior del niño es el principio rector-guía de la Convención y que debe ser entendido bajo una concepción garantista, es decir, como aquello que garantice el mayor y mejor cumplimiento de los derechos consagrados en dicho instrumento. También habíamos dicho que una de las funciones primordiales de este principio consiste en regular los conflictos jurídicos que se creen por la colisión entre los derechos de los niños y los de los adultos. Asimismo, concluimos que una interpretación extensiva del art. 3 de la Convención indica que los padres deben observar el interés superior de sus hijos en todas sus decisiones. Estas nociones crean un conjunto coherente de normas y principios que nos permitan determinar qué institución debe primar: el consentimiento informado del adolescente, o la patria potestad de sus padres. Debemos sin embargo añadir un concepto adicional encontrado en el CNA: el principio de la interpretación más favorable.

El principio de la interpretación más favorable para el niño se consagra en el art. 14 del CNA. Su último párrafo establece que “las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de

acuerdo al principio del interés superior del niño.” Esta disposición tiene dos implicaciones importantes. Por una parte implementa una vía directa de aplicación del principio de interés superior a los caso concretos, y además expande la esfera de los actores obligados a aplicar dicho principio.

Volviendo a nuestro tema, decíamos que el principio de interés superior es una guía para dirimir conflictos entre los derechos de los niños y los adultos, en este caso sus padres. La Convención no hace mención concreta de la institución de la patria potestad, pero trata genéricamente de los derechos de los padres en su artículo 5:

**Artículo 5.-** Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (El subrayado es nuestro)

Al hablar de los derechos y los deberes de los padres de familia, la Convención implícitamente se está refiriendo a la patria potestad. Si bien este artículo impone una obligación general a los Estados para que éstos respeten el fundamental papel de los padres en la vida del niño, deja claro que esta participación de los padres debe ser fundamentalmente una “dirección y orientación” con miras a que el niño ejerza directamente sus derechos, a medida que vaya adquiriendo las competencias necesarias para hacerlo. Este artículo contiene entonces dos normas diferentes: por una parte se le prohíbe a los Estados violar los derechos de los padres, y por otra se obliga a los padres a que permitan que sea el mismo niño el que ejerza los derechos de la Convención. Si la labor de los padres está supeditada al ejercicio de los derechos del niño, pensamos que los derechos de éste generalmente estarán por sobre los de sus padres al existir una colisión entre ellos. Centrándonos en nuestro tema de análisis, de existir un conflicto entre padres e hijo en cuanto a la aceptación o negativa frente a un tratamiento terapéutico o intervención quirúrgica para éste último, si se atendiera a la voluntad de los padres por sobre la del hijo se estaría impidiendo que este ejerza de manera autónoma los derechos que la Convención le otorga.

Pensamos que el otorgarle mayor valor a los derechos del niño que a los de sus padres resulta, en nuestro supuesto, la única interpretación que guarda armonía con los principios del interés superior y de interpretación más favorable para el niño, ya que garantiza un mayor y más completo ejercicio de sus derechos.

### **3.3.2. Conflictos entre la voluntad de los padres y el adolescente**

Una normativa que consagre el derecho de los adolescentes a decidir sobre el destino de sus cuerpos y existencia adquiere real valor al momento de analizar lo que sucede cuando, ante la decisión de optar o negarse a un tratamiento médico, la posición de los padres difiere de la del adolescente a su cuidado. Para tratar este tema debemos volver a la naturaleza de la institución del consentimiento médico, los bienes jurídicos que protege, y los derechos que en él se conjugan.

Anteriormente definimos que el consentimiento médico informado comporta dos derechos: en primer lugar, el derecho a ser informado acerca de la realidad de la situación, de los tratamientos disponibles y sus eventuales consecuencias. En este punto lo importante desde el punto de vista del sujeto es la capacidad de entender, procesar y contextualizar la información. En segundo lugar, está el derecho de tomar una decisión propia que afectará al cuerpo y existencia misma del sujeto, ejerciendo su derecho de expresión y autodeterminación. En este punto lo importante es ya la capacidad legal del sujeto para actuar, para expresar válidamente su voluntad de manera libre e independiente.

#### **3.3.2.1. La información**

El primer elemento fundante del consentimiento médico es la información. Pensamos que la reforma legal aquí propuesta deberá tener un acercamiento absoluto al tema de la información en los adolescentes: **siempre** se les deberá informar con honestidad, precisión y humanidad acerca de su condición médica, y acerca de las opciones terapéuticas y sus consecuencias. Se debe recalcar que este es un paso previo a la toma de cualquier decisión, durante el cual padres e hijos deberán discutir libremente acerca de las posibilidades.

El numeral 6to del art. 26 del CNA establece que el niño tiene derecho a ser informado sobre su estado de salud, dependiendo de su nivel evolutivo. Esto no es suficiente, puesto que los llamados a determinar si el nivel evolutivo del niño, niña o adolescente son suficientes para manejar la información son los mismos adultos (padres, doctores, etc.), dándose lugar así situación de desigualdad. La justificación de optar por una solución absoluta es precisamente permitir que este proceso de decisión entre padres e hijos se desenvuelva entre iguales, situación que sería imposible en caso que una de las partes tenga información deficiente o asimétrica. Lo que se busca aquí es permitir que cualquier desacuerdo entre el adolescente y sus representantes llegue a un natural desenlace, y la decisión a la que se llegue cuente con el importante aval de todos los interesados.

### **3.3.2.2. La decisión**

Evidentemente el escenario ideal sería que exista un acuerdo entre el adolescente y sus padres, y que el consentimiento médico otorgado por éstos refleje perfectamente la voluntad de aquel. Sin embargo, esto no siempre sucederá. Existirán casos en que las voluntades de los padres se contrapongan directamente con la del adolescente ante lo cual, si se sigue las reglas del CNA y el Código Civil, harán que la voluntad de los primeros se impongan todas y cada una de las veces. Esto sería una violación directa del art. 12 de la Convención, puesto que no se puede tomar en cuenta la opinión de un adolescente en función de su evolución si esta evolución no es considerada en lo más mínimo. Estaría violándose además el principio de interés superior del menor de edad, puesto que no se está velando por el cumplimiento de sus derechos. Sin embargo, en caso que se aplicase solamente la disposición de tomar en cuenta la edad y madurez del niño, los resultados no serían distintos, pues como se ha dicho los llamados a juzgar dicha madurez son los mismos padres. Sin embargo, esto no debería ser así, ya que los padres también se encuentran obligados a tomar en cuenta el interés superior de sus hijos en sus decisiones.

Habíamos visto que el artículo 3 de la Convención reza “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” (las negrillas son mías). Una interpretación simple de la norma sugeriría que las personas naturales como padres y tutores no están obligadas a observar el principio del interés superior. Sin embargo ALSTON, basándose en el proceso de elaboración del texto de la norma, estima que debe dársele a esta una interpretación bastante más extensiva.<sup>99</sup> Originalmente se propusieron dos formulaciones distintas; una mencionaba expresamente a padres y tutores, mientras que otra era aún más restrictiva, mencionando la aplicación del principio únicamente a las medidas oficiales. Estas dos formulaciones generaron un gran debate, en el cual se resolvió adoptar un punto medio: en cuanto al tipo de medidas, no se hace alusión a su naturaleza, mientras que en lo relativo a las personas generadoras de tales medidas, se omitió a los padres y tutores. Según ALSTON, la razón para eliminar el término “oficial” fue que los redactores querían dejar el camino abierto para que el principio le fuera aplicable también a las personas privadas, por lo que “el principio del interés superior expresado en el Artículo 3 debe ser aplicado tanto por los individuos como por los organismos públicos y privados”.<sup>100</sup> Lo anterior implica que tanto padres como tutores tienen la obligación de aplicar este principio.

Para finalizar este punto, vale la pena volver a la entrevista del Juez Márquez, quien frente al conflicto de los derechos de los padres e hijos aseguró estar convencido de que, en función de su derecho de autodeterminación, el parecer y la decisión de los adolescentes está por sobre la opinión de sus padres, inclusive cuando el adolescente disiente de un tratamiento. La posición de Márquez es absoluta, ya que defiende este derecho sin importar el tipo de tratamiento o intervención que el adolescente acepte o niegue; es lo mismo si se trata de quimioterapia que de una cirugía estética, ya que “el humano es un ser integral”. Siguiendo esta línea, si Márquez llegare a conocer un litigio en el cual se contraponen el derecho del adolescente a decidir, y aquellos propios de la patria potestad, nos ha adelantado categóricamente que los derechos del primero deben

---

<sup>99</sup> P. ALSTON Y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño ...*, op. cit., pp. 21-22.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p.22.



primar en base a una ponderación de derechos que debe, en sus palabras, “poner el peso donde debe estar”.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> A. Márquez Matamoros. Entrevista conducida por el autor.

## CAPÍTULO IV

### VÍAS DE SOLUCIÓN

Hemos identificado dos posibles vías de solución al problema planteado. En primer lugar exploramos la interpretación legal como el mecanismo natural de solución de conflictos entre normas, y posteriormente presentamos una propuesta de reforma del CNA que lograría armonizar el ordenamiento local con la Convención.

#### 4.1. Interpretación

Los sistemas jurídicos deben guardar coherencia interna. Es esta coherencia lo que permite calificarlos como “sistemas” en primer lugar. NORBERTO BOBBIO ha dicho que por “sistema” entendemos una “*totalidad ordenada*”, es decir, un conjunto de elementos que guardan cierto orden y relación entre sí<sup>102</sup>. Las ideas desarrolladas en el presente trabajo han sido construida para demostrar que hemos identificado una incoherencia dentro de nuestro sistema legal. Si partimos de la premisa de que la institución del consentimiento médico informado de los adolescentes está sustentada por derechos provenientes de la Convención, nos encontramos con que la solución normativa del legislador ecuatoriano con respecto de aquella es irracional dentro de la lógica establecida por ésta. Irracional porque al aplicarse las normas locales actuales vinculadas al

---

<sup>102</sup> N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 177.

consentimiento médico informado de los adolescentes, se violan disposiciones y principios constantes en la Convención. Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico local impide que los adolescentes ejerzan derechos que les están garantizados por la Convención.

#### **4.1.1. La coherencia en el ordenamiento jurídico: definiendo un “sistema”**

BOBBIO incurre en un análisis bastante pormenorizado de las implicaciones y significaciones del vocablo “sistema”, más allá de la definición que se ha reproducido líneas arriba. Al parecer el pensador italiano se opone a significados en extremo formalistas como el arrojado por HANS KELSEN, quien propone que los sistemas jurídicos son de carácter netamente formal, y que en esencia el elemento que dicta la existencia de un sistema es la simple delegación sucesiva de poder; es decir, que las normas que componen el sistema se relacionan entre sí no por su contenido, sino en función de la autoridad que las creó.<sup>103</sup> Lo anterior significa entonces que, dos normas opuestas en contenido pueden ser perfectamente legítimas si provienen de una misma cadena de poder que se ha ido transmitiendo y delegando. Ante esto BOBBIO acota certeramente, que difícilmente podremos calificar de sistema a un esquema de relación donde dos normas opuestas en contenido puedan ser consideradas ambas legítimas.<sup>104</sup>

De entre las definiciones y explicaciones de “sistema” arrojadas por este autor, cabe rescatar aquella que afirma simplemente que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Si en un ordenamiento existen dos normas incompatibles, una de ellas, o ambas, debe ser eliminada.<sup>105</sup> Ante esto debemos decir que no pensamos que la solución es necesariamente las normas incompatibles deben desaparecer; simplemente debemos aplicar los criterios de interpretación para determinar cual debe prevalecer.

#### **4.1.2. Criterios para solucionar las antinomias**

---

<sup>103</sup> H KELSEN. Citado por N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho ...*, op. cit. Pp. 177,178.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 179.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 183.

En nuestro caso nos encontramos ante dos normas incompatibles que no pueden convivir dentro del mismo sistema, lo que significa que hemos identificado una antinomia importante. BOBBIO define una antinomia como la “colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas al mismo tiempo”<sup>106</sup>, lo cual se cumple en nuestro caso puesto que la aplicación de las normas del Código Civil y el CNA no permite que los adolescentes otorguen un consentimiento médico válido, lo cual no permite que se cumplan los derechos y principios consagrados en la Convención. En este punto, es lógico preguntarse qué norma o normas deben entonces aplicarse por sobre las otras.

Existen tres reglas para solucionar antinomias: el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Según el criterio jerárquico, o *lex superior*, prevalecerá siempre la norma superior de entre dos normas incompatibles. Este criterio está recogido en el art. 163 de la Constitución, donde se establece que los tratados e instrumentos internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, se encuentran por encima de toda ley. Siguiendo esta regla, la Convención debe primar por sobre el Código Civil y el CNA en las normas que le sean incompatibles. Si a esto le sumamos la característica de aplicación directa de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nos encontramos ante la clara conclusión de que son las disposiciones de la Convención las cuales deben primar en el país.

Las otras dos reglas de resolución de antinomias no caben mayormente en el presente análisis. El criterio de especialidad, en caso de conflicto entre dos normas, una general y una especial, prevalece la especial. Dado que tanto el CNA como la Convención pueden ser consideradas leyes especiales (cuyas normas serán especiales también), este criterio no soluciona la antinomia. En cuanto al criterio cronológico, que propugna que la norma posterior prevalece sobre la norma anterior, es solamente aplicable en caso de normas de igual jerarquía, lo cual no ocurre en nuestro caso.

## 4.2. Propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 191.

Lo absolutamente consecuente con las ideas expuestas en el presente trabajo es defender que siempre se deberá escuchar y hacer caso al adolescente, sin importar el parecer de los padres o el mismo médico.<sup>107</sup> Esto implica crear una nueva presunción de capacidad de los adolescentes en lo relativo a tratamientos médicos. Reconocer verdaderamente el nivel evolutivo del adolescente, permitiéndole ser juez y artífice de su propio destino, permitiendo así que su derecho a la autodeterminación se vea satisfecho, sin la necesidad de ser calificado por una voluntad externa. Este esquema estaría en perfecta armonía con las disposiciones de la Convención, por lo que debería primar por sobre lo establecido por el CNA y el Código Civil. La DRA. SONIA MERLYN, comparte el criterio de que la competencia del adolescente debería constituir una presunción legal<sup>108</sup>, afirmando con urgencia que “[e]l derecho a la integridad del adolescente tiene que salvarse, es un vacío legal”.<sup>109</sup>

Existen dos métodos de aproximación para solucionar el problema de la determinación del nivel evolutivo de los niños, niñas y adolescentes: por un lado se encuentra una determinación caso a caso, y por otro un sistema basado en edades mínimas. Propongo que en el país se adopte un sistema mixto, que se fundamente en ambos métodos. Así, los adolescentes de más de catorce años, edad que se repite constantemente en la legislación comparada para estos casos, gozarán de una presunción de capacidad que deberá ser consagrada en la ley y les permitirá otorgar su consentimiento de manera autónoma. En caso que existan conflictos entre sus decisiones terapéuticas y las de sus padres, éstos últimos

---

<sup>107</sup> Sin embargo, más adelante presentamos algunas excepciones que resultan necesarias para precautelar los derechos de los adolescentes, en función de su interés superior.

<sup>108</sup> Merlyn se refiere con “competencia” a la acepción del vocablo inglés “competency”, el cual en realidad no tiene un equivalente en nuestro derecho. RABINOVICH ha estudiado la “competency” en su obra *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*. En primer lugar, “competency” no es equivalente al concepto de capacidad tal y como se ha desarrollado en los sistemas de derecho de vena continental, el cual responde a una visión “generalizadora y abstracta” (71). La idea de “competency” responde a un criterio más casuista y particularizado, “que parte en mayor medida de las experiencias concretas, y es permeable siempre a éstas, incluso cuando se lo aceptase como regla apriorística (71)” El mismo autor, estima que la “competency” existe cuando “el paciente puede entender adecuadamente la naturaleza y consecuencias del tratamiento propuesto” (72). Por falta de mejor término, cuando en el presente se diga “competencia”, nos estaremos refiriendo a esta definición. Cfr. R. RABINOVICH, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos ...*, op. cit., pp. 71, 72.

<sup>109</sup> S. MERLYN. Entrevista conducida por el autor.

podrán iniciar un proceso judicial en el que se analice el nivel evolutivo del adolescente y se decida en último término si la presunción de capacidad debe ser rota en ese caso concreto.<sup>110</sup>

Estimamos que el esquema propuesto permite que en principio prevalezca la decisión del adolescente, pero a la vez les da a los padres o representantes la oportunidad de ser escuchados. Sin embargo, dos puntos deben quedar perfectamente claros: (1) el proceso judicial propuesto no servirá para determinar cuál de las dos posiciones en disputa comporta un mayor beneficio al adolescente. Lo único que se discutirá en este proceso será la capacidad del adolescente para tomar una decisión autónoma en unas circunstancias determinadas, y; (2) deberán iniciar dicho proceso los padres, pues son ellos los obligados a romper la presunción de capacidad del adolescente.

Esta opción consistirá simplemente en una instancia más donde el Estado interviene justamente en las relaciones familiares para precautelar el cumplimiento de los derechos del adolescente. Además, nos parece que el Juez tendrá la objetividad que normalmente faltará en los padres, al poder preverse claramente que para ellos esto será un asunto bastante emocional. Desde la óptica procedimental, el derecho procesal del menor de edad para acceder a un juez de manera independiente ya se encuentra implementado por el mismo CNA, al estipular al final de su art. 65 que “los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías”. Si bien en este caso el adolescente no sería el iniciador del proceso, pensamos que esta norma lo faculta para actuar autónomamente en el mismo.

#### **4.2.1. Intervención estatal: una discusión compleja**

Evidentemente, son muy pocas las situaciones en las que temas como la intervención estatal son blancos o negros. Es difícil ser maniqueístas cuando hay bienes jurídicos tan preciados en juego. Es por esto que nos encontraremos con variadas posiciones que deberán ser tomadas en cuenta si es que queremos

---

<sup>110</sup> Esto presenta un problema que se tratará líneas abajo, y que consiste en la justificación de la intervención estatal en el seno de la familia.

justificar apropiadamente nuestra propuesta. Quizás la principal discusión acerca de la implantación de un sistema de las características propuestas girará alrededor de la intervención estatal, sus pros y sus contras.

Cabe cuestionar la justificación e impacto de la intervención del poder jurisdiccional estatal dentro de la familia. Parece ser que tradicionalmente nuestra sociedad ha estimado que el mejor ambiente para el desarrollo integral del niño, es dentro de una familia, bajo el cuidado de uno o dos adultos que lo protejan y lo guíen en el ejercicio de los derechos<sup>111</sup>. Compartimos la opinión de JOSEPH I. GOLDSTEIN expresada en su ensayo *Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres* cuando opina que el sistema legal es un pobre sustituto de las responsabilidades paternas, al carecer de los recursos y la sensibilidad para afrontar las cambiantes y complicadas necesidades de los menores de edad.<sup>112</sup> Sin embargo, pensamos que afirmar a priori que nadie conoce mejor a un niño ni está más conciente de sus necesidades que sus padres, viene a ser un prejuicio infundado, o al menos una idealización de la realidad. Las decisiones de los padres no son infalibles. El mismo GOLDSTEIN opina que “reconocer cuán vulnerables son los procesos de desarrollo existentes entre la infancia y la edad adulta, y hasta qué punto los padres resultan imprescindibles para salvaguardar continuamente a sus hijos de los infinitos riesgos existentes, implica reconocer también que éstos pueden fallar”.<sup>113</sup> Si a esto le sumamos la triste realidad de muchos niños, niñas y adolescentes cuyos padres no quieren o no pueden guiarlos ni protegerlos, nos encontramos ante la evidente necesidad de una intervención del Estado.

GOLDSTEIN estima que la intervención del Estado se justifica primordialmente cuando los padres de cualquier manera ponen en riesgo la supervivencia de sus hijos.<sup>114</sup> Es aquí donde pensamos que su posición es

---

<sup>111</sup> Aquí no estamos haciendo una valoración absoluta. Simplemente pensamos que, dadas las características de nuestra sociedad, este vendría a ser el “medio tipo” para el desarrollo del niño. Sin embargo, no existe duda de que éste se puede desarrollar adecuadamente en muchos otros tipo de unidades familiares.

<sup>112</sup> J. GOLDSTEIN, *Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres*, Compilado por H. Krause en la obra *Child Law: Parent, Chile And State*, University Press, Nueva York, 1992, p. 203.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p. 203.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, p. 204.

insuficiente para garantizar el cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención. GOLDSTEIN tiende a limitar sobremanera la intervención estatal dentro de la familia, y al hacerlo, está limitando inintencionadamente los derechos de los mismos niños que en principio busca favorecer. Eventualmente, se vuelve evidente que GOLDSTEIN pertenece a una línea de autores que defiende a rajatabla la autonomía paterna dentro de la familia, incluso a costa de la autonomía del propio del adolescente.

#### 4.2.2. Moderando la autonomía paterna en beneficio de la autonomía del adolescente

En su texto *Freedom And The Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention*, M.D.A. FREEMAN explica los motivos doctrinarios detrás de la férrea oposición de GOLDSTEIN a la intervención estatal. FREEMAN asegura que los escritos de GOLDSTEIN son parte de un pensamiento libertario neo-conservador, dentro del cual no existe cabida para un Estado de Bienestar (*Welfare State*).<sup>115</sup> Así, dentro de este pensamiento la intervención del Estado constituirá siempre un atentado a la “libertad humana” y a la “dignidad individual”.<sup>116</sup> Por supuesto que esta conservadora posición se refiere a la libertad y dignidad de los padres, sin detenerse a pensar en aquellas del adolescente.

FREEMAN pertenece a otra vertiente, más moderada, que si bien reconoce la importancia de cierta autonomía paterna en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, le otorga un valor fundamental a la autonomía del adolescente.<sup>117</sup> En sus propias palabras:

Estoy de acuerdo, tal como he expresado en otro lugar, que la no intervención es esencialmente el camino a seguir. Como expresó Burger C.J., [...], “la noción estatista de que el poder gubernamental debe primar por sobre la autoridad paterna en todos los casos debido a que algunos padres abusan y abandonan a sus hijos es repugnante...” Pero la búsqueda de una política de no intervención no debe cegarnos ante los hechos de que, aún y con todas sus fallas e imperfecciones, la

---

<sup>115</sup> M.D.A. FREEMAN, *Freedom And The Welfare State: Child-rearing, Parental Autonomy and State Intervention*, Compilado por H. Krause en la obra *Child Law: Parent, Chile And State*, University Press, Nueva York, 1992, pp. 70-72.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 72.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 73.



interferencia en las prácticas de crianza de los niños a veces resulta imperativa.<sup>118</sup>

Nos parece que la posición de FREEMAN es la adecuada. Si bien el Estado no está en capacidad ni en el derecho de intrometerse en toda decisión y circunstancia en el seno de la familia, su inherente rol de defensor de los derechos de sus ciudadanos significa que en ciertas circunstancias deberá pasar por encima de la autoridad paterna para permitir que los adolescentes puedan ejercer libremente los derechos que la Convención les ha otorgado.

En resumen, estimamos que la intervención de un juez ante un conflicto entre padres e hijos en el escenario propuesto resulta una forma válida de precautelar los derechos de los adolescentes.

#### 4.2.3 Crítica y excepciones

Existen dos eventuales problemas de orden práctico en la intervención judicial tal y como se ha propuesto aquí, relacionados con dos escenarios distintos. En primer lugar, podemos adelantarnos a algunas circunstancias en que el tiempo transcurrido mientras se toma la decisión judicial vuelva inaplicable la autonomía del adolescente en la práctica. Una adolescente que decida abortar en las primeras semanas del embarazo, por ejemplo, se encontrará con que al momento en que el proceso judicial haya culminado ya no podrá practicarse el procedimiento, por haber avanzado demasiado su estado de gravidez. Casos como este constituyen un grave problema, por lo que pensamos que para precautelar los derechos del adolescente será necesario que el proceso aquí propuesto sea extremadamente breve.<sup>119</sup>

El segundo escenario es mucho más complicado. Imaginemos el caso de un adolescente que decide negarse a un tratamiento urgente destinado a extender su vida. Debido a la urgencia de la situación, una demora judicial puede significar la muerte del adolescente. Pensamos que al darse escenarios similares a éste, debe existir una excepción al sistema aquí propuesto. Hemos dicho ya que la vida de

---

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 73. Traducción del autor.

<sup>119</sup> Instamos al lector a realizar una abstracción de la valoración personal que tenga sobre el aborto, y que se centre en la idoneidad del ejemplo para ilustrar el punto en cuestión.

un menor de edad es un bien sumamente preciado para la sociedad, por lo que la ley puede decidir protegerla aún y cuando esto implique una ruptura en la autonomía del adolescente. Adicionalmente pensamos que, sin hacer apreciaciones absolutas, difícilmente se podrá garantizar el interés superior del adolescente, el cual como habíamos dicho consiste en la satisfacción del mayor número de derechos, si no se ha precautelado su vida. Una consideración adicional, es que en caso que efectivamente esta excepción fuera vista como violatoria de los derechos de los adolescentes, al estar centradas nuestras propuestas en adolescentes cercanos a la mayoría de edad, en el peor de los casos dicha situación no podrá extenderse por mucho tiempo. Además, como veremos a continuación, no proponemos que se elimine por completo la presunción de capacidad de los adolescentes de más de catorce años. Simplemente, en estos casos, se deben hacer consideraciones especiales, y se debe revertir la carga de la prueba en el proceso previsto.

Lo anterior podría ser visto como una limitación a los derechos que la Convención y el CNA les reconocen a los adolescentes. Sin embargo, como bien menciona SIMON, en algunos casos “el principio de protección especial autoriza a la toma de ciertas medidas de protección en relación a niños, niñas y adolescentes, que en muchos casos implica la limitación o suspensión de ciertos derechos”.<sup>120</sup> Sin embargo, la Convención limita estas excepciones, pudiendo considerarse legítimas solo aquellas que estén previstas en ella, y aquellas que sean razonables, justificadas, y que tengan por objeto o como resultado la protección de los derechos de los niños.<sup>121</sup> Estimamos que la limitación que estamos proponiendo se encuadra perfectamente dentro de estas consideraciones, ya que se impone para precautelar los derechos del adolescente.

#### **4.2.3.1. Consideraciones especiales**

La primera consideración importante es que en casos en que el adolescente se niegue a recibir tratamientos destinados a salvarle la vida, el médico tratante está en la obligación de comunicárselo a sus padres.

---

<sup>120</sup> F. SIMON, *Los Derechos del Niño*, op. cit., p.65.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 65.

En estos casos únicamente, será el adolescente quien acuda al juez de la niñez y la adolescencia para probar que sus facultades son lo suficientemente desarrolladas como para tomar una decisión de este tipo. El juez deberá además, en estos casos, hacer una valoración entre la importancia que tiene la vida del adolescente para la sociedad, y los argumentos que esgrima aquel para justificar su negativa. Esta valoración deberá estar mediada por un profundo conocimiento del tratamiento u operación en discusión, ya que es diferente, por ejemplo, negarse a un tratamiento invasivo que tenga altísimas posibilidades de salvar la vida del paciente, o uno que, siendo asimismo invasivo y doloroso, presente tan solo escasas posibilidades de recuperación. Este tipo de diferenciaciones serán esenciales para valorar la decisión del adolescente.

#### 4.2.4. Texto propuesto

En base a los principios y experiencias internacionales que hemos estudiado, a continuación presentamos una propuesta del texto de la reforma del CNA. Esta reforma deberá realizarse en varias secciones del CNA, puesto que algunos de los elementos relevantes para el consentimiento médico ya se han desarrollado –en mayor o menor medida– en dicho cuerpo legal. Las modificaciones y adiciones al texto original del CNA se han resaltado:

- Art. 27.- Derecho a la salud.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física, mental, psicológica y sexual.

El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes comprende:

5. Información sobre su estado de salud, de acuerdo al nivel evolutivo del niño, niña o adolescente, ***siendo el otorgamiento de esta información obligatorio cuando se trate de adolescentes;***

- Art. 29.- Obligaciones de los progenitores.- Corresponde a los progenitores y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, brindar la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.

*Tanto los progenitores como las demás personas encargadas del cuidado de los adolescentes que hayan cumplido quince años están obligados a respetar las decisiones de éstos en todo lo relacionado con tratamientos terapéuticos o intervenciones quirúrgicas. Exceptúanse los casos en que la negativa del adolescente implique un peligro inminente para su vida.*

- Art. 65.- Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:
  1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;
  2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código;
  3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares; y,
  4. *Las personas que hayan cumplido quince años tienen plena capacidad legal para consentir o disentir a tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, sin necesidad de aprobación de terceras personas. Exceptúanse los casos en que la negativa del adolescente implique un peligro inminente para su vida.*

Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal, *o cuando deban defender su capacidad legal ante acciones impulsadas por aquel.*

## CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo fue, tal y como se adelantó en el capítulo introductorio, identificar los obstáculos formales que impiden el ejercicio de un consentimiento médico informado válido por parte de los adolescentes. Partimos además de un premisa importante, esto es, que la institución del consentimiento médico puede ser considerada la manifestación de varios derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Según este análisis, la imposibilidad de los adolescentes de otorgar un consentimiento médico válido vendría a ser, en últimos términos, una afrenta a las normas de la Convención.

El consentimiento médico informado de los adolescentes tiene varias particularidades. Su fundamento teórico está basado en los derechos de información y de opinión de los niños, los cuales están consagrados en la Convención y establecen que éstos deben ser consultados en todos los asuntos que los afecten. De igual importancia es el derecho a la autodeterminación personal, el cual está sustentado en el derecho a la libertad y protege la facultad de las personas de caminar sus propios caminos. De ser artífices de sus destinos.

Estos derechos deben ser enmarcados e interpretados en función del principio del interés del niño, según el cual se debe buscar siempre la mejor y mayor satisfacción de sus derechos. Asimismo, se debe tomar en cuenta el principio de autonomía progresiva, según el cual los niños, niñas y adolescentes deben ir asumiendo paulatinamente el ejercicio de sus derechos, a medida que van desarrollándose y adquiriendo competencias, hasta eventualmente gozar de plena autonomía.

Al revisar el tratamiento técnico que algunos autores le dan a la institución del consentimiento médico informado, hemos concluido que éste tiene una doble naturaleza jurídica. Por una parte, el consentimiento médico es un acto jurídico, ya que es una manifestación de la voluntad dirigida a causar efectos jurídicos. Pero no se trata de un simple acto jurídico, sino de un acto jurídico biomédico, debido que sus efectos escapan las nociones civilistas tradicionalmente relacionadas con el término. Si bien este concepto de acto jurídico biomédico es bastante novel, se encuentra sustentado en ideas que fueron concebidas en el siglo XIX por Savigny y Teixeira de Freitas. Estas ideas pueden ser resumidas en que muchos conceptos que los Códigos Civiles han vinculado únicamente con los contratos, deben ser revestidos de un carácter general que permita su aplicación a otros ámbitos de la vida humana. De esta forma, instituciones tales como los requisitos de validez de los contratos, podrán y deberán ser aplicados en esferas en las que la voluntad no se exterioriza exclusivamente para forjar vínculos contractuales.

Además de acto jurídico biomédico, hemos defendido que el consentimiento médico informado viene a ser también un acto personalísimo, al ser una manifestación directa de derechos personalísimos. Los derechos personalísimos se caracterizan, entre otras cosas, por ser inherentes de la persona humana, por ser inalienables, y por no admitir representación de terceros. Dentro de estos derechos están los llamados derechos de la integridad física, los cuales están relacionados con las manifestaciones de una persona sobre su propio cuerpo; el consentimiento médico informado es a nuestro criterio un acto mediante el cual se ejercen este tipo de derechos, por lo que en principio no puede ser ejercido mediante la representación de terceros.

Retomando la pregunta central del trabajo, se identificaron dos obstáculos formales para el otorgamiento de un consentimiento válido de los adolescentes en el país. Cada uno de estos obstáculos está relacionado con una de las dimensiones del consentimiento médico informado. El primer obstáculo, relacionado con la dimensión de acto jurídico biomédico del consentimiento médico, lo forman las nociones civilistas clásicas sobre la capacidad de los menores de edad.

El Código de la Niñez y Adolescencia, cuerpo legal que regula la materia de niñez y adolescencia, recoge de manera bastante adecuada los derechos y principios consagrados en la Convención. Sin embargo, en el caso de la capacidad de los niños y adolescentes, presenta un retroceso que crea una incoherencia dentro del sistema, ya que no es congruente con lo mandado por la Convención (norma superior). Esta incoherencia se suscita debido al art. 65 del CNA, norma que trata la capacidad de los niños. Esta norma consagra un modelo de capacidades e incapacidades para niños y adolescentes que no responde a los principios de la Convención consagrados en el CNA; ofrece una lista taxativa de instancias en las que los actos de los adolescentes tienen validez, remitiéndose para todo lo demás a las reglas generales de capacidad del Código Civil con respecto de los menores de edad. Es aquí donde se suscita la incoherencia, puesto que las vetustas disposiciones del Código Civil no toman en cuenta los principios rectores de la Convención y el CNA. Esto crea además una incoherencia interna dentro del CNA, ya que por una parte consagra principios como el de la autonomía progresiva y el interés superior, para luego no tomarlos en cuenta en lo relativo a la capacidad de los niños.

Esta incoherencia nos llevó a buscar modelos y soluciones alternativas, que nos sirvieron como base teórica para proponer vías de solución que permitan que los adolescentes ejerzan los derechos que la Convención les reconoce. En Inglaterra, los adolescentes desde los dieciséis años tienen plena capacidad para consentir a tratamientos, y pueden hacerlo aún desde antes según la regla del “menor maduro”. En la provincia canadiense de Québec, a los catorce años los adolescentes pueden otorgar su consentimiento válido, aunque existen algunas excepciones, tales como los casos en los que la vida misma del adolescente se encuentra en peligro. En los Estados Unidos, la tendencia en la legislación de buena parte de estados es reconocer la capacidad de los adolescentes de alrededor de quince años. En cuanto a Latinoamérica, hemos visto que la Corte Constitucional de Colombia ha sentado jurisprudencia importante sobre el tema. Según éste órgano, a los adolescentes se les debe reconocer el derecho a ejercer sus derechos directamente, con la excepción de los casos en que esto ponga en peligro sus vidas. Cabe reiterar que, en base al principio del interés superior,

estamos de acuerdo con la excepción que se hace a los casos en que la negativa del adolescente puede acarrear su muerte.

Una vez determinados los obstáculos que se presentan frente a la faceta de acto jurídico biomédico del consentimiento médico informado, pasamos a presentar aquellos relacionados con su otra faceta: la de acto personalísimo.

El obstáculo principal en este ámbito consiste en la patria potestad, y los derechos asimismo personalísimos, que ésta les otorga a los padres. Anteriormente la patria potestad era caracterizada como simples derechos que tienen los padres sobre los hijos, sin embargo esta visión ha sido superada. En la actualidad la patria potestad es considerada como una serie de derechos-deberes que tienen los padres de guiar y proteger a sus hijos, preparándolos para que puedan ejercer sus derechos responsablemente. Sin embargo, es muy probable que los hijos tomen decisiones diferentes y hasta opuestas a las de sus padres. Si bien los derechos que les asisten a ambos son legítimos, es necesario realizar una valoración para determinar cuál debe primar sobre el otro.

Una de las funciones del principio del interés superior consiste en regular los conflictos jurídicos que se crean por la colisión entre los derechos de los niños y los de los adultos. Este principio no debe ser aplicado solamente por el Poder Público, sino también por los padres. Es por esto que hemos concluido que en caso de conflicto los derechos de los adolescentes deben primar sobre los derechos de sus padres, puesto que inclusive estos últimos están obligados a precautelar el mayor cumplimiento de los derechos de sus hijos, y esto implica obviamente no violarlos ellos mismos.

Una vez que contestamos la pregunta central del presente trabajo, esto es, cuáles son los obstáculos formales que impiden el otorgamiento de un consentimiento médico informado válido por parte de los adolescentes, procedimos a proponer dos vías de solución. La primera, y quizás la más importante, consiste únicamente en interpretar las normas en conflicto como parte de un sistema jurídico coherente. En base al hecho de que la Convención es jerárquicamente superior que el CNA y el mismo Código Civil, evidentemente la única interpretación posible será aquella en que los derechos consagrados en la Convención prevalezcan por sobre las prohibiciones de los otros cuerpos legales.



Bajo esta interpretación, los adolescentes tienen efectivamente el derecho de consentir válidamente a tratamientos médicos en el Ecuador. Sin embargo, pensamos que esto no es suficiente, por lo que optamos por proponer una concomitante reforma del CNA, para que no quepa duda alguna acerca de la capacidad de los adolescentes. Esta reforma tendrá como punto de partida nuestro parecer de que es imperativo instituir una presunción legal que permita que los adolescentes, por regla general, puedan emitir un consentimiento médico válido al haber cumplido los quince años.

Por supuesto que, guardando coherencia con las ideas expresadas a lo largo del trabajo, y tomando en cuenta los legítimos derechos que la patria potestad les confiere a los padres, esta presunción no debe ser absoluta e incuestionable. En caso que los padres cuestionen la decisión tomada por su hijo, podrán en últimos términos acudir a un juez de la niñez y adolescencia para intentar destruir la presunción de capacidad. Este proceso no versaría sobre cuál de las posturas es más apropiada, si la de los padres o la del adolescente. Lo único que se evaluará es la aptitud del adolescente para tomar una decisión de ese tipo según su nivel evolutivo, estando la carga de la prueba completamente sobre los padres.

Otra excepción al sistema propuesto está basada en el principio del interés superior, y en el valor que la sociedad le asigna a la vida de cada adolescente. Pensamos que en caso que la decisión del adolescente ponga en serio riesgo su existencia misma, la presunción deberá romperse. En estos casos, será el adolescente quien acuda al juez de la niñez, revirtiéndose la carga de la prueba en el subsiguiente proceso.

## BIBLIOGRAFIA

ALSTON, PHILLIP, Y GILMOUR-WALSH, BRIDGET, *El interés superior del niño: Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, Unicef Argentina, Buenos Aires, 1997.

BERSTEIN, P.H., *Consentimiento informado y confidencialidad en menores adolescentes*, disponible en [www.colmed5.org.ar/Noticias/consentimientoinformado.htm](http://www.colmed5.org.ar/Noticias/consentimientoinformado.htm), consultado el 15 de agosto 2007.

BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

BOONSTRA, HEATHER Y NASH, ELIZABETH, *Minors And Their Right to Consent to Health Care*, The Guttmacher Report on Public Policy August 2000, disponible en [www.guttmacher.org/pubs/tgr/03/4/gr030404.pdf](http://www.guttmacher.org/pubs/tgr/03/4/gr030404.pdf), consultado el 15 de agosto del 2007.

BRACCIA, MARIANO, *El cuerpo, consentimiento informado y dignidad humana*, Revista Persona Online, disponible en [www.revistapersona.com.ar/Persona13/13Braccia.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona13/13Braccia.htm), consultado el 2 de junio del 2007.

CALÒ, EMMANUELE, *Bioética: Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad*, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 2000.

CANOVI, MERCEDES, *Sobre la información y el asentimiento de los menores de edad en los tratamientos médicos*, Revista Persona Online, disponible en [www.revistapersona.com.ar/Persona13/13Canovi.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona13/13Canovi.htm) Revista Persona. Consultado el 16 de septiembre del 2007.

CECCHETTO, SERGIO, *Consentimiento Informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento*, Compilado por Luis Guillermo Blanco en la obra *Bioética y Derecho*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002.

CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Editorial Porrúa, México D.F., 1997.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, disponible en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf), consultado el 30 de octubre del 2007.

CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volúmen 6, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Orientaciones Generales Respecto De La Forma Y El Contenido De Los Informes Que Han De Presentar Los Estados Partes Con Arreglo Al Apartado B) Del Párrafo 1 Del Artículo 44 De La Convención* (Aprobadas por el Comité en su 343ª sesión (13º período de sesiones), celebrada el 11 de octubre de 1996)

FREEMAN, M.D.A., *Freedom And The Welfare State: Child-rearing, Parental Autonomy and State Intervention*, Compilado por H. Krause en la obra *Child Law: Parent, Chile And State*, University Press, Nueva York, 1992.

GOLDSTEIN, JOSEPH, *Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres*, Compilado por H. KRAUSE en la obra *Child Law: Parent, Chile And State*, University Press, Nueva York, 1992.

– *¿En el interés superior de quién?*. Compilado por MARY BELOFF en la obra *Derecho, Infancia, y Familia*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2000.

GORVEIN, NILDA Y POLAKIEWICZ, MARTHA, *El Derecho del Niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*. Compilado por CECILIA GROSMAN en la obra *Los Derechos del Niño y la Familia: Discurso y Realidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

HAFEN, BRUCE, *Children's Liberation And The New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youths To Their "Rights"*. Compilado por H. KRAUSE en la obra *Child Law: Parent, Chile And State*, University Press, Nueva York, 1992.

LANSDOWN, GERRISON, *La Evolución de las Facultades del Niño*, Centro de Investigaciones Innocenti, 2005, p. 21. Disponible en [www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf), consultado el 15 de marzo del 2007.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, E HIRUELA DE FERNÁNDEZ, MARÍA DEL PILAR, *Derechos de la Personalidad*, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>, consultado el 25 de abril del 2008.

O'DONNELL, DANIEL, *La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido*, Revista Infancia, Tomo 63, Número 230, Instituto Interamericano del Niño, julio de 1990.

RABINOVICH, RICARDO, *Nuevas Consideraciones Históricas Sobre el Consentimiento Informado*, Revista Persona Online, disponible en [www.revistapersona.com.ar/Persona36/36Rabinovich.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona36/36Rabinovich.htm), consultado el 14 de febrero del 2007.

— *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

SIMON , FARITH, *Los Derechos del Niño*, mimeo, s/a.

## **Jurisprudencia Internacional**

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1021/03.

Sentencia EEUU, “In re Gault” (387 U.S. 1 (1967)).

Sentencia Inglaterra, “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” [1985] 3 All ER 402 (HL).

## **Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 17*, emitida el 28 de agosto del 2002.