

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autora: María Eugenia Acosta

CÓDIGO CIVIL Y LOS MENORES DE EDAD

2017

Citar como: Acosta, M. E. (2017). Código Civil y los menores de edad. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

INDICE:

1)Introducción.....	3
2)Reforma del Código Civil.....	3
3)El menor maduro.....	6
4)La relación médico paciente.....	12
5)Consentimiento informado.....	14
6)Causas dentro del orden social y económico ponderable.....	18
7)Desarrollo neurobiológico.....	19
8)Toma de decisiones.....	22
9)Conclusión.....	24
10)Bibliografía.....	26

1-Introducción:

La reforma en el Código Civil ha beneficiado el lugar del niño, niña y adolescente; otorgándole un rol más activo, dinámico que a su vez va de la mano con el cambio que se vive a nivel social. Se deja la mirada paternalista, y como objeto de protección del menor para asumir, un lugar integral, dónde no sólo es acompañarlo. Esto conlleva a una noción de autonomía progresiva, que es uno de los puntos más complejos ya que como veremos más adelante se tiene en cuenta no solamente la edad cronológica, sino el grado de madurez, capacidad de discernimiento, la toma de decisiones, teniendo en cuenta también el desarrollo neurobiológico. Las características mencionadas serán los puntos y ejes del trabajo a desarrollar.

2-Reforma en el código civil y los menores de edad:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por si los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico

ADOLESCENTES

- -Normativa vigente hasta el 31/12/2015: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

- CCYC que rige a partir del 01/01/2016: Se considera menor de edad la persona que no ha cumplido los 18 años; se incorpora al adolescente entendiendo por tal al menor de edad que cumplió 13 años (art. 25).

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

- -Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

- CCYC que rige a partir del 01/01/2016: La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (art. 26). No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (art. 26). •La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26). •Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26). • Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26). •A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26).

Menor de 13 a 16 años:

- Se presume que a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamiento de salud no invasivos o que no impliquen riesgos para su salud o su vida (art.26). Ej.: métodos de anticoncepción
- Judicialización: Si hay conflicto con sus representantes puede intervenir con asistencia letrada (abogado del niño del art. 27 de la ley 26.061)
- Si son tratamiento invasivos o riesgosos (estéticas, quimio, etc.) el adolescente menor de 16 debe prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Es asistencia no sustitución.

Ahora bien, el principio del interés superior del niño es consecuencia directa del reemplazo de la situación irregular, que observaba a los niños como objetos de protección, por la doctrina convencional de la protección integral, que conlleva su consideración como sujetos de derecho en pleno desarrollo. Esto se deriva del artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño y se refuerza en el artículo 3° de la Ley 26.061. Este artículo expresa: “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en un medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías y las exigencias del bien común; f) su centro de vida (lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte del tiempo).

Al comentar el artículo 26, el código derogado, disponía la capacidad de los menores adultos a quienes se los consideraba “incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos”. Sin embargo, luego de la reforma de la ley 17.711 la regla fue la incapacidad, ya que las personas menores de edad solo podrían ejercer por sí los derechos que expresamente se permitieran; es decir, se invierte el régimen.

Así en el plano internacional se flexibiliza o reconoce al adolescente la plena autonomía para el ejercicio de determinados derechos en función de su edad y grado de madurez como lo ha sido en una gran cantidad de actos o hechos relativos al derecho al cuidado del propio cuerpo, pero el ordenamiento jurídico infra constitucional no era permeable a la noción de autonomía. La sanción de la ley 26061 evidenció aún más la contradicción existente entre el anterior régimen normativo y la doctrina internacional de los derechos humanos.

El Código vigente deja de lado la anterior postura dicotómica de capacidad-incapacidad, y la ha sustituido por un mecanismo superador, dinámico y más flexible. En el artículo 24 inciso b plantea que las personas incapaces de

ejercicio son aquellas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente; mientras que el artículo 26 prevé que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez. La noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento.

Así, el Código reconoce que es tan dañino o violatorio al principio del interés superior del niño impedir el ejercicio de los derechos de manera autónoma cuando están en condiciones de hacerlo como, la inversa, habilitarlos a decidir cuando no están preparados. Lograr el equilibrio es uno de los desafíos más complejos que debió afrontar el Código por aplicación del principio de autonomía progresiva.

Requisitos de la autonomía:

- Se debe respetar su derecho a ser oído y participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones (art 26, CCCN)
- El requisito normativo es mixto: edad y madurez suficiente para el acto en particular. ¿Prueba de la madurez?
- Si carece de edad y madurez suficiente: Régimen de representación por los padres o el tutor (arts. 100 y ss. del CCN) o curador.

3-El Menor Maduro:

El menor maduro es un término para designar a los adolescentes menores de edad desde el punto de vista legal, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones, tanto médicas, como de otro tipo. El

concepto de menor maduro fue concebido en EE.UU. en los años 70, y constituido de forma progresiva desde el punto de vista jurídico como “doctrina del menor maduro”, debido a las demandas cada vez más frecuentes, que padres de adolescentes realizaban contra los médicos por asistir a sus hijos sin su consentimiento. En 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmaba: “un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres. En los menores de edad, deberá demostrarse la capacidad de autonomía, al contrario del adulto a los que se les supone, salvo se demuestre lo contrario.

A diferencia de lo que sucede en el adulto a los que se les supone la capacidad de autonomía, en los menores debe demostrarse su capacidad y madurez moral, y esta verificación le compete al médico responsable del paciente.

Por una parte, el niño ha cambiado su estatus social adquiriendo un fuerte protagonismo en la sociedad. Por otra parte, el clásico modelo paternalista del ejercicio de la medicina ha dado paso al nuevo modelo autonomista, en donde el paciente es considerado como una persona capaz de decidir y responsabilizarse por su salud. ¿Desde el punto de vista ético, puede un menor de edad tomar sus propias decisiones relativas a cuestiones de salud? La dificultad deriva de que en la relación clínica con el menor están implicados los derechos del menor, padres o tutores y del personal sanitario, e intentar no vulnerar a alguno de los miembros de la triada exige mucha reflexión. Por otra parte, es difícil evaluar la madurez del menor. La madurez a la que nos referimos es la *madurez moral* en el menor de edad. La madurez moral de una persona debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar situaciones, no por el contenido de los valores que asume o maneja.

Consideraciones acerca del grado de madurez:

Es difícil dar una respuesta de cuando una persona es moralmente madura. La psicología evolutiva de Piaget señala que, entre los 8 y 11 años, el niño se va distanciando de las demandas externas a favor de los principios internos (autonomía). Estos criterios internos vienen a identificarse inicialmente

con principio de justicia; siendo posteriormente, el criterio de equidad el que aparece a partir de los 11-12 años. Posteriormente, Kohlberg elabora un sistema de evolución de la conciencia moral del niño en tres niveles y seis grados. Siguiendo a este autor el nivel preconventional es el propio del 80% de los niños hasta los 10-12 años, y el nivel convencional es el más frecuente entre los adultos. Otros estudios demuestran que, la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre 13 y 15 años.

Drane elaboro una escala móvil (o de tres niveles), para evaluar la competencia del paciente. Cada nivel viene definido por tres elementos:

- a) Un tipo de decisión característico
- b) Aquellos requisitos de capacidad que se consideran necesarios para tomar decisiones
- c) Algunos estados mentales o patologías que condicionan bien la incapacidad bien la capacidad para tomar decisiones de ese nivel.

Según esta escala, los estados que suponen competencia son:

- En el nivel I: niños de 10 años o más (capacidad requerida baja: conocer y asentir).
- En el nivel II: adolescentes de 16 años o más (capacidad requerida intermedia: comprender y elegir).
- En el nivel III: mayores de edad (capacidad requerida alta: apreciar y decidir plenamente).

Criterios generales para la valoración de la capacidad

-Susceptibilidad de ser informado: que el adolescente pueda:

- 1) Recibir y comprender la información
- 2) Reconocer la información como relevante
- 3) Recordar la información

Capacidades cognitivas y afectivas: que el adolescente pueda:

- Autorreferenciar los acontecimientos que le suceden
- Razonar adecuadamente sobre las alternativas y sus consecuencias comparando riesgos y beneficios
- Jerarquizar las alternativas

Toma de decisiones: que el adolescente pueda:

- Seleccionar una de las opciones posibles y comunicarlas
- Expresar, hacerse cargo y reafirmarse en la decisión tomada

-revisión crítica del proceso de decisión:

Una vez tomada la decisión, que el adolescente pueda razonar y discutir y contar a otro cómo y por qué ha tomado esa decisión.

Consentimiento informado y capacidad de decidir del menor maduro:

La atención a los adolescentes plantea en ocasiones a los profesionales sanitarios cuestiones sobre deberes y derechos tanto de los propios menores como de sus padres o tutores, y situaciones de conflicto en las que no siempre se manejan con claridad conceptos claves como confidencialidad, consentimiento informado y la capacidad en la toma de decisiones sanitarias. Algunas aportaciones tanto bioéticas como jurídicas han intentado aclarar estas dudas a través de la doctrina del menor maduro, que precisa de una interpretación juiciosa de las circunstancias y consecuencias de la decisión a tomar. Son claves en esta doctrina el respeto a la confidencialidad, el consentimiento informado y la evaluación de la capacidad del adolescente para decidir, recayendo en los profesionales esta valoración.

A pesar del desarrollo contemporáneo de la concepción del menor como sujeto activo y rector de su propio destino, sigue siendo controvertido el momento en el que los más jóvenes son ya capaces “de hecho” de tomar decisiones por sí mismos.

El desarrollo moral de los individuos no es un fenómeno estanco que llegue a su plenitud a una edad prefijada, sino que pasa por unas etapas sucesivas en

las que el niño evoluciona desde un estadio amoral a otro de respeto hacia la autoridad de los individuos de más edad. Se considera que a partir los 8 años comienza un lento proceso por el cual el niño va interiorizando las normas de tal modo, que al final, las acata no solo por temor a las represalias, sino por la progresiva definición de sus propios principios internos, en un proceso de inicio de definición de su autonomía moral. Estos criterios internos comienzan identificándose con un principio básico de justicia, entendido como el trato igual de las cosas iguales, y el trato desigual de las cosas diferentes. En una fase algo posterior, en torno a los 11-12 años se complementará con criterios más complejos como la equidad, en la que se ponderarán las circunstancias y necesidades concretas de cada caso, inclinándose en caso de desigualdad por favorecer al más necesitado. En este esquema general, parece existir un cierto consenso respecto a que el desarrollo moral de los jóvenes puede haber alcanzado la madurez en torno a los 13-15 años, y casi con seguridad entre los 16-18 años. No existen en la actualidad sistemas que permitan medir de forma objetiva la maduración moral de un individuo, aunque se presupone que la mayoría de ciudadanos adultos han llegado a un nivel convencional de respeto a las normas interpersonales y sociales. En cualquier caso, una adecuada maduración moral no implica capacidad para la toma de decisiones en todas las circunstancias posibles.

En el debate sobre el menor maduro, es necesario observar que hay tanto una aproximación ética como jurídica que son complementarias y no contradictorias. Comparten ambas la dificultad de valorar un elemento tan intangible como es la madurez, pero no medida en abstracto, sino la capacidad para decidir en aspectos tan sensibles como los relacionados con la salud, que no son otros que aquellos que tienen que ver, con la gestión prudente y responsable de la sexualidad, el cuerpo, la vida y la muerte.

DOCTRINA ETICA Y JURIDICA DEL MENOR MADURO:

Se reconoce la plena titularidad de los derechos de los menores de edad y su capacidad evolutiva para ejercerlos según su grado de madurez; de tal modo los menores pueden ir ejerciendo paulatinamente esos derechos a partir de los 12 años aproximadamente, siempre y cuando estén capacitados para

ello. Para esta doctrina lo niño menores de 12 años no parecen tener un sistema de valores propios, de tal manera que no son capaces de definir su propia beneficencia, de valorar lo que consideran bueno para ellos en un momento determinado. Según el desarrollo moral antes señalado, es en torno a los 12 años cuando los adolescentes empiezan a pensar en abstracto, pueden entender conceptos como los de causa y efecto y establecer hipótesis, son capaces de considerar múltiples factores y prever consecuencias futuras, etc. es decir, tienen con carácter general, algunas de las habilidades consideradas como necesarias para poder participar en una toma de decisiones prudente y responsable. Por ello esta doctrina establece que a partir de los 12 años se debe recabar el consentimiento de los menores (siempre que tengan suficiente juicio) en los temas que les afecten, y los jueces (y los profesionales sanitarios) han de tener en cuenta su opinión. Si esta opinión debe ser vinculante o no se verá.

Este reconocimiento de la capacidad “legal” de obrar del menor, cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales de la persona, debe acompañarse de un reconocimiento de una capacidad suficiente de obrar “de hecho”. La fundamentación teórica es clara: los derechos civiles, subjetivos o de la personalidad se generan en el individuo desde el mismo momento en que éste es capaz de disfrutarlos. Por ello la doctrina de los derechos del menor, establece en los 12 años la fecha en la que un menor puede disfrutar, si goza de madurez suficiente de sus propios derechos humanos.

El menor, con carácter general, deja de ser considerado como un sujeto pasivo que precise solamente protección y tutela por parte de sus padres o del estado. Se le comienza a considerar como un sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su entorno y su propio medio personal y social, favoreciendo su participación en la búsqueda y satisfacción de todas sus necesidades. Promover su autonomía personal sería la mejor manera de garantizar la protección a la infancia. En caso de que el menor no quiera o no pueda decidir, lo harán por él/ella sus padres o representantes, siempre teniendo en cuenta el mejor interés del menor.

El consentimiento informado es un proceso comunicativo y prudencial a través del cual el adolescente y su pediatra o médico de familia toman conjuntamente decisiones acerca de un problema de salud, después de haber compartido la información relevante y aclarado las dudas. El proceso debe ser voluntario y el adolescente debe mostrar una capacidad suficiente para afrontar la decisión.

La capacidad y madurez de una persona, sea esta mayor o menor de edad, debería medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones y no por el contenido de los valores que asuma o maneje o por la aparente irracionalidad de las decisiones. El error clásico ha sido considerar inmaduro o incapaz a todo aquel que tenía un sistema de valores distinto del considerado adecuado por los profesionales, y que pretendía tomar decisiones en contra de la opinión experta. Tomar decisiones casi siempre es complicado, sobre todo si se trata de decidir en situaciones de elevada incertidumbre, cuando las opciones entre las que se debe elegir tienen a la vez consecuencias positivas y negativas, o tienen además una implicación emocional elevada. Para que un adolescente pueda tomar decisiones en asuntos relacionados con su salud es necesario que quiera participar en el proceso, que quiera asumir la decisión sobre lo que debe hacerse y que entienda la información que se le da. La capacidad o competencia se define como el lado operativo o funcional de la autonomía moral. Se refiere al grado de posesión de una serie de habilidades psicológicas que permite determinar si las decisiones tomadas son realmente expresión de la autonomía personal. Una persona se considera competente para tomar una decisión concreta si comprende la información que recibe y los valores en juego, si aprecia las consecuencias más relevantes de las diferentes opciones y si asume la decisión tomada en coherencia con sus valores personales.

Se debe facilitar al menor la oportunidad de ejercer sus derechos respecto a la toma de decisiones.

4-La relación Médico-Paciente:

El avance tecnológico de la ciencia en nuestro siglo y con ello la mayor profundidad cognoscitiva de la enfermedad, hacen que la atención del médico se centre cada vez más sobre ésta y se descuide el conocimiento de quien la padece.

La conducta medica moderna tiene motivaciones nacidas en el mismo proceso educativo que la hacen extremadamente biologista y parcializada.

Es que, justamente, se deja de considerar aquello a través de lo cual será el todo, la relación entre el médico y el paciente.

El encuentro entre el médico y el paciente y la comunicación entre ambos es lo esencial de la relación. A través de ella no se Debra perder elementos para conocer al hombre como *totalidad*.

La comunicación en la relación médico-paciente:

Tenemos un tipo especial de comunicación en el que la intención de uno o más de los participantes es la de producir un cambio en la salud de otro u otros de los intervinientes. Así a los intencionado se los denomina terapeutas y a los que son objeto de dicha intención pacientes. En el curso de la relación paciente y medico se están enviando mensajes, están expresando a través de ellos. No solo se utiliza la palabra (nivel verbal) sino que se instrumentan todas las partes del cuerpo (comunicación paraverbal).

Principales aspectos de la relación:

-Motivación:

del paciente: recuperar la salud (con enfoque biopsicosocial), saber cómo está, justificar ausentismo, buscar un consejo.

Del médico: auténtica vocación, interés científico, lucro, prestigio.

-Relación inter humana:

En el curso de la relación se van dando una serie de fenómenos intelectivos, afectivos y operativos. Ero fundamentalmente son seres humanos los que intervienen con sus respectivas personalidades. Los distintos aspectos

de ellas, sus mecanismos, prejuicios, motivaciones, creencias, etc.; inciden en la vinculación.

La manera e intensidad con que actúa cada uno de los integrantes de la relación, tiene distintos matices de acuerdo a la participación que tomen

Así existen modelos básicos: - actividad/pasividad, en la que el médico toma una actitud paternalista, el paciente posee un rol pasivo; - guía/cooperación, aquí paciente y médico son activo; participación mutua, aquí desaparece la superioridad del médico para ser sustituida por un entendimiento en el que ambos tienen igual poder.

Lain Entralgo compara a la relación médico paciente con el tipo diádico, la diada es una relación entre dos por cosas comunes y pertenecientes a ellos mismos. El objetivo es ocuparse de algo, ese algo es la salud.

-Actitud del médico frente a la persona enferma:

El médico ha sido mal acostumbrado a tratar al paciente como objeto. De esta manera, quien solamente se ocupa de la enfermedad tendrá que ver que las indicaciones se cumplan. Ahora quien pueda entender la enfermedad como un padecimiento de manera integral, tomando a la salud como el bienestar biopsicosocial podrá no solamente ejercer el arte de curar sino también de acompañar y contener a quien necesita.

5-Consentimiento Informado:

La expresión "consentimiento informado" (informed consent) fue utilizada por primera vez en Estado de California (USA) en 1957, con ocasión del pleito Salgo contra Leland Stanford Jr. University-Broad of Trustees. La sentencia aclara que el cuerpo médico está obligado a "obtener el consentimiento" del enfermo y, además, a "informar adecuadamente" al paciente antes de que proceda a tomar una decisión. En otros términos, la sentencia subraya el derecho del enfermo a una información de calidad y la obligación médica de brindar esa información relevante. Entre los años 1969 y 1972 distintas causas judiciales norteamericanas lograron derrumbar para siempre el criterio con el

cual el cuerpo médico había manejado durante siglos la información a suministrar a los pacientes. En el corto tiempo señalado, sin embargo, distintos jueces entendieron que, si bien resultaba imposible exigir una información médica detallada y completa, no era absurdo exigir una información suficiente. Esto es, que la persona enferma contara con elementos suficientes como para arribar por sí sola a una decisión libre, y sin que se le escondieran datos que, de conocerlos, podrían hacer variar su elección (criterio de la persona razonable).

Concepto:

Es la declaración de la voluntad de un sujeto capaz y libre con respecto a la propuesta del médico acerca de la aplicación de un procedimiento diagnóstico o terapéutico *si no mediere una situación de urgencia*. Deberá hacerse referencia a los beneficios, efectos adversos y complicaciones esperables.

No puede requerirse el consentimiento a un paciente en situaciones de incapacidad o inconciencia ya que en esa situación tal decisión queda en manos de los familiares., debiendo solicitarse en ausencia de éstos autorización al judicial. Tampoco tiene lugar el consentimiento del paciente en situaciones de emergencia, en donde haya peligro de vida, en las que el médico debe actuar según su criterio.

El consentimiento del paciente basado en el principio de autonomía ha adquirido en nuestro país rango constitucional al incorporarse a la Constitución diversos tratados entre los que se halla el Pacto de San José de Costa Rica.

En la ley del ejercicio de la medicina está previsto el consentimiento informado en caso de operaciones mutilantes (art. 19 inc.3).

Se asiente lo que se conoce y se conoce lo que es explicado de acuerdo al nivel cultural del receptor de la información. El consentimiento es, no un acto formal, sino un proceso que debe tener como objeto lograr la comprensión por parte del paciente de la situación que se pone a su consideración y que culmina con su aceptación o rechazo.

En nuestra legislación la mejor formulación del consentimiento informado están en el artículo 13 en la ley de trasplantes.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente, efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una clara información referida a la afectación o al procedimiento que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento, el consentimiento, salvo casos específicos como los del art 13 de la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos o del art. 19 inc. 3º de la ley 17.132, no viene impuesto en forma expresa por norma jurídica de carácter general, pero puede decirse que en la actualidad, la exigencia del mismo forma parte de la *lex artis* médica. Actualmente, los tribunales exigen a los profesionales de la salud que cumplan con la exigencia del consentimiento informado.

En la información que se da al paciente se deben incluir tanto los riesgos como las ventajas médicas:

1-descripción del procedimiento propuesto, de su objetivo y como se llevará a cabo,

2- riesgos, molestias y efectos secundarios posibles,

3-beneficios del procedimiento a corto, a mediano y largo plazo,

4-posibles tratamientos alternativos y sus riesgos y ventajas,

5-efectos previsibles de la no realización de ninguno de los procedimientos posibles,

6-comunicación de la disposición a ampliar la información si lo desea, y a resolver todas las dudas que tenga,

7-comunicación al paciente de su libertad para reconsiderar en cualquier momento la decisión tomada,

8-también informar sobre el costo del tratamiento.

Doctrinariamente, en forma casi unánime se sostiene que los riesgos que deben ser informados son los siguientes:

1- Riesgos insignificantes, pero de común ocurrencia: deben ser informados.

2- Riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.

3- Riesgos de gravedad y de común ocurrencia: deben ser detalladamente informados.

4- Riesgos graves de escasa ocurrencia: deben ser informados.

En cuanto a las excepciones, es decir, los supuestos en los cuales el médico queda eximido de requerir el consentimiento informado, se enumeran las siguientes causas, que deben ser interpretadas en forma restrictiva

1- Grave peligro para la salud pública.

2- Situación de urgencia.

3- Incompetencia del enfermo (en cuyo caso se debe recurrir a un familiar cercano).

4- Privilegio terapéutico.

5- Imperativo legal

6- Rechazo expreso de toda información por parte del paciente en forma voluntaria.

Excepciones:

-Urgencia: situación que corra peligro la vida del paciente, donde se solicitará autorización a los familiares, y en última instancia decidirá el médico actuante (estado de necesidad).

-Minoridad, Inconciencia, privación de razón: en todo paciente incapaz por edad o por inconciencia se requerirá la autorización de su representante legal con intervención del Defensor de Menores e Incapaces.

-Renuncia: nadie puede ser obligado a aceptar lo que no quiere.

-Privilegio terapéutico: circunstancia en que el médico, por el especial conocimiento que tiene de su paciente y su situación vivencial decide no brindar determinada información aplicando el principio de no maleficencia.

Derechos del médico y del paciente:

Así como el paciente tiene el derecho a ser informado, el medico tiene el derecho a no proporcionarle al paciente la información en forma automática e indiscriminada, haciendo uso del privilegio terapéutico.

Si el paciente es menor de edad o es una persona que no puede tomar la decisión en sí, uno de sus padres o el tutor legal es la persona legalmente responsable de obtener la información, tomar la decisión y firmar el formato de consentimiento. Pero esto no significa que siempre se excluirá del proceso al menor de edad o al paciente que no se considera competente mentalmente. Algunos centros de atención médica requieren la aprobación por parte de niños mayores antes de que participen en un estudio de investigación, incluso después de que los padres hayan estado de acuerdo a nombre de ellos. Esto significa que, aun cuando los padres firmen el formato, el niño tiene que estar de acuerdo antes de que la institución proceda con el tratamiento.

6-Causas Dentro Del Orden Social Y Económicas Ponderables:

La ruptura de la relación médico paciente aparece desde que los médicos atienden grandes cantidades de éstos, en tiempos limitados, exiguo, necesidades económicas, atención excesiva en las obras sociales por carencia de personal médico y materiales en los hospitales que se encuentran abarrotados de gente, sin poder asistirlos de forma adecuada, etc.

La evolución de la medicina con enormes avances científicos y técnicos también ingresó en un nuevo momento histórico-social donde la salud también abraza el libre mercado.

El médico también para mantener su estado de vida debe atender numerosos pacientes.

En este perverso sistema médico-paciente, las dos partes se envilecen: el del paciente teme ser mal atendido y el médico ser demandado por mala praxis médica.

La medicina empresaria de mercado ve al paciente como un objeto de ganancias puras, tratándolos como si fueran mercaderías. Los médicos compasivos y sensibles corren el riesgo de ser eliminados de las famosas listas de muchas prepagas, por utilizar tratamientos costosos, mientras los otros son premiados por utilizar determinados tratamientos.

7-Desarrollo Neurobiológico:

El sistema nervioso es el soporte material para el conocimiento, la afectividad y la conducta. La neurobiología lo estudia desde el punto de vista de su maduración, es decir, su estructuración como órgano, proceso que lleva inherente los cambios anatómicos, la genética y la capacidad de integrar funciones por parte de dichas estructuras gracias al aprendizaje.

•A los 6 años, el cerebro alcanza el 90% de su tamaño definitivo. •Se reorganiza masivamente entre los 12 y 25 años. •La maduración del cerebro continúa en la adolescencia y no se detiene hasta pasados los 25 años •La última estructura en madurar es la corteza Esto explica los cambios de conducta del adolescente prefrontal. ¿Qué hace la diferencia? ¿Qué hace la diferencia?

•1) Una maduración lenta y laboriosa que toma los primeros 25 años de vida.

•2) Una asombrosa capacidad de modificarse a si mismo, como consecuencia de la experiencia (neuroplasticidad)

Nacemos inmaduros:

El RN no puede hablar, caminar, usar herramientas o asumir las perspectivas de otros. Su cerebro consume el 60% del aporte total de energía.

La lenta madurez permite que el aprendizaje temprano facilite el desarrollo de la arquitectura neuronal que facilitará aprendizajes más complejos.

Lo heredado y lo adquirido Factores que influyen en el neurodesarrollo:

- **FACTORES INTRINSECOS (los genes):**

Determinan parcialmente el desarrollo. Establecen pautas, predisposiciones o tendencias.

- **FACTORES EXTRINSECOS (estimulación temprana, aprendizaje oportuno, nutrición adecuada cuidados y afecto):**

Favorecen el crecimiento y maduración. Enriquecen las habilidades genéticas y potencian los talentos. Determinan inteligencia cognitiva y emocional. Estimulación temprana. Aprendizaje oportuno. Nutrición adecuada Cuidados y afecto. Determinan inteligencia cognitiva y emocional.

Desarrollo cerebral del niño:

1. Consecuencia de la interrelación entre la genética y el medio ambiente.

2. El cuidado temprano es decisivo y puede determinar la posterior capacidad de aprendizaje y control de emociones (niños abandonados o maltratados).

3. El cerebro tiene una notable capacidad de cambio, pero hay periodos en que es crucial.

4. La plasticidad cerebral determina que hay periodos en que las experiencias negativas o la ausencia de estímulos adecuados pueden provocar daños graves y permanentes: tabaco, alcohol, drogas, agresiones, abusos, estrés, puede llevar a alteraciones del desarrollo, trastornos cognitivos conductas violentas o frustración en el adolescente.

1. Sinaptogénesis

- El crecimiento del cerebro entre niñez y adultez se debe al crecimiento de la materia gris (axones, dendritas, sinapsis, células gliales).

- Explosiones de sinaptogénesis: 1) Entre los 18 meses y 3 años de edad en muchas partes del cerebro. 2) Al inicio de la pubertad (10-12 años) en la corteza prefrontal.

La segunda explosión de sinaptogénesis

- Se produce una nueva sobreproducción de materia gris en la corteza prefrontal que llega a su máximo a los 11-12 años y que es seguida por una continua “poda” durante la adolescencia y un paulatino reemplazo de materia gris por materia blanca, lo que aumenta la eficiencia de las conexiones.

Comprensión de emociones (A. Bairdy D. Yurgelon-Todd)

- Mapear diferencias en los cerebros de adultos y adolescentes (11-17 años) en sus respuestas a una serie de fotos.

- Se les pidió que identificaran las emociones en una serie de caras. Todos los adultos identificaron el miedo. Pero casi el 50% de los jóvenes vieron algo diferente (rabia, sorpresa, pena, confusión, etc.).

- La RMF mostró que los adolescentes usaban una parte diferente del cerebro al leer las emociones. El adolescente tendría una respuesta más emocional debido a que su región frontal no estaría interactuando debido con la región emocional de la misma manera que en el adulto. El cerebro del adolescente responde diferente al del adulto, en forma más impulsiva que reflexiva. Esto puede llevar a los jóvenes a interpretar erróneamente las emociones de los adultos y afectar la comunicación.

Desarrollo cerebral del cerebro del adolescente

- FUNCIONES BASICAS Sensoriales y motoras. Zonas posteriores. Áreas occipital y parietal posterior.

- FUNCIONES INTERMEDIAS Orientación espacial, lenguaje, emociones, Áreas parietal y temporal.
- FUNCIONES SUPERIORES Razonamiento, funciones ejecutivas, control de impulsos. Áreas prefrontal y frontal

El Mito del Cerebro Adolescente (Robert Epstein, Mente y Cerebro 2008):

- La investigación basada en imágenes ha llevado a sugerir que un “cerebro inmaduro” sería el responsable de los estados de ánimo y de los problemas de comportamiento de los adolescentes.
- Según Epstein, las imágenes de la actividad cerebral no identifican necesariamente la causa de estos problemas.
- La cultura, la nutrición y el propio comportamiento de los adolescentes repercuten en el desarrollo del cerebro.
- Hay investigaciones que sugieren que la crisis de la adolescencia la causan factores culturales y no un cerebro inmaduro.

8-Toma de Decisiones:

Antonio Damasio, neurólogo que basa su trabajo principalmente en el estudio de las emociones. En el texto El error de Descartes, Damasio cuestiona la idea del filósofo francés René Descartes el cual afirma que la mente está separada del cuerpo y su esencia es un razonamiento separado de las posibles influencias físicas.

En su trabajo académico, se basa en diferentes términos como razón, racionalidad, y toma de decisiones, entendiendo la “razón como la capacidad de pensar y de hacer inferencias de una manera ordenada y lógica; y racionalidad como la cualidad de pensamiento y comportamiento que procede de adaptar la razón a un contexto personal y social”. Damasio considera el razonamiento y la decisión como un “proceso incesante de creación, que todo lo consume”. Además, explica que el mayor propósito del razonamiento es el de decidir.

Los términos razonamiento y decisión, implican además que el decisor posea alguna estrategia lógica para producir inferencias válidas, suelen además estos términos implicar “que quien decide tiene conocimientos: a) sobre la situación que requiere una decisión, b) sobre las diferentes opciones de acción (respuestas), y c) sobre las consecuencias de cada una de estas opciones (resultados), inmediatamente y en épocas futuras”.

A partir de diferentes estudios resalta que no todos los procesos biológicos pertenecen al ámbito de razonamiento y decisión, existen algunos procesos como el hambre que es inconsciente y no implica un conocimiento, ni un despliegue evidente de opciones y consecuencias, simplemente nos damos cuenta. Resalta la importancia del razonamiento en la toma de decisiones, develando que quien decide debe tener un saber sobre la situación a la que se enfrenta, las opciones de acción que puede implementar y las consecuencias de dichas acciones.

De la misma forma menciona dos concepciones tradicionales que se manejan con respecto a la toma de decisiones. La primera es la llamada razón elevada, que se basa principalmente en la concepción del sentido común, maneja la lógica formal y para obtener resultados más confiables se deben dejar a un lado las emociones. La segunda concepción, justamente, es la hipótesis del marcador somático, el cual se da a partir de aspectos biológicos innatos, pero sobre todo a partir de las experiencias que conforman la historia de vida individual. Los marcadores somáticos se definen como un caso especial de sentimientos generados a partir de emociones secundarias. El marcador somático puede actuar de forma encubierta sin aparecer directamente en la conciencia, es como un dispositivo que funciona como un sistema de calificación automática de predicciones, las cuales son tomadas por los individuos como teorías adecuadas de su propia mente y de la mente de los demás.

El conocimiento que se requiere para la toma de decisiones y el razonamiento llega a la mente en forma de imágenes. Estas imágenes en clasifican en *imágenes perceptuales* son as imágenes de variadas modalidades sensoriales que se bien de manera directa. Cuando se deja de prestar atención

a todo o vivido de manera inmediata pasamos al segundo tipo de imágenes, las *imágenes rememoradas* que aparecen cuando evocamos el pasado. Por último, están las imágenes de situaciones que aún no han ocurrido y que, puede que ocurran o no, *imágenes del futuro*. Estos tres tipos de imágenes son construcciones del cerebro de cada organismo a las que no tiene acceso nadie más.

El proceso emoción-sentimiento tiene su inicio en el cerebro, con la percepción y la valoración de un estímulo que es capaz de causar, para luego desencadenar diferentes reacciones que son capaces de liberarla. Las emociones pueden ser primarias o tempranas y secundarias o complejas. Las emociones primarias son generadas por un estímulo externo, son innatas y tienen origen genético. Las emociones secundarias son más complejas, se desencadenan a partir de estímulos internos que implican toda una cadena de pensamientos conscientes a través de una situación determinada. Así pues, la diferencia entre emoción y sentimiento radica en que la emoción es un conjunto de cambios que ocurren en el cerebro y el cuerpo a la vez, mientras que los sentimientos son las percepciones de esos cambios.

9-Conclusiones:

El Código adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el Derecho Comparado, al reemplazarse el sistema vertical por un sistema que plantea en términos horizontales la relación entre los miembros de la familia. Los niños y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres, participan de manera activa e interactúan con los adultos. El sentido de autonomía progresiva vemos que está condicionado por su edad, el grado de madurez, capacidad de comprender y discernimiento, etc. Pero ésta no es una tarea sencilla, y justamente evaluar el grado de madurez de acuerdo a su edad cronológica, teniendo en cuenta su historia cronológicamente, los factores sociales y culturales por los que también está atravesado el sujeto, crea una línea cada vez más delgada. Ya que vemos que la toma de decisiones que realiza un sujeto está influenciada por la emoción y los sentimientos, ya que si solamente interviniera la razón se haría un análisis infinito de las múltiples

posibilidades, al no tener marcadores somáticos (emocionales) que señalen preferencias.

Ahora los inconvenientes que me pregunto se presentan: con el avance de la tecnología hoy en día cuando hablamos de técnicas invasivas ¿a qué nos referimos en realidad? Sería claro pensar en una cirugía, un tratamiento de quimioterapia; pero qué pasa cuando la oferta de tratamientos se va incrementando cada vez más; se presentan cirugías estéticas, plásticas, en métodos la colocación de un Anticonceptivo vía subcutánea, en la “voluntariedad o no” de un tratamiento ¿Existe un protocolo de qué se entiende por tratamiento invasivo? ¿Contamos con los comités de ética en las instituciones?

Si bien puede tomar decisiones sobre los tratamientos (derecho personalísimo), ello no significa que tenga capacidad para realizar el contrato médico (derecho patrimonial).

Existencia de conflicto: interés superior del niño sobre la base de la opinión médica: se judicializa la decisión y debe basarse en tres pilares: escuchar al niño, el interés superior del mismo y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto. A partir de los 16 años, ¿se considera mayor de edad para otorgar directivas anticipadas?

Si bien pensaríamos en una visión ideal, pero, así como desde el punto de vista legal pudo reversese y cambiar un modelo verticalista y añejo; y teniendo en cuenta este movimiento incesante que se presenta en nuestra sociedad de acuerdo a la realidad que vivimos y los diversos factores que influyen culturales, sociales, religiosos, biológicos, psicológicos, etc. Sería factible y beneficioso pensar en una ley más integral, desde el punto de vista jurídico y biopsicosocial donde realmente además de establecer estas pautas se tengan en cuenta las diversas implicancias que esta ley alcanza. Y puedan incluirse comités éticos con el fin de evaluar y establecer protocolos. Hoy en día todo caso debe ser evaluado minuciosamente para poder discernir de qué hablamos cuando hablamos de menor adulto”.

Al profundizar más en el tema e ir tomando las diferentes visiones de acuerdo a las áreas intervinientes son más las puertas que se abren a los interrogantes que respuestas aclaratorias.

10-Bibliografía:

- Políticas públicas en Salud Mental: De un paradigma tutelar a uno de derechos humanos; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Julio de 2013, www.derhuman.jus.gob.ar
- Dra. B. Ogando Diaz y C. García Perez Consentimiento informado y capacidad de decidir del menor maduro
- Lorenzetti Ricardo L Código Civil y Comercial de la Nación, tomo IV Arts. 594-723 Edit. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.
- Dra. Alina Mercedes Macías Gelabert¹ Revista Cubana de Pediatría v.78 n.1 Ciudad de la Habana ene.-mar. 2006, Cuba.
- Bonnet Lecciones de Medicina Legal” Cap. 28: pág. 209-212, Edit. Libreros López 4ta. Edición 1984, Bs. As.
- Patito José A. Medicina Legal Libro XV Psiquiatría Médico Legal, Págs. 333-344 2000, Edit. Centro Norte Bs. As.

- M. Sanchez Jacob “El menor maduro” Boletín de Pediatría; 45: Págs.156-160, 2005
- Prof. Sergio Mora Gutiérrez Educación y Neurociencias, “El Desarrollo y Maduración del Cerebro Adolescente” agosto de 2014, Facultad de Medicina, Universidad de Chile.
- Sacanell Enrique, “La Danza del cambio”, febrero de 2017 Bs. As.
- Dra. María Luisa Poch Olivé “Neurobiología del Desarrollo Temprano” Hospital San Millán Logroño, Contextos Educativos 4 (2001), Págs. 79-94
- Damasio, A. R. (2010) Y el cerebro creó al hombre. Barcelona: Ediciones Destino.
- Damasio, A. R. “El error de descartes”. 1ra Edición 1996, Edit. Andrés Bello, Chile
- John Oates, Annette Karmiloff Smith “El Cerebro en desarrollo” La primera Infancia en Perspectiva, The Open University 2012, Reino Unido.
- Sebastián Uribe, Natalia Henao “La Inteligencia Emocional en la Toma de Decisiones”
- Goleman, D. (1998). La práctica de la inteligencia emocional. Barcelona: Kairós. S.A.
- Dr. Omar J. Ipar Clínica Psiquiátrica Págs. 7-14, Edit. Europa 1967, Bs. As.
- Dr. Hugo Marietán Semiología Psiquiátrica Págs. 33-59, Edit. Ananké 1998, Bs. As.