

Unidad 3. Cuestiones en la adolescencia

Marta Sánchez Jacob: Pediatra. CS La Victoria. Valladolid. España.

INTRODUCCIÓN

Se pretende afrontar en la práctica clínica cuando un menor puede tomar decisiones autónomas, teniendo en cuenta el desarrollo de la competencia del menor y el régimen jurídico que le ampara.

CONCEPTO DEL MENOR MADURO

Al ser la infancia una etapa en dependencia de terceros la relación clínica es triangular y con matices especiales que obligan al profesional a velar siempre por el mejor interés del menor.

En la toma de decisiones compartida a veces surgen conflictos cuando la decisión del profesional no coincide con la de los padres o el menor y viceversa. En estos casos interesa saber hasta qué punto el adolescente tiene madurez suficiente y es competente para tomar una decisión, de la misma forma que se debe asegurar la competencia en el mayor de edad.

Es un hecho bien demostrado que la adolescencia comienza cada vez a una edad más temprana, y que según la Ley de Protección del menor, “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos”. Por eso la doctrina del menor maduro consiste en reconocer capacidad de obrar suficiente, tan pronto como sea posible, sin esperar a que cumplan los 18 años como exige la mayoría de edad. Y ello puede suceder entre los 14-18 años. En atribuir capacidad de obrar a los menores según su grado de madurez, sobre todo teniendo en cuenta que menor maduro, lo consideramos en el ámbito sanitario, en la franja de los 12-15 años.

La Constitución Española establece la mayoría de edad a los 18 años, pero el Código Civil reconoce otras situaciones en las que los menores pueden tomar decisiones en ámbitos jurídicos.

Pero la ley que regala sin más la mayoría de edad a los 18 años deja un gran vacío entre los 14 y 18 años en cada caso concreto.

Aunque la formulación teórica del concepto de menor maduro es clara, la posibilidad de aplicarlo en la práctica clínica es muy compleja, y dar el paso de la retórica a la práctica precisa más estudios por parte de la psicología. Además, existen profesionales y familias con cierta reticencia a aumentar la participación de los adolescentes y a dotarles de independencia. Prueba de ello es la actualidad de la noticia que se expone al final de la unidad como ejemplo práctico: “la des-consideración del menor en la opinión pública”.

CAPACIDAD Y COMPETENCIA

Para poder interpretar la teoría del menor maduro debemos conocer conceptos como Capacidad, competencia, madurez, asentimiento, autonomía o emancipación.

Significado de la terminología

En el ámbito de la salud, cualquier decisión requiere que la persona sea autónoma, es decir, que esté libre de coacción y que tenga capacidad “suficiente” para tomar decisiones personales.

Existe cierta confusión terminológica con respecto a los términos ingleses de “capacity” y “competency” que tienen una traducción cruzada.

Existen tres tipos de capacidad:

- Capacidad jurídica. Por el simple hecho de nacer, la persona es titular de derechos y obligaciones. Es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos. El concepto de capacidad jurídica es coincidente con el de personalidad; y de este modo, toda persona, por el hecho del nacimiento con los requisitos previstos en el artículo 30 del Código Civil, tendrá capacidad jurídica.
- Capacidad de obrar, legal. de derecho. Se utiliza en el ámbito jurídico. Es la capacidad de realizar con eficacia una serie de derechos y asumir obligaciones. Se precisan unas determinadas aptitudes cognoscitivo-volitivas y también físicas. El niño pequeño no la ha adquirido y puede desaparecer en los adultos una vez adquirida (demencias, enfermedades psiquiátricas graves). Por ejemplo, una persona con Alzheimer avanzado puede obtener la incapacitación judicial pues carece de capacidad legal o de derecho. Es la aptitud para el ejercicio de los derechos de los que se es titular. La capacidad de obrar no la tiene toda persona, sino que depende de la situación personal de cada uno. Este tipo de capacidad es sinónimo de competencia y es la que nos interesa en el ámbito de la Bioética y la que se precisa para consentir.
- Capacidad de obrar natural o de hecho. Reconocimiento a una persona de unas aptitudes psicológicas adecuadas para tomar, en un momento concreto, una decisión determinada.

En el caso del menor las capacidades intelectuales deben adquirirse en su proceso madurativo, y en el caso del adulto pueden deteriorarse en el proceso involutivo o bien por cualquier tipo de enfermedad. Este tipo de capacidad es sinónimo de competencia y es la que se precisa para consentir. Así pues, el menor tiene capacidad de obrar de derecho, aunque no es plena. Es la que nos interesa en el ámbito de la Bioética.

La competencia es la capacidad de obrar (natural o de hecho de hecho) de una persona para comprender la situación y tomar decisiones personales. Siempre es una capacidad “suficiente” en relación con una situación concreta.

Implica:

- Comprender la situación médica.
- Entender las alternativas de tratamiento y sus consecuencias.
- Discernir la decisión.
- Recordar la decisión tomada.
- Comunicarla a las personas implicadas.

Puede valorarse en distintos grados, según la complejidad de la decisión a tomar. Es muy diferente valorar la competencia para un trasplante de órganos hematopoyéticos, para un tratamiento

sustitutivo con GH, o para determinar si se quiere un determinado medicamento en cápsulas o sobres.

Valoración de la competencia del menor

La valoración de la competencia del menor es un tema muy complejo y muy poco ejercitado en la práctica. Corresponde siempre al profesional, contando siempre que sea posible con la familia. Se puede afirmar, sin riesgo a equivocarnos que esta competencia, que corresponde a todo pediatra, no aparece en ningún currículo de formación y que debe incluirse de forma activa en nuestra formación.

El desarrollo de la madurez del menor es un proceso en el que intervienen factores, como la maduración del juicio moral, el desarrollo cognitivo, la afectividad, la motivación y los factores contextuales o situacionales en los que se toma la decisión. Dada esta complejidad, no está de más decir que dicha valoración es un juicio deliberativo y prudencial.

Es un proceso, es dinámico con avances y retrocesos. Precisa que las capacidades latentes del niño puedan expresarse en interacción con su ambiente. Por ello un ambiente maduro favorecerá la madurez y viceversa.

Precisa de una valoración sistemática de tres puntos fundamentales:

- Valoración del grado de madurez del menor en concreto.
- Valoración de la gravedad de la decisión.
- Tener en cuenta las circunstancias y contexto en el que se toma la decisión.

Valoración del grado de madurez del menor en concreto

Se requiere una madurez cognitiva, una madurez psico-emocional y una madurez moral, pero por razones de espacio nos centraremos en la madurez moral, que es la que determina la capacidad de tomar decisiones en función de unos principios y una escala de valores personales.

Los pioneros del estudio del razonamiento moral fueron Piaget y Kohlberg.

Piaget distingue dos fases: la moral heterónoma y la moral autónoma.

El paso de la moral heterónoma a la autónoma se sitúa entre los 11-12 años.

Kohlberg es quien desarrolla una teoría más extensa y completa y distingue tres niveles y tres estadios:

- Nivel preconvencional: hasta aproximadamente los 9 años.
- Nivel convencional: en la que se encuentran la mayoría de los adolescentes y adultos.
- Nivel posconvencional: solo una minoría de adultos y mayores de 25 años.

Un modo sencillo de profundizar en los estudios de Piaget y Kohlberg se encuentra en estas páginas de Psicología.

Valoración de la gravedad de la decisión

Las decisiones sanitarias dependen del riesgo/beneficio y de la proporcionalidad de la decisión. La escala que habitualmente se utiliza para ello es la escala de Drane: a mayor gravedad de la decisión, se debe exigir un mayor nivel de competencia.

Circunstancias y contexto en el que se toma la decisión

Entre ellos hay factores que van a depender del niño, otros que dependen de la familia y otro depender de la situación en concreto (decisión urgente, relación de confianza o presión asistencial).

El asentimiento

El asentimiento busca el acuerdo positivo del niño, en función de lo que es capaz de comprender en cada decisión. Sirve para hacer partícipe al niño sin capacidad suficiente para consentir.

La AAP ya en el año 1995 reconoce que pedir el asentimiento reconoce la dignidad y estatus moral del niño y en el año 2008 destaca que:

- Ayuda a conseguir una conciencia adecuada de la situación.
- Revela al niño lo que se espera con los test diagnósticos y de tratamiento.
- Evalúa los conocimientos del niño y los factores que influyen en su respuesta.
- Exige que el niño exprese de la voluntariedad del niño para aceptar el cuidado propuesto.

Marco legal del menor

En general solo nos acordamos de la Ley, cuando se nos plantea un conflicto ético que puede tener consecuencias legales y queremos seguridad jurídica.

El ordenamiento jurídico conjuga a la vez la necesidad de protección del menor y el respeto a sus derechos. Es cierto que con el tiempo se ha ido delimitando lo que supone “el mejor interés del menor” y se le ha ido otorgando un mayor protagonismo superando el modelo paternalista. Sin embargo, a partir del 2015, a nivel legislativo se han perdido algunos de los derechos conseguidos.

El Código Civil. Muchos de los aspectos con gran fundamento bioético y que afectan a la autonomía, confidencialidad y derechos del menor están presentes en el código civil. Conviene recordar:

- La patria potestad exceptúa los derechos de personalidad y el estado de emancipación.
- Los derechos de personalidad o “actos personalísimos”, son los que pertenecen a áreas íntimas de la personalidad y que el menor puede realizar sin la representación de los padres, de acuerdo con su madurez. Es decir, el derecho a determinar lo que cada uno desea hacer con su propia vida. Incluyen los derechos a la integridad física y a la salud a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad (importante la sexualidad).
- “Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten” (art. 154).
- El Código solo plantea supuestos concretos en que se permite la actuación de los menores que tengan una cierta edad:

- A partir de los 12 años ha de prestar su consentimiento para ser acogido por otra familia o para ser adoptado.
- Desde los 14 años puede contraer matrimonio con dispensa de edad.
- A los 16 años ha de consentir en salir de la minoría de edad y emanciparse.

Parece un contrasentido que un menor de edad puede realizar actos de gran responsabilidad que implican una gran madurez y que exijamos al mismo una competencia determinada en el ámbito de la salud. En el Código civil en ningún momento se hace constar que para realizar dichos actos haya que valorar la madurez.

En materia sanitaria tenemos ciertos reparos en otorgar la madurez. y nos cuesta reconocer que Gran parte de la dificultad está más vinculada con un conflicto de valores que con la gravedad de la decisión. Y en este sentido nuestros problemas suelen aparecer en la esfera de la sexualidad, la posibilidad del aborto o el rechazo a un tratamiento eficaz por parte de un menor, entre otros.

Diego Gracia, menciona sin cesar que “la madurez de una persona, sea esta mayor o menor de edad, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar

las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje. El error clásico ha sido considerar inmaduro o incapaz a todo el que tenía un sistema de valores distinto del nuestro”.

En sanidad, la Ley básica de autonomía del paciente (en adelante LBAP) regula la capacidad de obrar el menor en función de su edad y de su madurez con un criterio mixto. Dicha Ley ha sido modificada tras la entrada en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

El Art 9 es el que atañe al consentimiento por representación en el menor de edad.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

Y dice “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos”:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

En la Ley entra en juego los concepto de “grave riesgo” y el del “mejor interés”, que están sujetos a una gran variabilidad en su interpretación. de ahí que la Ley haya sido catalogada de confusa, ambigua y de difícil interpretación

A efectos prácticos:

- Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. Recuerda
- Se requiere que la capacidad no esté modificada judicialmente y que el menor sea capaz intelectual ni y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.
- Cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión de este.
- Los ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida precisan la mayoría de edad y se rigen por disposiciones especiales.

El apartado 5 del Art. 9 se refiere a la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. Estos supuestos se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

El consentimiento por representación deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. En caso contrario debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, salvo en caso de urgencia. Para profundizar en este tema se aconseja leer “Reflexiones del Comité de Bioética de la AEP sobre el rechazo de tratamientos vitales y no vitales en el menor”.

LA “DES-CONSIDERACIÓN” DEL MENOR EN LA OPINIÓN PÚBLICA. PROPOSICIÓN NO DE LEY DEL GOBIERNO CANARIO

Puesto que la píldora del día después no precisa dispensación desde 2009, tiene un precio asequible y existe en muchos centros como medicación de urgencias, la prescripción no plantea problemas en Atención Primaria, si acaso en los centros de planificación familiar.

Así pues, y dada la coincidencia en el tiempo, nos hemos decidido a considerar la interpretación de la proposición no de Ley del Gobierno Canario, sobre consumo de drogas en adolescentes el 28 de noviembre de 2018. Se propone en la revisión de los 14 años por el pediatra, la inclusión de una analítica de orina realizar en la revisión de los 14 años, un análisis de orina para la detección precoz del consumo de tóxicos. Añade que dicha prueba se realizaría con el consentimiento informado expreso de los padres del menor. Posteriormente se incorporan dos enmiendas: que sea “por solicitud expresa” de los padres y que se oferte información y asesoramiento oral a los padres, en caso de que los resultados sean positivos.

La reacción a tan inapropiada propuesta no se ha hecho esperar con una contundente respuesta por parte de pediatras y juristas canarios, afirmando que supone una intromisión en la intimidad de los menores y que no se respetan los derechos del niño.

Las reflexiones que desde el punto de vista bioético se pueden hacer son las siguientes:

- ¿A quién le compete la prevención en el abuso de drogas en el sistema sanitario? A los profesionales. No es competencia ni de los padres ni de los parlamentarios. La indicación de una analítica se realiza bajo el criterio médico. Por otra parte, en ninguna revisión del programa de salud infantil se realizan analíticas rutinarias.
- ¿Cuáles son los derechos de los menores? Los menores de edad son titulares de derechos fundamentales, entre ellos los derechos de personalidad que atañen a áreas íntimas de la personalidad como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor y a la intimidad, entre los que se incluyen el derecho a la salud y la información sanitaria.
- Los menores tienen derecho a ser informados de todo sea cual sea su edad, a expresar su opinión, a ser escuchados y a prestar su asentimiento y consentimiento si es posible.

- A los 14 años cualquier adolescente sabe lo que es el consumo de drogas y no hacerles partícipes sería restarles autonomía.
- La LBAP Ley básica de autonomía del paciente especifica que no se puede hacer ninguna intervención sin informar al paciente y no distingue entre menores y mayores. El menor emancipado y el menor mayor de dieciséis, tienen reconocida capacidad legal para decidir. En cuanto al menor de dieciséis con suficiente madurez, puede actuar de forma autónoma en base a su capacidad natural de obrar.
- Si un chico de 14 años puede hacer testamento, no tiene sentido que se le imponga la realización de una analítica sin su consentimiento. Además, una prueba aislada, sin haber hablado sobre sus hábitos con él y la familia no aporta nada. Y en caso de que fuera positiva, debería ofrecerse recursos., lo que no siempre es posible, sobre todo si el chico se niega a reconocerlo y aceptarlo.

PUNTOS CLAVE

- La doctrina del menor maduro consiste en reconocer capacidad de obrar suficiente, tan pronto como sea posible, sin esperar a que cumplan la mayoría de edad.
- Tanto en Derecho como en Medicina, la capacidad de las personas condiciona la eficacia y validez de sus actos y decisiones.
- La capacidad de obrar de hecho es la que nos interesa y la que se precisa para consentir.
- La valoración de la competencia corresponde siempre al profesional.
- Un ambiente maduro favorecerá la madurez del menor.
- De forma muy general, se puede decir que las decisiones fáciles se pueden tomar a los 12 años, las de tipo medio entre los 12 y 18 años y las difíciles a partir de la mayoría de edad.
- Los derechos de personalidad son los que pertenecen a áreas íntimas de la personalidad y que el menor puede realizar sin la representación de los padres, de acuerdo con su madurez.
- Es un contrasentido que un menor de edad puede realizar actos de gran responsabilidad y que exijamos al mismo una competencia determinada en el ámbito de la salud. En el Código Civil en ningún momento se hace constar que para realizar dichos actos haya que valorar la madurez.
- Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años con una capacidad intelectual suficiente, no cabe prestar el consentimiento por representación.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil. En: Boletín Oficial del Estado [en línea]. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=34&modo=1¬a=0> [consultado el 24/04/2019].
- Committee on Bioethics. Informed consent, parental permission, and assent in pediatric practice. *Pediatrics*. 1995;95:314-7.
- Control de drogas a adolescentes: ¿prevención o intromisión? En: El País [en línea]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/01/20/actualidad/1548009428_181523.html [consultado el 24/04/2019].
- Espejo M, Miquel E, Esquerda M, Pifarré J. Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de competencia de Lleida. *Med Clin (Barc)*. 2011;136:26-30.

- Esquerda M, Miquel E. El consentimiento informado del menor de edad: evaluación de la competencia para decidir sobre su salud. En: de los Reyes M, Sánchez-Jacob M (eds.). Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla La Mancha; 2010. p. 367-73.
- Esquerda M, Nolla C. La toma de decisiones y el proceso de información en niños y adolescentes. [Bioética & Debat. 2017;23:9-13.](#)
- Esquerda M, Pifarré J. La valoración de la competencia en el menor; el salto de la teoría a la práctica. En: De la Torre J (ed.). Adolescencia, menor maduro y bioética. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas; 2011. p. 63-78.
- Gracia D. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. En: Gracia D, Júdez J (eds). Ética en la práctica clínica. Madrid: Fundación Ciencia de la Salud, Triacastela; 2004. p. 127-60.
- Martínez González C. Consentimiento informado en menores. Bol Pediatr. 2009;49:303-6.
- Mercurio M, Adam M, Forman EN, Ladd RE, Ross LF, Silber TJ. American Academy of Pediatrics Policy Statements on Bioethics: Summaries and Commentaries: Part 1. [Pediatrics in Review. 2008;29:6-8.](#)
- Proposición no de Ley. El Parlamento canario aprueba una iniciativa para hacer análisis de drogas a los menores de 14 años. Detección precoz del consumo de sustancias de abuso en las analíticas de sangre y orina en las revisiones periódicas de Pediatría de los 14 años. En: El País [en línea]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/01/17/actualidad/1547722407_141015.html [consultado el 24/04/2019].
- Sánchez Jacob M, Comité de Bioética de la AEP. Aspectos éticos y jurídicos del menor maduro. En: Continuum [en línea]. Disponible en: https://continuum.aeped.es/courses/info/292#.XMApf6RS_IU [consultado el 24/04/2019].
- Sánchez Jacob M, Tasso M, Martínez C, de Montalvo F, Riaño I, Comité de Bioética de la AEP, et al. Reflexiones del Comité de Bioética de la AEP sobre el rechazo de tratamientos vitales y no vitales en el menor. [An Pediatr \(Barc\). 2017;87:175.](#)
- Training and sustaining a global pediatric workforce. En: Global Pediatric Education Consortium [en línea]. Disponible en: <http://globalpediatrics.org/curriculumdraftreview.html> [consultado el 24/04/2019].