



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

Tesina de la carrera de Derecho
“El Secreto Médico en Adolescentes”

FRANCISCA ANDREA CARVAJAL NADEAU
GUILLERMO ALEJANDRO URRUTIA MARÍN

Profesor Guía: ARMANDO GUZMAN

Noviembre de 2011

Tabla de contenido:

Portada	1
Tabla de contenido	2
Abstract	5
Palabras claves	5
I. Introducción	6
II. El secreto:	9
1. Extensión:	9
1.1. Temporalmente.	9
1.2. Cuantitativamente:	9
1.2.1. El Hecho Público y notorio.	10
1.2.2. Los equipos multidisciplinares.	11
2. Fundamentación:	11
2.1. Moral:	11
2.1.1. Histórica.	12
2.1.2. Protección de la Intimidad y la Honra.	12
2.1.3. Los Derechos Fundamentales.	13
2.2. Sanitaria:	15
2.2.1. Penalmente.	16
2.2.2. Civilmente.	16
2.2.3. Protección a la vida privada.	17
3. Causales de Excepción:	17
3.1. Bien Común:	18
3.1.1. Excepciones de orden sanitario.	18
3.1.2. Excepciones de orden judicial.	19
3.2. Bien del paciente:	19
3.2.1. La representación.	20
III. Menor Adulto – Menor Maduro:	23
1. Aproximación al sujeto de estudio.	23
2. La adolescencia.	24
3. Titularidad de derechos:	25

3.1. Constitucional.	25
3.2. Sanitaria.	26
3.3. Internacional.	26
4. Autonomía:	27
4.1. Interés superior del hijo.	27
4.2 . La familia.	28
5. Autonomía en el adolescente:	29
5.1. En el Derecho Civil.	29
5.2. En el Derecho de Familia.	31
5.3. Orientación y prestación en materia de fertilidad.	31
5.4 Proyecciones y consensos.	33
6. La Madurez:	34
6.1. Capacidad y Madurez.	34
6.2. Doctrina del Menor Maduro.	37
6.3. Conflictividad de los Derechos del Menor Maduro.	37
6.4. Imprecisiones sociales respecto al Menor Maduro:	39
6.4.1. Las creencias sobre la madurez psicológica.	39
6.4.2. Las percepciones sobre la adolescencia en general.	41
IV. Necesidad de Reglamentación:	42
1. Sistemas en el Derecho Comparado de Evaluación de la Capacidad:	42
1.1 Valoración Médica de la Madurez:	44
1.1.1. Criterios:	44
1.1.1.1. Criterios Cognoscitivos de Comprensión.	44
1.1.1.2. Criterios generales para la valoración de la capacidad.	45
1.1.2. Responsabilidad que cabe al médico.	45
1.1.3. Fundamentos.	46
1.1.4 Criticas.	46
1.2. Valoración de la Madurez efectuada por Padres o Representantes Legales del Adolescente:	46
1.2.1. Criterios.	47

1.2.2. Responsabilidad.	47
1.2.3. Fundamento.	47
1.2.4. Críticas.	48
1.3. Valoración Legal de la Madurez: Madurez Tarifada:	49
1.3.1. Criterio.	49
1.3.2. Responsabilidad.	49
1.3.3. Fundamento.	49
1.3.4. Crítica.	49
1.3.5. Casos ejemplares:	50
1.3.5.1 Legislación española. Ley 41/2002	50
1.3.5.2 Caso Chileno.	50
1.3.5.3 Otros Casos ejemplares.	51
1.4. Valoración Judicial de la Capacidad Sanitaria:	51
1.4.1. Criterios de evaluación.	51
2. Riesgos operativos de de la Evaluación de la Capacidad: Problema de la Incerteza.	52
2.1. Incerteza en el Sujeto Activo (El Menor).	52
2.2. Incerteza en el Sujeto Pasivo (El Facultativo).	53
3. Casos de Conflictividad Importantes.	54
3.1. La sexualidad.	54
3.2. La Psiquiatría.	55
3.3. La alimentación.	56
3.4. Investigación clínica.	57
3.5. Fichas clínicas.	58
4. Propuesta de método de evaluación sistémica de la capacidad.	58
4.1. La madurez como estándar objetivo.	59
4.2. La entrevista como momento de definición de la evaluación de madurez.	60
4.3. El Facultativo como sujeto responsable de la evaluación.	60
4.4. El Soporte Multidisciplinario en los criterios evaluativos.	61
V. Conclusiones.	64
VI. Referencias bibliográficas.	67
VII. Anexos:	73

ABSTRACT

El criterio cronológico de la ley que divide entre menores y mayores de edad a las personas, resulta insuficiente para determinar en qué casos asiste el derecho a confidencialidad médica a un paciente que vive la adolescencia. Los distintos grados de madurez y necesidad de resguardo de su intimidad crean la necesidad de que los facultativos cuenten con estándares objetivos, a partir de los cuales, decidir cuando el secreto médico debe estar blindado, y cuando debe ceder atendiendo el bien superior del menor que invoque el representante de éste, o el mismo médico tratante. La presente tesina pretende certificar la necesidad de regular un vacío que hoy se completa dependiendo sólo del criterio del facultativo, y sugerir estándares que puedan sostener con mayor imparcialidad y objetividad la decisión de éste.

The chronological criterion of the law which divides between children under legal age and older people, is insufficient to determine in which cases the right to of medical confidentiality to a patient living adolescence. The different degrees of maturity and need to guard their privacy creates the need for physicians have objective standards, from which to decide when medical confidentiality should be shielded, and when to give up the sensitive and confidential information serving the best interests of minor that the representative asks foror the same physician will ask . This thesis aims to certify the need to regulate a vacuum that is completed depending only on the physician's discretion, and suggest standards that can support greater independence and objectivity with his decision.

PALABRAS CLAVES

Secreto Médico/ 2. Capacidad/ 3. Consentimiento/ 4. Representante Legal/ 5. Menor Maduro.

KEY WORDS

1. Medical Secret / 2.Capacity/ 3. Consent/ 4. Legal representative/ 5. Mature Minor.

I. INTRODUCCIÓN

La intimidad es delicada por definición, es un espacio propio que se resguarda del entorno, tanto por decisión consciente como por instinto o reflejo, ya que en ella se guardan los aspectos que desnudan con mayor elocuencia nuestras vulnerabilidades ante el resto. Es por lo anterior, por el enorme riesgo que nos significa la vulnerabilidad ante otro, que confiar se vuelve algo tan complejo y decisivo.

La intervención médica, cuyos deslindes van desde la entrevista diagnóstica, el eventual tratamiento del paciente, hasta llegar incluso al alta, y su consecuencial cuidado posterior de la información, implica un elemento exógeno e invasivo a la normalidad de la vida del paciente, el cual acude en función de la calidad profesional del facultativo a forzosamente “confiar”, ya que en gran medida, sólo a través de dicha confianza y la entrega de veracidad en el contenido de sus padecimientos y circunstancias contextuales e históricas a estos, podrá obtener aquello que en teoría y en norma es un derecho: el restablecimiento de su salud¹.

Una vez comprendida la trascendencia médica- sanitaria de aquella confianza debida al facultativo, podemos comprender el blindaje normativo que tiene dicha información², y aún más, que: “el elemento confianza es un requisito “sine qua non” en el ejercicio de la medicina” (Giudice, 1963: p. 37), y que dicha confianza médico- paciente es una relación bilateral que vincula, a través del deber de custodia del secreto médico a ambos, por una proyección indefinida de tiempo, durante el cual siempre se va a entender que el paciente es propietario de su confesión³, y el facultativo: custodio⁴.

El tema problemático que nos hace cuestionar tanto el modo operativo en que los facultativos han resuelto los conflictos, tanto como el marco legal que ampara por omisión de criterios

¹ Véase Artículo 19 N° 9 Inc. Primero CPR.

² El Delito de “Violación de Secretos” del Artículo 247 del Código Penal, y la calificación de “Dato Sensible” de la Ley de Protección a la Información, en concordancia y guiados por el “Respeto a la Vida Privada y a la honra de la persona” del Artículo 19 N° 9 de la CPR configuran nacionalmente la base del aludido “blindaje”

³ Ley 19628 Artículo 2 letra ñ) Titular de los datos, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.

⁴ Artículo 11.- El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.

objetivos a los mismos, es el hecho, que no obstante el paciente sea el titular del dato objetivo del secreto, en instancias de ser adolescente, debe tolerar pasivamente que el deber de custodia de su secreto, sea definido como deber propiamente tal, a juicio casuístico del propio facultativo.

¿Cuándo el facultativo pone su juicio a determinar si debe o no debe respeto al sentido estricto del secreto médico para con su paciente? Cuando bajo la definición de la norma civil, el adolescente es menor de edad⁵, y no obstante ser “adulto”⁶ y hábil para ciertos respectos normativos⁷ es un “incapaz relativo”, lo que implica que deba actuar representado como norma general.

¿Por qué es el juicio del facultativo, y no el criterio legal el que defina cuando un menor adulto tiene derecho a confidencialidad? Sin perjuicio que en zonas específicas del ámbito médico si exista un criterio legal⁸, es en la práctica médica, donde atendido el contacto directo de la relación médico- paciente, se genera una doctrina biomédica que atiende a un criterio peligrosamente ambiguo: “la madurez”.

La doctrina del menor maduro se utiliza para dar derecho a la confidencialidad y el consentimiento informado, entre otros aspectos de la participación activa en el tratamiento de la salud propia, a un menor de edad que ya tiene ciertas condiciones o características, que bajo la apreciación del facultativo, “determinen una capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona”. (Beltrán, 2006: p. 9).

No solamente nos parece peligrosa la determinación casuística y no asistida de criterios que debe enfrentar el facultativo al determinar cuándo hay o no hay madurez, si no que adelantamos el error conceptual que existe en doctrina al entender que en un plano teórico “se le reconoce la titularidad de derechos a los menores y su capacidad para ejercerlos siempre que gocen de madurez suficiente” (Ogando, 2007: p. 878), ya que indiscutiblemente la capacidad de ejercicio es la

⁵ El Artículo 26 del Código Civil establece la mayoría de edad a los dieciocho años

⁶ El mismo artículo señala como adulto al que ha dejado de ser impúber, esto es: varón de más de catorce, y mujer de más de doce años.

⁷ Véase artículo 1447 Inc. Tercero Código Civil, Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil, y Nueva Ley de Matrimonio Civil.

⁸ Existe un criterio cronológico en el Artículo 2 de la Ley 20.418 sobre Información, orientación y prestaciones en materia de la fertilidad.

efectividad y vida de un derecho propio, pero obstar la titularidad de un derecho fundante de la relación médico paciente como es el secreto médico, estimamos no sólo puede dar origen a conflictos, si no que escapa a la conceptualización más moderna respecto a los menores, tanto a nivel doctrinario como de legislación internacional, donde se da cuenta que no son “objetos de protección jurídica”, si no que titulares y sujetos de derecho propiamente tal⁹.

Para el análisis de la problemática enunciada hay que determinar claramente la titularidad de los derechos que poseen los menores, la posición jurídica que implica la adolescencia, (conceptualmente menor adulto nos estrecha a la nacional) y el rol que juega el facultativo en la determinación de la aludida “madurez”, para así obtener la faz positiva y negativa de la alusión práctica y doctrinaria que se le ha dado a la indeterminación, a la cual adelantaremos una propuesta de solución normativa, contrastando en dicho proceso algunos otros sistemas adoptados por el derecho y la práctica internacional.

Estimamos que el facultativo requiere el auxilio de criterios legales de determinación de la madurez, los cuales blinden de certeza a la decisión casuística, la cual corre el riesgo de ser parcial, y cuya garantía única es creer en la buena gestión y criterio del médico tratante, el que más que un respaldo a su misión, tiene un peso y riesgo mayor para accionar en la defensa de la salud, sumándole consecuencias penales y civiles eventuales derivadas de posibles acciones del menor¹⁰.

⁹ En ese sentido Ver: Declaración Universal de Derechos del Niño. , y la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes Artículo 15 y 25, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa Artículo 10.

¹⁰ Véase en Artículo 54 letra c) Nuevo Código Procesal Penal, Artículos 1558 y 2329 Código Civil, Responsabilidad Civil Médica)

II. EL SECRETO

“No divulgues la conversación que has oído, revelando el secreto, y no tendrás que avergonzarte; antes bien hallarás gracia delante de todos los hombres”

Dos son los presupuestos que dan origen a la confianza que el paciente le otorgará al médico que lo asista: primero: el crédito que le da a la formación profesional del facultativo, a partir de la cual cree y juzga a priori, que la asistencia profesional médica contará con la idoneidad requerida para la recuperación de la salud, y segundo: la garantía de que la información entregada por el paciente voluntaria e involuntariamente a su médico en aras de complementar la inspección diagnóstica de éste último, está resguardada por el secreto profesional de su oyente.

“El Secreto médico es una sub especie del secreto profesional y sujeto a tutela legal” (Adriasola, 2008, p 117), lo que implica que independiente de sus fuentes, su importancia es tal que el ordenamiento jurídico estima que debe custodiarlo. Sin perjuicio de la delimitación legal estrictamente nacional, consideramos que es importante a modo amplio y en forma previa a asumir la problemática del mismo, exponer: su extensión, su fundamentación, y sus causales de excepción.

1. Extensión: La obligación de custodiar el contenido de lo expuesto y de lo percibido por el facultativo de su paciente abarca:

1.1. Temporalmente: desde la primera entrevista, en donde se establece el vínculo asistencial entre médico y paciente, hasta incluso un lapso posterior a la muerte del paciente, el cual seguirá asistido del cuidado a su honra que impliquen sus datos y confesiones.

1.2 Cuantitativamente: Es deber custodiar todo lo aprehendido de la exposición voluntaria o involuntaria del paciente, así como los resultados y análisis que se hagan de su cuerpo y psiqué, lo que conformará en su conjunto un historial a reducir bajo la forma de “ficha clínica”¹¹. Toda la información a la que hacemos referencia debe haberse incorporado al facultativo en el ejercicio lícito de su profesión,¹² lo que se desprende de lo anteriormente dicho respecto a que el paciente

¹¹ Véase Código de Ética Colegio Médico de Chile Artículo. 30 Inciso 1 parte final: “Este deber se extiende a todos aquellos documentos en que se registren datos clínicos, diagnósticos, terapéuticos y pronósticos”

¹² Véase artículo 247 Código Penal Inciso Final: “Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.”

confía “en razón de” la profesión del médico, y un ejercicio profesional implica un comportamiento que se legitime en cuanto a la legalidad de su ejercicio en primer término, y luego su acoto a la moral y la buena praxis.¹³

Entonces, surgiendo de la práctica profesional el contenido del secreto, deja de importar la manera en que se toma conocimiento, y resulta relevante cosificar el “quantum” de aquello que teóricamente es todo, y aquí queremos hacer la prevención respecto a dos continentes de datos disímiles:

1.2.1. El Hecho Público y Notorio: Al que estimamos el médico no está obligado a custodiar, ya que su misma naturaleza lo ha hecho de dominio general. Aquí fundándonos en aquella máxima que reza que “a nadie puede obligársele al imposible”, no podemos exigir una conducta de cuidado y de responsabilidad respecto a consecuencias ya dadas, o que son inevitables.

De todas formas es conveniente precisar que un hecho público es distinto de ser “persona pública”, y aquí ha existido una trivialización del contenido de la relación clínica del paciente sujeta a resguardo por parte de facultativos, a los cuales de común observamos dando información a la prensa sobre aquellos pacientes que gozan de popularidad, fama o función social mediática¹⁴. Por lo anterior estimamos que lo descrito anterior debiera ser una situación restrictivamente excepcional¹⁵.

Respecto a la revelación del secreto hecha por el propio depositario de la información, en dicho caso no hay una exoneración tácita de la obligación en cuanto la revelación se mantenga en el fuero íntimo del círculo familiar o de confianza del titular, pero si ya el conocimiento es masivo y se configura el público conocimiento, el médico estaría exonerado de su deber.¹⁶

¹³Véase Código de Ética Colegio Médico de Chile. Artículo 7: “El médico, tanto en su ejercicio profesional como en su vida pública, debe observar un comportamiento acorde con la moral, el decoro y el prestigio de la medicina”

¹⁴ A propósito de dicho conflicto ver: Verdu, Pascual. (2005) “El Secreto Médico: Normas y usos”. Comares. 2ª edición. España.

¹⁵ En el mismo sentido: IARABURU, Marga (2006).

¹⁶ Es difundida en los textos de doctrina, una jurisprudencia anecdótica respecto al tenor italiano Enrico Caruso (1873-1921), quién demandó a su médico tratante en una operación a las cuerdas vocales por el daño que produjo la publicidad del hecho, lo que fue desestimado por el Tribunal de Milano considerando que “la violación de secreto no existe cuando el secreto falla”.

Por último, y ante el desarrollo de sistemas de información globales, interconectados y de respuesta inmediata que usan como plataforma a la Internet, es poco verosímil cuestionar a un médico, que previa publicación del estado de salud hecha por el propio paciente, concurra a explicar sus causas y consecuencias. Sin lugar a dudas, la información en términos generales está disponible para todos, pero respecto a la situación médica particular y específica del paciente, “sólo el paciente, en su calidad de dueño del dato autoriza la divulgación total o parcial de los datos” (Foyo, 2010: p. 14), por lo tanto el médico solamente puede hacer divulgación de su propio patrimonio, es decir: el contenido general de su arte o saber.

1.2.2. Los equipos multidisciplinarios: La especialización ocupacional de la medicina, la tecnificación de los equipos con que se trabajan, y el desarrollo de funciones asistenciales y o complementarias a las del médico, han obligado a los facultativos al trabajo en equipo, en donde no sólo comparten responsabilidades, si no que frecuentemente: información.

La doctrina y jurisprudencia internacional emanada de “L` Ordre des Médecins” francesa, elaboró una modalidad del secreto denominada: “Secreto Compartido”, la cual es parte de aquellas ocasiones en que se relativiza el rigor del secreto, y en este caso, con el propósito de ampliar el deber de custodia de la información constitutiva del secreto a todo aquel funcionario del área médica, a quien se le haya hecho participe de ésta, con el propósito del trabajo colaborativo (foyo, 2010: p.3), el cual siempre estimamos debe ser rigurosamente en aras del restablecimiento de la salud del paciente, y no meramente parte de la relación habitual de colegas.

2. Fundamentación: El fundamento de su existencia es un vector importante a la hora del análisis de la excepción que relativiza su función atendido ciertos aspectos, es así como queremos exponer los dos ejes que estimamos nutren la razón de ser del secreto médico, y que necesariamente en la práctica tienen aflicción conjunta y combinada.

2.1 Moral: La debida protección que brinda el facultativo al secreto confesado directa o indirectamente por su paciente, es un imperativo de orden moral, que indica que a determinada conducta del paciente, el facultativo efectuó un determinado deber de cuidado o custodia en función de un “valor a proteger” (Pacheco, 1990: 43-44) el cual estimamos que es la “confianza”, la cual en su aspecto más propio del tema es la: “confidencialidad”.

Desde la perspectiva moral ya aludida, el derecho actualmente se sostiene aludiendo a tres fuentes:

2.1.1. Histórica: Tanto el texto citado del Libro del Eclesiastés , el Juramento hipocrático¹⁷, nos enseñan una larga tradición y arraigo en el pensamiento moral social respecto a la idea de la confidencialidad, y más aún en el último texto y su actualización efectuada por la Declaración de Ginebra¹⁸, respecto a la confidencialidad profesional.

Esta norma moral ya arraigada se constituye como costumbre, y desde ella se compila en los códigos de ética profesional como paso previo a ser establecida por el legislador como una norma jurídica, claro que siempre compartiendo la misma finalidad de resguardo del valor ya aludido, y una forma similar de argumentarla, en cuanto a que en todas sus formas es una directriz para la vida diaria del facultativo y la sociedad, lo que implica un razonamiento práctico. (Squella, 2008: p.454-456)

2.1.2. Protección de la Intimidad y la Honra: *La intimidad*, que como enunciamos previamente, implica una zona de resguardo personal a través de la cual protegemos de toda mirada externa nuestras más profundas emociones, pensamientos, hechos y características, las que pasan a descansar en un fuero que implica que sea jurídicamente y socialmente relevante sólo nuestro actuar externo, y *la Honra*, cuya idea descansa en el crédito que se tenga de la dignidad por parte del propio sujeto y de sus pares, se constituyen como fundamento del “deber de confidencialidad”, en cuanto a que son límites que resguardan la dignidad de la persona humana, la que emana de su razón y libre voluntad que determinan que tenga un “fin propio”(Pacheco, 1990: p.154) independiente de lo que la sociedad u otro individuo pretenda.

En Chile el Estado está al servicio de la persona humana, y su carta constitucional asegura en primer lugar de su catálogo de derechos: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, en total concordancia con la definición de la Organización Mundial de la Salud que define a la salud tomando en cuenta tanto lo físico como lo mental.¹⁹ Es dicha concordancia la que permite

¹⁷ “Guardaré silencio sobre todo aquellos que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas”

¹⁸ Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente.

¹⁹ “ Estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades ligeras, fuertes o graves”

señalar la importancia sanitaria que tiene la sensación de certeza que podamos tener respecto de nuestro fuero íntimo, y el rol que tiene el Estado en cuanto a la manera que implemente de proteger la honra de los individuos, ya que como interpretamos: sólo la vida íntegra en su faz física y psíquica es una vida saludable.

La intimidad y la honra con su relevancia para la salud y dignidad del ser humano, es el fundamento del imperativo que se hace al facultativo de custodiar el secreto. Dicho imperativo es la implementación de una tutela finalista del actuar humano, en función del valor de la confidencialidad, y de la evitación de los posibles efectos dañosos que provengan de su vulneración; Todo lo anterior, independiente de su positivación, que implicando el acuerdo social en torno a los valores aludidos, esencialmente reviste de coercibilidad a una norma de conducta que inicialmente sólo apremiaba internamente al infractor con el peso de la coacción ética.

El dato confiado es, atendido lo anterior: personal y delicado, puesto que de él depende el respeto a la dignidad y salud en términos de integridad de la vida humana. Es aquí donde toma sentido dado la función profesional del facultativo, y que entendamos que “el médico no sólo está obligado a guardar silencio sino también a ejercer una defensa pro activa del secreto del que es depositario” (Adriasola, 2008: p. 213) con lo que el fundamento se robustece además de con el fundamento normativo moral que prescribe para proteger el valor de la confidencialidad, con un fundamento normativo ético de tipo corporativo, al incorporar una acción impuesta como parte de una buena praxis en un funcionario cuya función principal es resguardar la vida. (Squella, 1998: p. 48)

2.1.3. Los Derechos Fundamentales: Entendiendo primeramente que tales derechos han pasado por largos procesos históricos a través de los cuales se les ha reconocido, ampliado en su catálogo, y especificado en su contenido, son esencialmente: “derechos naturales”, prerrogativas inherentes a la dignidad humana, anteriores, y por tanto superiores a los distintos ordenamientos jurídicos dotados de realidad histórica, (Squella, 1998, p 48) entenderemos que lo fundamental en resguardo es al igual que lo señalado en el Art 1 de la Constitución chilena: la persona humana y su dignidad.

En consideración al tema, y siguiendo la carta de ruta que nos señala la “Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948”, señalaremos aquellos derechos de carácter “fundamental”, y que sirven de motivo y argumento al secreto médico, entendiendo que ellos se

desglosan a partir del “Derecho a la Vida”, por lo cual no nos referiremos a éste si no como fundante de los siguientes, los que esencialmente son:

“El Derecho a la Intimidad y la Honra”²⁰, lo que recibe eco en numerosas normas internacionales²¹ y nacionales²², siendo en nuestro país el Art. 19 N° 4²³ el que estatuye estos derechos, contando además con el resguardo de la acción de protección en caso de actos y omisiones ilegales o arbitrarias que pudiesen afectarlo. (Verdugo, Pfeffer, 2002: p.252)

“El Derecho a la Integridad Física y Psíquica”: A lo que no redundaremos por estar ya tratado, pero que tiene consagración constitucional en el Art. 19 N° 1, y amplio tratamiento internacional²⁴, que reconoce como un todo integro a la faz física y mental del sujeto, digno y propio en cuanto a persona.

“La Libertad de Conciencia”²⁵: propia de la autodeterminación que desarrolla el sujeto dotado de razón y voluntad, y que es resguardada por los instrumentos internacionales²⁶ y por la carta constitucional nacional en su Art. 19 N° 6 que señala no sólo la libertad a nivel interno, si no que el derecho a la manifestación externa de la convicción adquirida.

Aquí tenemos un terreno fértil de potenciales vulneraciones que deben entenderse desde dos perspectivas:, primero: que la libertad es individual y absoluta, y que por lo mismo no tiene que estar en concordancia con el seno familiar o con el representante que tutele nuestros derechos

²⁰ Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

²¹ Artículo. 17 Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 15 Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes; Artículo 16 Convención de Derechos del Niño.

²² En especial referencia citamos la Ley 19.628 sobre “Protección de la Vida Privada”

²³ Constitución Política de la República de Chile. Artículo 19 N° 4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

²⁴ Cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos de 1969) da tratamiento en su Artículo 5 en extenso a la “Integridad Personal”

²⁵ Artículo 19 N° 6 Constitución Política de la República: “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”

²⁶ Artículo 12 Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 18 Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

en periodos de incapacidad, y segundo: que la facultad de manifestarse libremente tiene su anverso en la facultad de libremente callar, es decir: la omisión es la cauterización de nuestro pensamiento, credo o convicción. Es deber del facultativo resguardar dicha libertad en los términos amplios que cada individuo y titular de su dato estime, sin importar que a criterio del médico no haya vulneración posible mediante la revelación más leve del contenido de lo dicho..

En resumen, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como las réplicas y especializaciones temáticas y regionales que de ésta existen, constituyen un consenso ideológico respecto a valorizar ciertos aspectos y respetos de la persona humana, y que a partir del tratamiento que cada legislación particular le da en aplicación de los mismos principios, (y en particular los derechos señalados) tendremos normas jurídicas que le den la efectividad que carecería en la actualidad una norma meramente moral como aquella que inculca al facultativo a la custodia activa del dato confiado.

2.2 Sanitaria: Desde el punto de vista propiamente de la salud, y el restablecimiento de ésta para con un paciente determinado, el secreto debemos verlo ya no como “prenda de confianza” que vincula al sujeto vulnerable que revela sus intimidades al profesional médico, si no que como “garantía de eficacia” de la buena praxis que ejecute el facultativo para con el paciente a partir del dato entregado.

“La problemática del secreto se vincula no sólo a exigencias que el paciente pueda formular sino también a garantizar un vínculo más eficaz y una empatía que favorezca la relación médico paciente” (Foyo, 2010: p. 4) Y en efecto, al inicio ya de la relación médica, el tener por establecido como presupuesto de ésta, el hecho de la confidencialidad que obliga al facultativo, permite que el paciente pueda exponer con seguridad, una mayor y amplia gama de datos, sin disimulo o cautelas, lo que decantará en un dato con “mayor validez” para cotejar con la inspección diagnóstica y arribar a un resultado con mayor probabilidad de acierto.

La confidencialidad es un “elemento de la práctica profesional”, y como tal, tiene regulación normativa desde los actos corporativos con que se norman los propios facultativos a través de sus códigos de ética y protocolos como también desde el legislador, quien regla el secreto médico desde distintas áreas, constituyendo lo que denominamos en la introducción a este trabajo como: “Blindaje Normativo”.

La razón del “Blindaje Normativo” que goza la obligación de guardar secreto es la expresión de la importancia pública que tiene que a través de la certeza de su existencia y obligatoriedad, pueda el secreto efectivamente ser “garantía de eficacia” de la buena praxis en el proceso sanitario, y en razón de ello lo expondremos sucintamente a modo de entenderlo en sus diferentes aristas que refuerzan sistémicamente su fundamento:

2.2.1. Penalmente: El Artículo 247 del Código Penal consagra y sanciona el delito de “Violación de Secretos”, el que en su segundo inciso homologa la sanción de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a diez U.T.M. a “los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

Del artículo señalado extraeremos que hay una sanción adicional para el profesional respecto de los empleados públicos, (de quienes trata el primer inciso) ya que no se exige como requisito el “perjuicio”, si no que basta la sola revelación, lo que implica un supuesto de responsabilidad objetiva. De esta forma el delito se configura cuando concurren dos requisitos copulativo (Giudice, 1963: p. 23-30): 1. Que el depositario del secreto sea un profesional. 2. Que el secreto sea confiado en razón de dicha profesión.

Atendiendo la calificación de las acciones que hace el Título III del Nuevo Código Procesal Penal, este delito por el Artículo 54 es de “acción pública previa instancia particular”, y cabe señalar que el mismo cuerpo normativo en su artículo 303 da como contrapartida al deber de guardar secreto: “La facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto”, lo que ayuda a mantener la confidencialidad del médico inclusive estando en instancias de declarar en un proceso penal, pero “únicamente en lo que se refiere a dicho secreto”, y siempre que el depositante de la confesión no lo releve del deber de cautelarla.

2.2.2. Civilmente: Sin perjuicio de que la relación facultativo-paciente pueda ser vista desde la óptica de la responsabilidad contractual, o que puedan atacarse el perjuicio moral desde una perspectiva extracontractual, nos parece interesante, para recrear la condición en que el paciente expone su secreto al médico, asistimos de aquello que se denomina “Depósito Necesario”, y que según el artículo 2236 del Código Civil tiene lugar “cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante”. Si bien, atendiendo a que la definición del artículo 2215 que al definir “depósito propiamente tal” lo hace en función de la entrega de una “cosa corporal

mueble”, lo que escapa de la naturaleza del dato narrado, es bueno entender que civilmente se le dio una perspectiva distinta al deber de cuidado²⁷ de algo que se ha entregado sin las condiciones deliberativas respecto de la capacidad y celo en el cuidado que tendría el depositario, y que entendemos es exactamente el estado en que se encuentra un paciente que acude coaccionado por su estado de salud a buscar el restablecimiento de ésta.

2.2.3. Protección a la Vida Privada: La ley 19.628 robustece el carácter de los datos personales que el médico recibe del paciente, otorgándoles el carácter de “dato sensible”²⁸, y consecuentemente su estatuto, que implica: 1) el deber de secreto por el artículo 7, 2) La excepcionalidad del tratamiento (artículo 10, 3) La titularidad en el artículo 2 letra ñ) para el depositante, y 4) La responsabilidad del depositario del secreto y de quien almacene el dato, lo que es muy relevante a propósito de las fichas e historial clínico.

En razón de ésta última ley, y del resguardo al honor, intimidad, y a la dignidad de la persona que tratamos a propósito del fundamento moral del secreto y los derechos fundamentales, es que se afirma que en Chile “todos los datos e informaciones relativos a la “vida sanitaria” de una persona, sus enfermedades, tratamientos, relaciones clínicas, fichas, etc, son “reforzadamente privados” (Díaz de Valdés, 2010, p 277). Dicha idea radica en la amplitud del dato confiado y el almacenamiento de ellos, pero insistimos en que más allá de la privacidad y titularidad que tenga la confidencia, lo que tenemos es un “blindaje normativo” que tiene razones de orden público sanitario para su implementación, y no meramente privatistas, lo que se verá con mayor explicitud al tratar las excepciones que existen hoy a la confidencialidad debida.

3. Causales de Excepción: La confidencialidad del contenido de la declaración del paciente no implica petrificar el secreto ante toda circunstancia, que era lo que antiguamente se denominaba: “Secreto médico absoluto” (Giudice, 1963: p. 36-38), si no que se entiende que dentro de la confianza dada al profesional, éste estará obligado a resguardarla siempre y cuando no haya “justa causa de hablar” (Foyo, 2010: p.3) lo que implica a determinar dichas “justas causas”

²⁷ Concretamente el Artículo 2237 amplía la libertad probatoria, y el 2238 extiende la responsabilidad del depositario hasta la culpa leve.

²⁸ Artículo 2 letra g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

tipificándolas como causales de excepción que configuren al “Secreto médico relativo” al que se adscribe doctrinaria y legislativamente en la actualidad.

El artículo 38 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile señala: “Excepcionalmente, y después de una debida deliberación, el médico podrá develar información sobre su paciente, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de enfermedades de declaración obligatoria; b) Cuando así lo ordenen los Tribunales de Justicia; c) Cuando sea necesario para las certificaciones de nacimientos o defunciones; d) Cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros, y e) Cuando la revelación de datos confidenciales sea necesaria para su defensa, ante tribunales ordinarios, administrativos o gremiales, en juicios provocados por el paciente.”

A juicio de los autores es innecesario referirnos al punto c) puesto que dicha información es propia de un rol estadístico administrativo de orden público, y la vida y la muerte son hechos de los cuales el ordenamiento en pleno requiere su noticia; pero respecto al resto, consideramos que las causales de excepción se fundan en dos ideas: El Bien Común y el Bien del Paciente, siendo el último el punto de mayor conflictividad a través de la “representación”.

3.1. Bien Común: La colisión de intereses legítimos entre la propiedad que tendría el titular del dato sensible confiado en secreto al médico tratante, y la eventual lesión que pudiese ocurrir a un número indeterminado de personas, hace que ponderar en función de evitar el daño mayor, probablemente derive en una violación del secreto. Sin perjuicio de que esto debe estar sujeto a un análisis casuístico al ponderar la situación concreta, lo cierto es que el legislador ha establecido ciertas circunstancias, a partir de las cuales la norma legal “legítima” la violación de aquel secreto que normalmente sanciona. Estas principalmente son:

3.1.1. Excepciones de Orden Sanitario: Nuestra normativa contempla: “Enfermedades transmisibles de declaración obligatorias”, las que están enumeradas según el tipo de notificación al que obligan al facultativo según criterios médicos sanitarios de urgencia atendida la enfermedad. Dichas enfermedades relevan al facultativo desde su sola sospecha diagnóstica cuando fueren “de declaración inmediata” atendido el reglamento sobre notificaciones de las mismas²⁹, lo que precisa

²⁹ Reglamento sobre notificación de enfermedades transmisibles de Declaración Obligatoria. Decreto 158 del año 2004. Ver artículos 1, 2 y 3.

el marco general que da el Código Sanitario al obligar al facultativo ante la sospecha de una enfermedad de este tipo sin distinguir.³⁰ Sin lugar a dudas se está resguardando el bien común, susceptible de verse afectado ante la transmisión de enfermedades que son calificadas de peligrosas por un criterio médico de tipo técnico, y sujeto a revisión y actualizaciones vía reglamento, lo que constituye un aval de legitimidad del fundamento sanitario e imparcialidad en la medida normada, a lo que no efectuamos ninguna observación.

3.1.2. Excepciones de Orden Judicial: El libro III del Código Penal sanciona en su artículo 494 número 12 a: “El médico, cirujano, farmacéutico, matrona o cualquiera otro que, llamado en clase de perito o testigo, se negare a practicar una operación propia de su profesión u oficio o a prestar una declaración requerida por la autoridad judicial, en los casos y en la forma que determine el Código de Procedimientos y sin perjuicio de los apremios legales”. Podemos concluir de la norma que existe una obligación de declarar en el facultativo llamado a dicho efecto, y que puede apremiársele para ello, pero cabe señalar que dicho artículo trata “De las faltas”, las que sanciona con multas de 1 a 4 U.T.M, lo que es inferior a la de 6 a 10 U.T.M con que el artículo 247 grava la “violación de secretos”, sancionada como delito junto con pena de presidio. Además del juego ponderativo a realizar por el facultativo que se ubique entre ambas normas, existe la ya comentada “facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto” del artículo 303 del Código Procesal Penal, la que lo auxilia a favor del secreto, reduciendo a márgenes muy calificados y atendidos a la naturaleza del proceso judicial, la eventualidad de declarar violando la confidencialidad médica.

3.2 Bien del Paciente: A este punto se refiere el Código de Ética en sus puntos d) y e), los que implican un análisis del facultativo sobre las eventuales consecuencias de la revelación del secreto, las que se le representarían como un “mal menor”. Podemos decir que:

d) *“Cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros”:* Excluyendo la alusión a terceros (que podría subsumirse en el punto anterior), el perjuicio grave para el paciente es un potencial daño sujeto a análisis de probabilidad, en el cual, y sin perjuicio de que finalmente no ocurra el daño, y que tal vez nunca hubo de ocurrir, entendemos que existen patologías y aflicciones de orden psiquiátrico, alimenticio, reumatológico, entre otras, cuya

³⁰ Artículo 20 Inc. 1 Código Sanitario: “Todo médico- cirujano que asista a una persona que padezca de una enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria, comunicará por escrito el diagnóstico cierto o probable a la autoridad sanitaria más próxima.”

naturaleza implica oscilación entre los estados de equilibrio y desequilibrio del paciente, y una latente incertidumbre que requiere atención y apoyo, el que con toda certeza debe provenir de terceros a los cuales corresponde advertir e instruir a fin de prevenir eventuales daños. Siempre y cuando el análisis de probabilidad del daño exista y tenga fundamento médico y no moral o ideológica, la estimamos una causal justificada y legítima de excepción al secreto.

e) *“Cuando la revelación de datos confidenciales sea necesaria para su defensa, ante tribunales ordinarios, administrativos o gremiales, en juicios provocados por el paciente.”*: Aquí estimamos que no existe análisis médico alguno, y aún más, la sola enunciación de la causal corporativa genera una disposición a efectuar un bien a través de la revelación del secreto dadas las circunstancias de defensa procesal señaladas. Dicha disposición o ánimo puede convertirse en tendencia y costumbre de arraigarse como una acción positiva a realizar.

Consideramos que el paciente adulto y con plenas facultades mentales, cuenta con la posibilidad de “relevar” al facultativo de su deber de custodia del secreto, atendido el artículo 303 inciso segundo del Código Procesal Penal³¹ y puede llamarlo a testificar de propia iniciativa a un juicio, debiendo él ponderar si le es favorable dicha declaración, y en el hecho de serla, si “a su antojo” desea verse favorecido.

Es en aquellos pacientes que no pueden actuar válidamente por sí mismos, sea por edad, sea por incapacidad psiquiátrica o psicológica, es acorde al encabezado, determinante el análisis del facultativo respecto a la conveniencia de su declaración revelativa en juicio, ya que se entiende que existe una función tutelar de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí, pero aún así nos parece peligroso, ya que la conveniencia en la causal debe ser materia no de análisis médico, si no de uno circunstancial de tipo personal que debe llevar a cabo el propio paciente, y en el caso del párrafo en desarrollo: su representante.

3.2.1 La Representación: El artículo 1447 del Código Civil da cuenta de tipos de incapacidades, siendo la “Incapacidad Absoluta” aquella en que sólo puede actuarse representado, y en ella caben: Los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. El representante de los incapaces absolutos, suple con la suya, y bajo el mandato legal

³¹ “Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.”

de actuar a favor del representado, la voluntad que debiera manifestar el representado, y que para efectos legales es inexistente.

El artículo 43 del Código Civil señala que “Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”, y el artículo 340 del mismo cuerpo normativo señala que “las tutelas y curadurías generales se extienden no sólo a los bienes de la persona sino a la persona de los individuos sometidos a ella.” Con lo anterior entendemos que hay una voluntad que se manifiesta en suplencia de la que debiese corresponder al titular, la que se ejercerá acorde el criterio del titular de la representación, lo que en términos sanitarios tiene injerencia a propósito de la opinión moral y religiosa que pueda sobreponer a la de su representado.

Ahora bien, existen “Incapaces Relativos” cuyos actos “pueden tener valor” en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, y estos son: los menores adultos y los disipadores interdictos por prodigalidad. En ellos si existe una voluntad que si bien para el legislador puede ser imperfecta y requerir atención y asistencia, ya ha sido manifestada y seguirá manifestándose y conformando en el sujeto: opinión e identidad, la que puede colisionar perfectamente con la del representante, el que puede terminar actuando “para el representado”, y no “por el representado”.

Es probable que los supuestos de conflicto en el actuar se den a propósito de aquel tipo de representantes que cuentan con mayores facultades direccionales y mayor compromiso emocional con el representado, es decir: los padres.

El resguardo del secreto médico, sea que se haya entregado previa existencia de la incapacidad o durante ella, debe nacer de igual manera, y se entiende que el contexto de relación médico-paciente así lo permitió, ya que sin perjuicio de las consultas pediátricas, “Cualquiera que sea el marco legal o social, la intervención médica, es decir, el diagnóstico y el tratamiento de un paciente, se realiza a solas” (Díaz, 2007: p. 29).

Entendemos que si bien no existe una vulneración al secreto en el caso de la “incapacidad absoluta”, si, en el caso de los “incapaces relativos” existe una clara y latente posibilidad de contradicción a su voluntad de transmitirse a su representante el contenido de sus declaraciones, y atendida la naturaleza de las incapacidades, esta posibilidad de contradicción se manifiesta como problema médico propiamente tal en: “los menores adultos”.

El Artículo 222 del Código Civil, en su inciso segundo señala que: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.” ¿Cuál es la mayor realización espiritual? ¿Cómo se evalúa la evolución de las facultades? ¿Cómo el facultativo debe operar para compatibilizar el legítimo y legal interés del padre en procurar dicha realización espiritual y material con el legítimo y constitucional derecho del paciente menor adulto por autodeterminarse?.

“Son variados y complejos los secretos que conoce el médico en razón de su profesión, como diligente escrutador de nuestro físico, confidente voluntario o involuntario de nuestras miserias morales y analista de nuestra “psique” (Giudice, 1963: p. 21), es por ello que la excepción al secreto médico debe tener siempre un fundamento médico y un análisis casuístico detenido sobre la base de la posibilidad legal de hacer dicha excepción. Dicha variedad y complejidad del contenido del secreto es el “corpus” de nuestra intimidad e identidad, y toda vulneración a ello implicará consecuencias graves y significativas, aún cuando se hagan en función del “interés superior”: *del paciente* (Artículo 38 letras d y e del Código de Ética Médica) o *del hijo*. (Artículo 222 Código Civil).

III. MENOR ADULTO- MENOR MADURO

“La juventud anuncia al hombre como la mañana al día” .

1. Aproximación al Sujeto de Estudio: Nuestro sujeto de estudio y de análisis, “El Adolescente”, es en primer término un actor en tránsito, que a través del movimiento de permanente cambio, evolución y definición que va teniendo en sus componentes y características, va constituyéndose en un ser que proyecte y evalúe las consecuencias de sus decisiones de forma amplia, y que a través de ellas interactúe en sociedad con las responsabilidades que ello le implique, es aquello que denominamos: adultez.

Sin perjuicio de lo anterior, y entendiendo la diversidad casuística que existe en individuos, a los que en edades equivalentes les acaecen experiencias distintas, habitan realidades disímiles, y las asimilan según criterios propios y en desarrollo también variable; debemos indicar el hecho que, el proceso de internalización de hechos y actos externos surge de forma no espontánea en el adolescente, si no que, de forma sistémica y relacionada a su vida y realidad social.

Por su parte, nuestra legislación recoge el término: “Menor Adulto”, definido por la conjugación de los incisos de la norma del Artículo 26 del Código Civil³², a partir de la cual sería: *“El varón que ha cumplido los catorce años, y la mujer que ha cumplido los doce, hasta el cumplimiento de los dieciocho años”*. Dicho marco conceptual civil, con una clara base biológica en función del desarrollo psico-sexual y la aptitud para la procreación que tienen los individuos en comento, opta por un “criterio cronológico” como índice que los defina, lo que nos provee de certeza para efectos de nuestro estudio, en cuanto a quienes debiéramos observar en nuestro análisis, acotándolos según el criterio etario.

Ahora bien, estimamos necesario sin perjuicio de que la conflictividad esencial a la que pretendemos dar juicio y análisis, se suscribe preferentemente en el marco de la edad y sujeto recién citados, es decir: el “Menor Adulto” y sus limitaciones civiles para ejercer propiamente tal toda su libertad activa y pasiva de adulto deliberante en cuanto a las decisiones de índole sanitario, debemos obligadamente observar y referirnos a un todo más amplio, el que viene a ser el proceso de “la adolescencia”, ya que es dicha etapa la que el criterio legal cronológico estandariza para dar

³² Véase Artículo 26 Código Civil. Definiciones de: Infante, Impúber, Adulto, y por su parte: Mayor y Menor de Edad.

certeza, pero que en derecho comparado adopta y se regla de formas distintas y con diferentes límites y criterios que no debemos obviar, ya que esencialmente atienden al mismo problema: ¿Qué autoridad debe prevalecer como mandato para el facultativo? ¿La del menor adulto o de su representante?

2. La Adolescencia: La adolescencia sucede en la niñez, es una etapa que biológicamente transcurre por la pubertad hacia un desarrollo de madurez reproductiva y física que denominamos adultez, y que de modo gradual implica modificaciones internas desde la segunda década de la vida que se expresan en conductas que exteriorizan un tránsito más sutil, que es el paso de niño a joven desde el punto de vista psiquiátrico. (Céspedes, 2010: p. 209-211).

Acorde a lo anterior, tenemos que primeramente el adolescente es “niño”, y que como tal, históricamente su consideración tanto como sujeto de derecho, tanto como de objeto de tutela, cuidado y protección, ha pasado por diferentes etapas que han dado graduación acorde a su contexto histórico social al ámbito de autonomía que les corresponde como tal.

En la actualidad los respetos fundamentales que tenemos sobre los niños, se afianzan bajo el consenso que significa la “Convención sobre Derechos del Niño” de 1989, la cual entiende como niño en el artículo 1 a “todo ser humano menor de 18 años” salvo que la ley nacional establezca la mayoría de edad antes, caso que como conocemos, no es el de Chile, y que tiene su fundamentación en distintos textos y declaraciones que remontan la doctrina misma de los derechos del niño al Siglo XIX, y en el caso de nuestro país, a comienzos del Siglo XX.³³

Seguidamente consideraremos que el adolescente es “joven”, y entendemos como tal a “las personas entre los 15 y 24 años” de conformidad a la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes del año 2005, y que para efectos de su posible autodeterminación, ya desde el punto de vista meramente lingüístico, nos sugiere una posición mejorada de la sola consideración como niño, y a la que apuntaremos con mayor concordancia a la posición civil del ya citado “Menor Adulto”.

Los jóvenes conforman un sector social especial por factores psico-sociales, físicos y de identidad que “requieren una atención especial por tratarse de un periodo de la vida donde se forma

³³ Véase al respecto: ROJAS, Jorge (2007) “Los derechos del niño en Chile: Una aproximación histórica, 1910- 1930” en: Historia N° 40, Vol. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile.

y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro”³⁴, pero dicha atención especial debe tenerse en virtud no sólo de su eventual tránsito para el futuro, si no por aspectos particulares de índole socioeconómico y demográficos que le acontecen en la actualidad, y así es como según la CEPAL, “la mayoría de las personas pobres tienen menos de 30 años de edad” (Morlachetti, 2006: p. 2), y la curva demográfica, en íntima relación con los distintos momentos en que se emancipan los jóvenes acorde a su posición socioeconómica y familiar, termina descargando el peso de la reproducción biológica sobre los más pobres, con lo que se puede proyectar la intensificación del fenómeno, y de la vulnerabilidad del sector joven, además de por sus características propias de tal, por su contexto fáctico.

Ahora bien, la presentación multifactorial de la adolescencia, niñez y juventud tiene como propósito ilustrar y dar por sentado un hecho que si bien no es atacado en su fondo, si es solapado en sus efectos por criterios legales de certeza, que es “el hecho de que el proceso de maduración es relativo a la experiencia como fenómeno”, la que a través de la incorporación sensible al adolescente, le permite la adquisición de habilidades meta cognitivas y sociales que lo determinan: distinto, en distintos tiempos, y algo más complejo, probablemente con distinta “capacidad”, lo que tiene importancia esencial en el ámbito de la decisión sanitaria.

3. Titularidad de Derechos: Volviendo ya sobre la problemática del secreto médico, la relación médico- paciente, y la consecuente obligación dimanada de ésta, de resguardar activamente el contenido de la información depositada directa o indirectamente sobre el facultativo, y en virtud de su calidad de tal, y para el restablecimiento de la salud del paciente, entendemos que el paciente tiene la propiedad del dato confiado, y por ende, de todo derecho o prerrogativa que se derive de él.

Resulta relevante señalar que existe consenso tanto legislativo como doctrinal, y a nivel nacional como internacional, para entender que el joven y niño son titulares de su información, lo que tiene una triple fundamentación:

3.1. Constitucional: Aquí el imperativo finalista del Art.1 en cuanto a estar “al servicio de la persona humana”, hace extensivo el actuar todo el Estado, inclusive a la interpretación de sus normas, las que en este caso leerán la calidad de “persona igual” que tienen los menores en

³⁴ Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Preámbulo. Pp.7

conformidad al mismo artículo, a la que si bien podrán limitar bajo ciertos respetos en el ejercicio de los derechos que emanan de la titularidad misma, no podrán suponer la ausencia de esta, ya que privar al menor de dicha calidad sería una privación “arbitraria”, y por ende inconstitucional en conformidad al Art. 19 N° 2.

Todo lo anterior concretiza el cambio de paradigma internacional que ha ocurrido progresivamente, en donde los niños “pasaron de ser meros objetos de protección, a constituirse en verdaderos sujetos de derechos” (Díaz de Valdés, 2010: p. 279) al que ya tuvimos oportunidad de referirnos, pudiendo concluir que “en términos constitucionales, no se trata de un semi-adulto o de un futuro adulto: el niño es una persona a cabalidad a quien no falta nada, ni edad, ni discernimiento, ni madurez- para gozar de las prerrogativas de tal” (Fernández, 2002).

3.2 Sanitaria: Al comprender que el joven, adolescente o menor adulto, independiente del grado de madurez que manifieste y represente, es ya un ser dotado de capacidad cognoscitiva y voluntad respecto a si mismo, lo que implica que el aporte de su narración es vital para la entrevista diagnóstica, y que poner en entredicho la titularidad que tenga como sujeto de derechos, y por ende como protagonista de una relación médica sobre él mismo, sería un claro contra propósito que lo haría naturalmente desconfiar y alejarse del proceso médico.

3.3 Internacional: Sin ahondar en la multiplicidad de tratados ya aludidos y citados, la doctrina internacional ha buscado en los derechos humanos la fundamentación del robustecimiento de la jerarquía titular del paciente menor de edad, el cual proveyendo al facultativo de los contenidos de la confesión médica, y siendo parte de una relación de asistencia profesional, “tiene derecho a la intimidad y a que se mantenga la confidencialidad de las conversaciones mantenidas en el entorno profesional” (Observatori de Bioetica, 2002: p. 11).

En conclusión el menor de edad es, en cualquier y todo caso, paciente y titular de los derechos sanitarios, lo que implica que la confidencialidad médica le es debida naturalmente como consecuencia de ser el dueño del dato confiado, sin perjuicio de las excepciones ya tratadas. El problema es ahora por lo tanto, verificar con que holgura o permisión legal, el menor puede ejercer su hasta ahora “titularidad teórica”.

4. Autonomía: Volviendo a la legislación civil nacional, recordamos que el “Menor Adulto”, nuestro adolescente en comento, es por definición: un “Incapaz Relativo”³⁵, lo que implica que su actuación está sometida a respetos legales bajo los cuales: o actúa representado, o autorizado, o en propiedad.

La representación del menor la determina en primer término la ley también, ya que así como respecto a los bienes del menor existe la patria potestad en poder de los padres, son ellos mismos quienes a propósito de la persona de éste reciben un vector finalista para el ejercicio de su autoridad y crianza, que como carga propia e inherente al deber de respeto y obediencia que tiene por sobre sus hijos, indica el Código Civil en el Artículo 222, esto es: “El interés superior del hijo”.

4.1. Interés Superior del Hijo: Cuando hablamos de “interés”, se está estipulando que existe un criterio volitivo dirigiendo las acciones que se fundamenten sobre éste, y que dicho criterio al ser “superior”, se entiende pensado para un lapso superior al de la mera contingencia, y por lo tanto implica a lo menos en el plano teórico: un bienestar proyectable para el menor.

Dicho bienestar, está ligado a la ya aludida definición de la salud, en sus dos faces contempladas, es decir: física y psíquica, las que deben ser sopesadas en conformidad a criterios biológicos en cuanto a lo físico, y a morales y anímicos en cuanto a lo psíquico.

¿A quién corresponde evaluar y sopesar? Claramente toda persona tiene como desglose de sus libertades individuales la facultad de autodeterminarse, lo que implica definir su interés, pero el espíritu de la norma en comento pretende orientar a los padres en dicha ponderación, para lo cual “procurarán su mayor realización espiritual y material posible” lo que implica retomar nuevamente la idea de bienestar.

Para conseguir dicho interés superior, “lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.” Lo que significa propiamente tal la pérdida de autonomía real, ya que sin perjuicio de la salvedad legal sobre la evolución de las facultades, es claro que conforme a la función de paternalismo jurídico otorgada por vía legal a los padres, el óptimo de compromiso deseado con dicha función implica

³⁵ Véase Artículos: 26, 1447 y 1470 Código Civil.

una identificación de éstos con el propósito evolutivo y de crianza del menor, que no puede sustraerse del compromiso emocional propio y la distorsión sentimental que se produce, salvo heroicas excepciones, proyectándose esto en un sobretiempos la gestión tutelar; Es decir: se le pide ponderación objetiva a un juzgador emocionalmente implicado.

De igual manera que en la norma civil, a propósito de la legislación de familia en las normas de la Ley 19.447, y en particular en su Artículo 3 establece que: *“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”*. La diferencia entre ambas normas desde una perspectiva más procesal, es que:

1. El juzgador y actor en demanda del interés superior es distinto, siendo en la norma civil “el padre”, en teoría parcial, pero provisto de la más potente intermediación a la prueba misma de su decisión (los criterios, aspiraciones, personalidad, proyecciones y avance paulatino de la maduración decisoria del menor), y en la norma de familia “el juez”, en teoría objetivo, pero desprovisto de la inmediatez, debiendo informarse probablemente de relatos externos.
2. El menor en la primera norma ve resueltas decisiones que lo involucran sin réplica ni propiamente tal bilateralidad (inaudita altera pars), mientras que ante el Juez siempre podría recurrir, ya sea la presentación documental propia como a el auxilio de otros declarantes, pudiendo constituirse una bilateralidad en propiedad.

4.2. La Familia: Desde una perspectiva constitucionalista, a partir de la cual, el artículo anterior se lee en concordancia con que el Estado debe propender a la realización de “los grupos intermedios”, de los cuales la familia constituye “el núcleo fundamental”, y del cual son titulares los padres en primer término, y estando desprovisto de dicha misión cualquier otro representante legal del menor que no posea el vínculo familiar. (Díaz de Valdés, 2010, p18) La finalidad de la familia como grupo intermedio implica servir tanto de instancia reproductiva como de primera célula socializadora para las personas futuras que pasen a integrar al complejo social de la nación

Todo lo anterior tiene el propósito de asistir al menor en el ejercicio de sus derechos, lo que enfoca nítidamente la necesidad de incorporación paulatina a la sociedad responsable que requiere todo joven durante el proceso muchas veces zigzagueante que puede resultar la adolescencia. En ese sentido Fanlo nos dice que: “los niños no pueden abandonarse a sus propios derechos.”(2008:

p. 175) Pero sobre el campo de acción y problemáticas a las que se expone un adolescente, ¿No es acaso ya sobre lo dicho, más que un niño: un niño en tránsito, y por sobre esto: un joven propiamente? Entonces corresponde verificar las condiciones de comportamiento autónomo que tiene el adolescente.

5. Autonomía en el Adolescente:

5.1. En el Derecho Civil: Ceñido a nuestro sujeto de estudio, el texto del Artículo 222 del Código Civil comienza limitándolo al desarrollo de sus facultades según la apreciación prudencial que haga de ellas su padre o madre, tomando como objetivo de toda decisión y análisis su presunto “interés superior”.

Sin el propósito de ahondar en las facultades que tiene o no tiene el menor adulto por consideración legal, dentro del ámbito sanitario, éste ya desarrolla una intensa relación con el facultativo que lo tenga a cargo, sin perjuicio de la participación que tenga en dicho proceso el padre. De todas formas la sola interacción genera opinión en el menor, el que ya tendrá a lo menos un atisbo volitivo de aquel interés, hasta ahora supuesto por su representante o tutor.

¿Dónde ubicamos al secreto médico? En el comienzo de la relación médico- paciente, en donde el facultativo, de realizarse la consulta a solas, tendrá que someterse a las excepciones legales si quisiese violar el secreto confiado.

El problema acontece cuando producto de la co-asistencia de un padre a la consulta diagnóstica del menor, tenga o genere éste una opinión y posición distinta a la del paciente propiamente tal. Aquí es donde colisiona el mandato del Artículo 222 con la propiedad del dato sensible y la titularidad misma del derecho del menor, ya que: a) Si son encontradas o antagónicas ambas voluntades, necesariamente una se va a afectar sustantivamente al decidir conforme a la otra un tratamiento sanitario determinado. b) El solo hecho de participar de la gestión decisoria respecto del eventual tratamiento para restablecer la salud a un tercero, propiamente tal relativiza la confidencialidad y c) Queda a contar de este hecho, expuesta la relación médica a vivir todo conflicto volitivo imaginable entre paciente y padre, con el consecuente perjuicio para el labor del facultativo.

Si bien podemos dejar a salvo el “Deber de Confidencialidad” acorde a la normativa penal, y a las reglas corporativas de ética del propio personal de la salud, no es menos cierto que en la práctica, la carga de probar la va a tener el paciente perjudicado, y al momento de la deliberación que pueda hacer eventualmente el juez al que se le pida determinar la responsabilidad del facultativo en el perjuicio, considerará éste, tanto que la relación paciente-médico no era estrictamente hermética, como el hecho que por la intervención del tercero y responsable civil del menor, el médico, sin estar exonerado de su deber de custodiar el secreto, se entiende que perdió certeza al cómo de su manejo de la historia clínica, al tener que dar respuesta a un legítimo “derecho a la información” como presupuesto para una intervención médica válida. Todo ello complejiza la labor probatoria, la que ya de por sí es árida en su transitar producto de la cohesión corporativa del personal de la salud, y del antecedente fáctico de los “consentimientos informados”, y “cadenas de custodias” que se documenten respecto a la información del paciente.

Cabe señalar también que existe una norma que consideramos de relevancia en el ámbito civil, la cual constituye una “defensa del menor adulto” respecto de los actos de su curador. Dicha norma es el Artículo 441 del Código Civil, y consiste en la posibilidad de solicitar la intervención del “Defensor de Menores” para que este acuda al Juez, pero que tiene dos salvedades: la primera, que requiere como presupuesto de ejecución el “manifiesto perjuicio” causado por el accionar del curador, el que rara vez podría ser probado si es un tema de discrepancia privada entre paciente pupilo y su curador. Si bien puede existir el perjuicio, dado lo vulnerable de la época de vida que habita el adolescente, el carácter de “manifiesto” implicaría en el caso mismo estimaciones muy subjetivas, que el juez puede incluso ni siquiera considerar si el curador actúa motivadamente en pos del “interés superior del niño”. Y segundo: que desde la perspectiva constitucional ya citada, el mandato constitucional está dirigido a los padres y fundado en la función tutelar de la familia, excluyendo otros representantes del menor mismo.

De todas formas consideramos que el asidero normativo de dicha intervención está en la interpretación armónica de los artículos 438, 340 y 341 del Código Civil, los que respectivamente: le otorgan al curador las facultades que se tienen respecto del impúber para efectos de su educación y crianza, y que definen su extensión tanto a los bienes como a la persona del pupilo, es decir: legitiman la intervención del curador en aspectos personales o íntimos del paciente, siempre y cuando se cumpla con el mandato volitivo respecto a representar o asistir en conformidad al

“Interés Superior del Menor”, el cual como ya hemos señalado, nos parece de contornos claramente difusos, no pudiendo descartar que se produzcan entre curador y pupilo conflictos relativos a la confidencialidad médica.

5.2 En el Derecho de Familia: Las últimas adecuaciones en la legislación nacional, sin estar relacionadas directamente con la interpretación sanitaria, lo consideramos vaso comunicante a ella a través de la consideración social que vaya adquiriendo el menor gracias al estatus que le provea la costumbre. Al respecto queremos citar dos normas de la ley 19.947, a propósito de la capacidad matrimonial o “Ius Connubi”: a) que no pueden contraer matrimonio “*los menores de dieciséis años*”: Lo que sin perjuicio de las normas sobre el asenso debido, reconoce capacidad a parte de los “menores adultos”. (Art. 5 N° 2) y b) que no pueden contraer matrimonio “*los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio*” (Art. 5 N° 4).

Lo anterior significa que se deja de presumir de derecho la “Falta de Madurez” sustentándola en un criterio únicamente cronológico, para pasar a normarla como excepción autónoma a la capacidad, en conformidad al Derecho Canónico, y dando por establecida una máxima a nivel de normas de familia: se puede ser menor y ser maduro, y a su vez se puede ser adulto e inmaduro, y es en dicha consideración donde radica la incapacidad de uno u otro, no en la edad, si no que en “la madurez”.

5.3. Orientación y Prestaciones en Materia de Fertilidad: La nueva normativa respecto a este tema³⁶, toma posición respecto de la autonomía del adolescente con un criterio sobre el que volveremos luego, y que significa un avance legislativo en términos de dar certeza en una de las áreas conflictivas del secreto médico: la sexualidad.

El artículo 3 de dicha ley establece que “*Toda persona tiene derecho a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual*” con lo que le da especificidad y concreción a normas generales respecto a la confidencialidad que ya hemos citado.

³⁶ Ley 20.418 del año 2010 “Fija normas sobre orientación y prestaciones en materia de fertilidad”.

El artículo 2, tiene la norma esencial, que hemos querido citar luego de la anterior, ya que concretiza y zanja un núcleo conflictivo de raíz.

Primero consagrando la facultad decisoria en el paciente expresando que: *“Toda persona tiene derecho a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos, en la forma señalada en el artículo 4º”*. Aquí el “Interés Superior del Menor” no es un estándar a suponer, si no que es una decisión fáctica, parcial, y preferentemente informada que debe tomar el propio interesado en consideración a los aspectos relevantes de su formación valorativa, dejando de lado cualquier interpretación tutelar por parte del facultativo, padre o tutor.

Y segundo estableciendo un criterio cronológico para dar lugar a la intervención del padre, y únicamente para efectos de información a posteriori (Excepción a la Confidencialidad Médica), y no para solicitar su participación activa en el proceso sanitario. No lo hace parte ni del consentimiento informado, ni del historial clínico propiamente tal, sino de la solicitud puntual y específica que señala la norma en su inciso segundo: *“Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale.”*

La normativa recién señalada se propone ordenar la parte preventiva y operativa de la asistencia de la fertilidad en adolescentes, ya que consagra como vectores integrantes a la necesidad de informar a los pacientes, y en que excepción puntual y calificada a terceros, la autonomía plena decisoria del paciente en estas materias, y la confidencialidad exigible sobre las materias tratadas, con los consecuentes derechos que de estas emanan para los pacientes.

Es importante el poner a salvo la “Parte Preventiva” en términos de facilitar el acceso a la información al paciente, ya que “en efecto, la confidencialidad va a depender en buena medida de la posibilidad o no de que el menor preste por sí mismo el consentimiento informado al tratamiento o intervención médica” (De Lama Ayma, 2006: p. 4) Por lo tanto, además de la titularidad y la

autonomía, es necesario su ejercicio directo y sin intermediarios para no terminar dándole relevo al médico en su deber de custodiar el secreto.

Por otra parte, la virtud de este nuevo marco, es que se planifica en función de las vulnerabilidades sociales planteadas en la primera parte de éste capítulo, así tiene como fin, además de la reducción de la mortalidad materna e infantil (Objetivo Sanitario), el implementar una política pública de planificación que permita reducir el embarazo no planificado.³⁷ (Objetivo Social)

Lo hablado respecto de la inclinación del peso de la descarga demográfica en sectores socioeconómicos más vulnerables, los cuales adelantamos que su mayoría son jóvenes, se encamina hacia las soluciones sugeridas por Naciones Unidas desde mediados de la década de los noventa, y que implican medidas de planificación, información y confidencialidad a la población en edad fértil.³⁸

Así con ésta ley, lo habitual que son las restricciones que suelen enfrentar los jóvenes y en especial los adolescentes, originadas en la escasa autonomía que la sociedad suele darles en el ejercicio de sus derechos reproductivos (Morlachetti, 2006, p 2), se soluciona además la certeza operativa a los facultativos, lo que veremos a posteriori que es de gran importancia en la función pública de la salud, que requiere de certeza para dar claridad y efectividad al derecho a la información (Morlachetti, 2006, p 4), presupuesto de factibilidad para la relación de confianza médico–paciente.

5.4. Proyecciones y Consensos: Los Tratados³⁹ y las preparaciones doctrinales internacionales,⁴⁰ así como nacionales tienen en general directrices marcadas en cuanto a reconocer y asegurar la posición autónoma del paciente adolescente, y por ende reconocerle toda propiedad efectiva y

³⁷ Ver Historia de la Ley 20418. Mensaje del Ejecutivo a la Cámara de Diputados. Sesión 46 Año 2009.

³⁸ Véase Resolución S-21/2 de 1999 de la ONU: “Medidas claves para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo” (El Cairo 1994) Cap. IV: “Derechos de Procreación y Salud Reproductiva”

³⁹ Véase “Convención sobre Derechos del Niño”, “Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes”, “Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina”, entre otras.

⁴⁰ “Documento sobre Salud Sexual y Reproductiva en la Adolescencia” del Observatorio de Bioética de IDRET, España.- “Opinión de los estudiantes de medicina y enfermería sobre la autonomía de los adolescentes en los servicios de salud” preparado en apoyo de la Fundación de Protección de la Investigación de Sao Pablo, Brasil, etc.

susceptible de ejercerse sobre las consecuencias de su vida sanitaria, y para nuestro efecto reestudio, de la confidencialidad.

Consensos:

- a. La persona humana es titular de derechos cualquiera fuere la edad que posea.
- b. Toda paciente requiere información sobre su condición.
- c. Toda Intervención requiere consentimiento informado del paciente.
- d. Todo paciente puede prestar consentimiento, y atendidas las implicancias y evolución de su capacidad cognitiva, su legislación deberá darle efectividad a su manifestación.
- e. Todo paciente tiene voluntad, y en los casos calificados en que haya problemas para su expresión (incapacidades, minoridad, etc.), deberá ser asistido. Debe tomarse en consideración primero su voluntad (expresa o tácita), y luego la estimación subjetiva de bienestar que el auxiliante sugiera acorde al planteamiento médico que le sea informado como excepción.
- f. Todo paciente tiene derecho a confidencialidad médica, y sus limitaciones deben ser de derecho estricto.

Proyecciones:

- a. “Promover su autonomía personal sería la mejor manera de garantizar la protección de la infancia desde un punto de vista social y jurídico”. (Ogando, 2007: p. 887)
- b. Los facultativos deben operar con reglas claras y criterios inequívocos en lo posible, respecto de cómo y cuándo informar para resguardar acorde a buena praxis el contenido de la intimidad del sujeto.

6. La Madurez:

6.1. Capacidad y Madurez: Señalamos previamente que ni biológica ni socialmente la edad es lo que determina la habilidad o capacidad de un sujeto para decidir sobre su vida sanitaria, y por lo tanto le permite ejercer por si mismo las confianzas y créditos preferentemente inquebrantables que supone el secreto médico para con el facultativo, lo es “sin equa non”: “*La Madurez del Paciente*”.

Como ya hemos señalado, el adolescente es un ser humano que se define por el tránsito que efectúa entre edades, a través de las cuales completa su desarrollo psico- social mediante un

proceso de “Maduración”. Dicho proceso es una progresión de etapas sucesivas que van definiendo al individuo tanto física como intelectual y emocionalmente como tal, pasando para tal efecto por una “poda” de conexiones neuronales, que se sigue de series de recolectividad de las mismas, que estableciéndose en forma más sólida, dejan al cerebro en condiciones meta cognitivas de adaptarse al entorno social, autodeterminarse y autocontrolarse como individuo.

Para efectos médico legales la madurez es una medida con la que determinamos el momento variable y relativo en que se alcanza el estándar de capacidad requerido para consentir validamente una intervención o tratamiento respecto de si mismo. Dicha capacidad se presume de hecho adquirida cuando se alcanza la mayoría legal de edad, pero que puede excepcionarse a través de reglas de aplicación específica según la materia de que se trate. En nuestro país dicha especificación ocurre a propósito del matrimonio civil y la fertilidad, disminuyendo la presunción de capacidad de los dieciocho, a los dieciséis y catorce años respectivamente.

Existe doctrinalmente una tendencia a hacer casi sinónimas en esta materia los términos “capacidad” y “madurez”, pero no debemos olvidar que la madurez no es sino sólo el estándar con que para, ya sea el facultativo mismo en su praxis decisoria, o para el legislador desde su programación normativa, determinen si hay o no competencia en un determinado momento para un determinado sujeto, sin perjuicio que dicho estándar pueda o deba cambiar en un futuro. (No se puede cerrar el juicio a la tal vez hoy aventurera posibilidad de avances en psicología de la personalidad, biología, neurociencia o bioética, que modifiquen puntualmente el patrón definitorio de la madurez, o lisa y llanamente, prescindan de ella.)

“La capacidad o competencia se define como el lado operativo funcional de la autonomía moral.”(Ogando, 2007: p. 881) lo que implica toma de decisiones y externalización del contenido de las mismas, además de la evaluación de las consecuencias posibles que se originen como producto de ellas.

En el mismo sentido capacidad y competencia como “aquel estado psicológico empírico en que podemos afirmar que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, es decir, de su autonomía moral personal”. (Hermanz, 2008: p. 8)

Dado que ni la madurez ni la conciencia moral aparecen en un momento puntual, conforme a las teorías de Piaget y Kohlberg (Hermanz, 2008: p. 8), podemos desde la perspectiva

cognositivista de éste último, a lo menos suponer, que en la adolescencia de los individuos ya se alcanza un “nivel de principios auto aceptados” o “post convencional” (Dominguez, 2006, p.26-32) como lo denomina el autor, que ya implica la presencia de una escala de valores pre definida (no necesariamente definitiva), incorporada ya no por imitación, si no que habiendo pasado el cedazo del análisis propio, lo que por lo tanto significaría la existencia del criterio evaluativo de consecuencias que, debidamente informado, asemeja al estándar deseado de capacidad. De todas formas decir que se alcanza tal o cual competencia en la adolescencia, sigue siendo igualmente difuso, porque además de no considerar las capacidades intelectuales cuyo análisis es eminentemente casuístico, nos deriva o ubica en un lapso amplio, y que desde lo ya desarrollado en el trabajo, contempla con matices: niñez, pubertad y juventud.

De todas formas corresponde poner énfasis en que más allá de una precisión o imprecisión de índole doctrinal, en el hecho que por ser, ya sea la llegada de la autonomía moral, o de la madurez, o de la capacidad concretamente, un hecho indeterminable de forma general, debemos tratar de acercarla dentro ámbito sanitario a una parcela fáctica puntual, respecto de la cual podamos definir según la potencial decisión, un índice de capacidad concreto. Conforme a lo anterior, autores guían el criterio de medición, señalando que “atiende a la madurez real y comprobable de un paciente determinado en el contexto de la decisión concreta que debe adoptar” (Maglio, 2001, p.37) y dan pautas para estimar tales como verificar: 1.la comprensión, 2. la expresión de lo comprendido. 3. decisión fundamentada y 4. adecuación de la decisión a los criterios médicos o sociales (Hernanz, 2008: p. 8).

En línea equivalente a la adecuación fáctica o concreta que se haga del menor, es conveniente involucrar desde temprana edad a los menores a su tratamiento médico, sean o no propiamente y legalmente “capaces”, ya que la información respecto de su estado es parte inherente de su misma condición, y el menor a través de este proceso de retroalimentación o feed back que se de entre su médico, tutor y él, van a permitir generar o robustecer el mismo proceso de maduración que hemos aludido, y en dicho sentido ya existe base legislativa⁴¹, y claro enfoque doctrinal⁴². Todo ello redundando en la idea de valorar la información como patrimonio útil en la

⁴¹ Véase Artículo 6 nº 2 Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”; Artículo 154 Código Civil Español; Preámbulo Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor Española, etc.

⁴² En dicho sentido: BELTRÄN, ADRIASOLA, HERMANZ, DIAZ y OGANDO. En sentido contrario: BERSTEIN

conformación de la identidad, y se expresa en ideas tan simples como que un menor sin tener capacidad para optar en decisiones de trascendencia vital, pueda a lo menos desde pequeño, optar entre tomar una pastilla o un jarabe (Hernanz, 2008: p. 9), acercándolo ya a la relación de confianza médico- paciente sobre la que emergerán los pilares de la confidencialidad.

6.2. Doctrina del Menor Maduro: Desde la base de que el menor de edad es titular de los derechos sanitarios que emanan respecto de él, y que dicha fundamentación mira siempre los derechos humanos (Observatori de Bioetica, 2002: p. 5), y que dada la gama de latitudes que ofrece la adolescencia como etapa eminentemente dinámica, surge la necesidad de arribar a la certeza de la capacidad, no de la mano de la estandarización y su expresión de límites cronológicos etarios, si no que de la mano de un análisis casuístico que dilucide las competencias del sujeto, con su objeto y en un lapso, todos individualmente especificados.

En consonancia con lo anterior surge una doctrina ético- jurídica denominada “Doctrina del Menor Maduro” que se utiliza precisamente para “identificar a las personas legalmente menores de edad, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona” (Beltran, 2006: p.1).

Sin pretender desarrollar una exposición monográfica de la forma en que cada legislación o corriente de autores adoptó o adscribió a esta doctrina, que hoy podemos constatar como la dominante, corresponde apreciar que el anverso de la definición no cronológica de las aptitudes y competencias de un menor es que los deberes, obligaciones y jerarquías de los padres o tutores siguen siendo cronológicas, y que por lo tanto se abre un espacio a la conflictividad entre estos.

6.3. Conflictividad de los derechos del menor maduro: “Un paciente menor tiene derecho a la confidencialidad cuando se trata de un adolescente maduro” (Adriasola, 2008: p. 212), y dicha madurez da efectividad al derecho a la intimidad y confidencialidad que tiene todo joven de por sí,⁴³ pero la da “con respecto” a alguien, y ese “alguien” son quienes detentan su patria potestad o tutela y la autoridad que efectúe requerimientos judiciales de información médica(Adriasola, 2008: p 212),

⁴³ Art 15.1 y 25 n°3 “Convención Iberoamericana de Derechos de los jóvenes”

El Artículo 222 del Código Civil da directrices para el ejercicio de la autoridad de los padres, pero no supedita el respeto y obediencia a que se somete el menor, de forma alguna, por lo que debemos en términos generales, extender dicha autoridad existe hasta que el menor cumpla los dieciocho años, ya que el resto de las causales de emancipación del artículo 270 refieren a muerte real o presunta de los padres, o matrimonio del menor, y en dicho último caso, si se contrae en minoridad, queda aún sometido a guarda atendido el artículo 273.

Tenemos por lo tanto a los padres en una posición de privilegio jerárquico respecto de los menores, y no criticamos dicha categorización cuyo fundamento constitucional ya fue citado, que cuenta con apoyo y explicación doctrinal y que tiene, e sin lugar a dudas, una base sociológica ligada al concepto mismo de familia, y las implicancias culturales y religiosas derivadas de ella.

El juego de achurar las zonas de autoridad que tendría el menor maduro respecto de su vida sanitaria, y su padre o representante respecto de la misma, ilustra una convergencia de pretensiones, que en la práctica constituye una “zona de incertidumbre” patente respecto de la confidencialidad que se pretende y espera del proceso médico. En dicha incertidumbre está también el facultativo en cuyos hombros recae el peso de determinar la competencia del menor, siendo el directo responsable de generar para si mismo la obligación de guardar secreto respecto de esa relación médica determinada al evaluar un requisito de su efectividad sin apoyo mas que el de su buen criterio y formación.

Este conflicto de competencias en la confidencialidad médica tiene historia en el “Caso Axon”⁴⁴, en donde debatiéndose la obligación de dar consejo confidencial a menores de dieciséis años respecto a materias sexuales, la Alta Corte de Justicia en sus consideraciones previas al fallo expone que: Habiendo capacidad o competencia en la menor, existe el derecho, y que hallándose obligados los padres a procurarle salud y bienestar moral también actuaban conforme a derecho, era necesario considerar atendido el tema, las políticas o directrices públicas. En el caso se falló a favor de la confidencialidad de la menor, estableciendo que las facultades de los padres son con el tiempo “menguantes”⁴⁵.

⁴⁴ The Queen of the application of Sue Axon v. The Secretary of State for Health. Inglaterra.

⁴⁵ Fuente: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=317

El precedente usado en el caso anterior fue el “Caso Gillick”⁴⁶ en donde se desarrollo una verdadera doctrina respecto a las condiciones necesarias para proporcionar tratamientos o consejo médicos sin informar a los padres del menor, también a partir de un tema relativo a lo sexual, pero sirviendo de pauta general hasta el día de hoy.

Lo complejo del análisis, es que las áreas de conflicto tienen respuestas gravemente permeables a la contingencia política y social en que se desenvuelva el facultativo, si de él depende la decisión. Aún más, si su desempeño es bajo relación laboral con instituciones del estado estará implicado e influido en su decisión por el enfoque circunstancial que se le de a un tema puntual, como bien puede ser: la sexualidad (mayor o menor necesidad demográfica), la psiquiatría (necesidad de disminuir el número de licencias), la nutrición (necesidad de controlar los desórdenes alimenticios mediante supervisión paterna), etcétera.

De esta forma podemos concluir que la “faz negativa” de la doctrina del menor maduro es claramente la incertidumbre que produce tanto del potencial titular del derecho a confidencialidad médica como del sujeto obligado al silencio por esta.

6.4. Imprecisiones Sociales respecto al Menor Maduro: Existen dos factores que operan como pre o ante juicios respecto de la valoración de la capacidad que se haga a través de la madurez con respecto a un menor, y en particular como ya veremos, al adolescente. Estos son:

6.4.1. Las creencias sobre la madurez psicológica: Tanto la experiencia individual que se arraiga dentro del sujeto con su contexto social, como las costumbres y prejuicios que habitan inconscientemente dentro de su mirada, constituyen en la praxis: los “lineamientos de factibilidad o probabilidad” que establece el individuo para con distintos juicios hipotéticos. Así, ante el evento de un conflicto de competencias, en el cual un menor muestre aprontes de madurez que el facultativo tilde de “razonables”, al estar desprovisto de el contenido cierto del “*modus vivendi*” del menor fuera de la sala de consultas donde se haga el escrutinio médico, deberá tomar como ciertos: sus “pareceres”, y ellos tienden a validar como efectivo, aquello que atendido la costumbre es simplemente probable⁴⁷.

⁴⁶ Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. (1985) Inglaterra.

⁴⁷ Para David Hume la “causalidad” se basa en hábitos y creencias, y ha dicha distorsión entre lo probable fundamentado en tendencias, y lo real a determinar en criterios fácticos o a lo menos objetivos. Véase para

Concretamente hay frases que contienen creencias y no juicios propiamente tal, que son de regular uso, tales como: “Es necesario tener cierto nivel de inteligencia para que una persona pueda llegar a ser madura” o “las personas maduras sufren más que las no maduras” (Zacares, Serra, 1996: p. 47), que establecen tendencias en la decisión del facultativo, con las implicancias significativas que nos competen respecto a blindar o relativizar la confidencialidad debida al menor en calidad de paciente.

En el foro sanitario propiamente tal, es posible constatar que la valoración respecto de la madurez es influida por estas creencias a priori del caso concreto en que se deba aplicar la constatación fáctica de las competencias del menor. Conforme a lo anterior, en Brasil, donde el Código de Ética del 2008 ampara explícitamente la “ocultación” de información a los padres respecto de menores que el personal médico consideren maduros, y que se encuentren aún bajo su responsabilidad por tema de edad, se efectuaron mediciones en base a cuestionarios estandarizados a estudiante de medicina y enfermería, las que demuestran conclusivamente que ante la incertidumbre de autonomía, se aplicaba preferentemente el criterio cronológico, postergando a la excepción el hecho de efectuar una medición concreta de la edad “medico sanitaria” conforme a la madurez (Carvalho, 1998: p.390). Lo anterior corresponde a lo que en las jurisprudencias citadas representó la opinión derrotada, la corriente doctrinal denominada: “Paternalismo”, y que justifica su accionar en cuanto a propender al “bienestar del menor”, estándar ideal respecto del cual, el facultativo se siente ajeno por la distancia emocional que tiene con el paciente en comparación a su padre o tutor, siendo culturalmente coaccionado a cederle a este último una decisión en la cual está notoriamente implicado.

Las creencias respecto de la madurez condicionan la manera en que opera este estándar, volviéndose inestable o ambiguo en función de corrientes culturales, sociales o morales que dominen el parecer arraigado en la sociedad, lo que nos hace concluir que para garantizar una adecuada medición respecto de la autonomía del menor, primero el operador encargado de evaluarla debe ser autónomo respecto de las convenciones sociales, y que como dicha independencia es improyeccionable a cabalidad en la práctica, se requiere a lo menos que exista consciencia en los facultativos de cual es rol de estas “creencias”, y limitar su campo de acción a la

profundizar: LLORENS, Fransec (2011) “Análisis de David Hume del Principio de Causalidad” Disponible en: <http://francescllorens.files.wordpress.com/2011/02/el-principio-de-causalidad.pdf>

mera integración de criterios, para casos complejos en que los lineamientos médico- legales, no den abasto para preveer un caso concreto.

6.4.2. Las percepciones sobre la adolescencia en general: Este factor tiene que ver directamente con “prejuicios”, con visiones parciales que se tienen sin asidero científico sobre la edad de la adolescencia en sí, como “etapa de la vida”, y respecto a la cual, el dinamismo previamente explicado se puede visualizar como “mera inestabilidad”, “inconsecuencia”, “poca confiabilidad”, etcétera.

Queremos exponer que dichos pareceres no tienen su ancla sobre la opinión general nada más, si no que están presentes en la doctrina bioética actual. En ese sentido, mientras impera progresivamente la mesura casuística de intentar dilucidar a los “menores maduros”, surgen afirmaciones tales como: “Quienes trabajan con adolescentes conocen muy bien que los mismos no se caracterizan por realizar análisis costo/ beneficio de sus acciones y omisiones” (Berstein) que llevan a contradicciones en planteamientos doctrinales, que siendo “modernos” y tomando la idea fuerza de la autonomía y confidencialidad firme en todo paciente, afirman que los menores “también deberán ser informados consultándoles su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión final habrá de ser adoptada por su representante legal”(Diaz, 2007,p 52), regresando a un paternalismo solapado para no manifestar con énfasis el mismo corolario del acápite anterior: Ante la duda, se decide por el padre, siendo que a nuestro juicio, la duda se resuelve primero atendiendo a la titularidad, y en ella, el paciente, menor o mayor, es el núcleo de la respuesta.

Cada quien podrá revisar en su fuero interno hasta que punto la adolescencia ha sido receptáculo de prejuicios, en ello, suponer una prevención corresponde a una tarea meramente personal, el tema de fondo, es que el trabajo con adolescentes es un trabajo significativamente complejo, y que quien asuma la responsabilidad de intervenir sanitariamente en él, tiene la obligación de no “suponer” marcos generales de comportamiento, ya que la relación médico-paciente es individual y única, y en ella entendida como un contradictorio horizontal entre paciente y médico, recién se está en condiciones de generarse una “confianza mutua”, sobre la que se constituye el secreto como base de la relación terapéutica.

IV. NECESIDAD DE REGLAMENTACIÓN:

“Ignoranti, quem portum petat, nullum suus ventum est”

(Ningún viento es favorable para el que no sabe a que puerto va)⁴⁸

Para efectos de ser capaces de exigir con propiedad a un facultativo las garantías que emanan de la buena práctica de su labor, es requisito inicial el hecho de conocerlas, saber los casos de excepción, y entender las consecuencias y efectos que produciría la vulneración de ellas. Consideramos patrimonio ganado a través de este trabajo esta primera parte.

El segundo requisito responde a que para garantizar propiamente tal, no basta con que un enunciado normativo suponga y prevenga el actuar de un sujeto imperado por ella, como sería el caso de un médico; muy por el contrario, para darle efectividad a una garantía en materia sanitaria necesitamos que el normado e hipotético “operador jurídico” que actúa directamente en el campo que nos preocupa, conozca de hecho y con claridad el margen de su actuar. De no ser así: “*Ad impossibilia nemo tenetur*⁴⁹”.

Conociendo de su arte, y habiéndose dotado de normas corporativas éticas, y protocolos que dan regularidad a sus formas y a sus criterios operativos prácticos en la atención sanitaria, los médicos requieren con toda justicia reglas claras. Es función del legislador a criterio de los autores, el definir claramente el sujeto imperado que definirá la capacidad de un menor, y con qué estándares y criterios deberá tomar esta gravitante acción, que respecto del adolescente significa una verdadera sentencia de eficacia o ineficacia de sus derechos.

Respecto del secreto mismo, la evaluación de la capacidad supone un requisito previo al ejercicio de un derecho absoluto, si lo vemos desde la perspectiva de que el operador (no necesariamente un médico, podría ser un padre, un juez, etc.) sólo certifica las condiciones de operatividad de un derecho que es inherente a la persona. Por el contrario, si estimamos que la confidencialidad es una circunstancia relativa, una “mera expectativa” que se dilucidará en su carácter, atendido un juicio eventual por parte del operador, tenemos en ese caso una simple potestad administrativa, que en términos garantistas, no nos provee resguardo alguno.

⁴⁸Lucio Anneo Séneca (1- 65 d.C) Filósofo español, consejero de Nerón.

⁴⁹ “Al imposible nadie está obligado” Máxima Jurídica.

Es por todo lo anterior, y en orden tanto a entregar nitidez al espectro operativo del facultativo, tanto facilitar su decisión como para exigirle diligencia, que proponemos en el presente capítulo: 1. Comparar los sistemas de apreciación de la madurez del menor que existen, y 2. Plantear la postura que define el presente trabajo, en donde adelantamos que la decisión la debiese tomar el facultativo, por ser el eventual responsable tanto sanitaria como legalmente, y debe estar asistido, ya que no hay perjuicio en el secreto en incorporar a la evaluación criterios multidisciplinarios que orienten y reflejen el carácter complejo de la madurez como estándar, dando la posibilidad de definir la capacidad con base sistémica y no parcial.

1. Sistemas en el Derecho Comparado de Evaluación de la Capacidad: Centrándose todos en la madurez como estándar directo para basar la consideración de la capacidad del menor, y entendiendo a su vez, que cada sistema sólo aproxima una decisión a la realidad, más o menos, según la casuística en análisis o el criterio de medición usado, daremos por sentado enfáticamente entonces que: “no existen en la actualidad sistemas que permitan medir en forma objetiva la maduración moral de un individuo”(Ogando, 2007: p. 878)

La enumeración efectuada con el propósito de contrastar y evaluar netamente el marco operativo que dilucidará cuando hay o no hay secreto exigible, considerará desarrolladamente: 1. El sujeto responsable de la definición. 2. El criterio de medición con que cuenta. 3. La responsabilidad respecto de su decisión.

1.1 Valoración Médica de la Madurez:

Esta alternativa se fundamenta en el modelo “paternalista”; este considera que todo menor de edad es incompetente, completa y totalmente incapaz de tomar decisiones sobre su cuerpo y su vida de un modo racional y prudente., lo que lleva aparejado como consecuencia que todo conflictos entre beneficencia y autonomía haya de resolverse siempre, a favor de la primera (García, Jarabo, Martín, 2001: p.4).

De esta forma, es el médico tratante quien decide si el menor es o no maduro para tomar decisiones en lo que respecta al tratamiento, dado que es el facultativo quien detenta los conocimientos científicos y las destrezas adecuadas y necesarias para diagnosticar, y en consecuencia, resolver con un tratamiento el mal que aqueja al menor. Dado que es él quien durante el proceso informativo y operativo propiamente tal, interviene efectuando los análisis de

la madurez continua y progresivamente al desarrollo de oportunidades o alternativas que requieran decisión, lo hará sin necesidad de obtener consentimiento alguno por parte del menor ni de sus padres si considera que el menor es incapaz. El mandato es restablecer la salud, y en esa dirección el médico decide y actúa.

Por último, si la decisión queda sólo en manos del médico tratante, sus acciones pueden llegar de forma oportuna y sin retrasos, a diferencia de lo que ocurriría de existir un conflicto de interés entre el menor y sus padres, o entre sus padres, configurándose lo que procesalmente significaría: Celeridad en la resolución, e Inmediatez o cercanía a la prueba, la que se constituye por los considerandos que exponemos seguidamente:

1.1.1. Criterios: La evaluación de la capacidad de los adolescentes en el ámbito sanitario por parte de los facultativos médicos es, en la práctica diaria y en la mayoría de los casos: “subjetiva y prudencial”, puesto que no existen criterios, protocolos y/o instrumentos consensuados o totalmente validados que permitan definir de una manera objetiva la valoración de la capacidad. Pese a lo dicho anteriormente se han enunciado algunas pautas a estimar:

1.1.1.1 Criterios Cognoscitivos de Comprensión: (Hermanz, 2008: p.8)

- a) *Comprensión adecuada*: Se es competente si se es capaz de entender la información que se ha dado y es capaz de entender la situación en que se encuentra.
- b) *Expresar la decisión*: Se es competente si puede manifestar su decisión de forma verbal, escrita, mediante signos, etc.
- c) *Decisión basada en motivos que la fundamentan*: No será capaz de si no da motivos que apoyan su decisión o si dando motivos razonables, no pondera los riesgos y beneficios de tal decisión.
- d) *Criterio de una persona razonable*: La decisión tomada será adecuada si corresponde al criterio utilizado por una persona razonable.

1.1.1.2 Criterios generales para la valoración de la capacidad: (Ogando, 2007: p. 881)

a) *Susceptibilidad de ser informado*: El adolescente debe poder:

- Recibir y comprender la información.
- Reconocer la información como relevante.
- Recordar la información.

b) *Capacidades cognitivas y afectivas*: El adolescente debe poder:

- Autorreferenciar los acontecimientos que le sucedan.
- Razonar adecuadamente sobre las alternativas y sus consecuencias comparando riesgo y beneficios.
- Jerarquizar las alternativas.

c) *Toma de decisiones*: El adolescente debe poder:

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

d) *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.

1.1.2. Responsabilidad que la cabe al Médico: Respecto de los perjuicios de toda índole que pudiesen tener origen en la “evaluación de madurez” que se efectúe sobre el menor, atendido los criterios anteriores, cabrían:

Civil Contractual y Extracontractual: Según como enfoquemos la relación asistencial sanitaria, y de los documentos que certifiquen un “consentimiento informado” suscrito por el paciente o su representante.

Cabe señalar que si como consecuencia de la evaluación de madurez, debidamente probada, se desconoce la autonomía del menor, y no se le respeta en consecuencia su derecho a confidencialidad, se configuran a lo menos como rubros indemnizatorios: daño emergente y daño moral, para lo que los montos se deberán determinar acorde la normativa general.

Penal: Hay irresponsabilidad del médico, ya que dirime en función de su facultades, y las consecuencias habría que canalizarlas en los rubros ya citados.

1.1.3. Fundamento: La jerarquía superior que goza el “Derecho a la Vida” con respecto al resto de los derechos fundamentales, genera que sean manifestaciones íntimas de su protección tanto el derecho a la “Integridad Física y Psíquica” como el derecho al “Restablecimiento de la Salud”. El facultativo, en su calidad de funcionario experto al servicio de estas labores, se asume como el sujeto de “competencia natural” para decidir sobre temas de índole sanitario.

En dicho sentido, y con base en la praxis misma es que se dice que la atención primaria es “el entorno en el que con mayor precisión es posible valorar la capacidad de los adolescentes para tomar una decisión concreta en un momento determinado tomando en consideración las actitudes y valores que puedan haberse compartido con anterioridad, así como las experiencias y comportamientos previos” (Ogando, 2007: p. 880)

1.1.4. Críticas: Existe un factor de riesgo es esta postura, y dice relación con que el médico tratante es irresponsable respecto de las consecuencias que implica decidir si un menor es o capaz para la validación de su consentimiento. Al ejercer facultades conforme a derecho, y acorde a criterio médico- sanitario, su decisión es legítima, independientemente de la amplificación de los efectos de esta para el menor en su vida personal.

Queda en manos del facultativo, una concentración de decisiones importantes, que al momento de adoptarlas no puede dimensionar o vislumbrar en sus efectos últimos, ya que sólo sopesa para su óptimo y eficaz juicio en el minuto, aquellas circunstancias que conlleven un mejor tratamiento (Criterio estrictamente sanitario y circunstancial).

Engloba la crítica señalada la idea de que “los sanitarios no son las personas más adecuadas para tomar este tipo de decisiones, ya que desconocen los valores y la calidad de vida deseada por el paciente” (Hernanz, 2008: p. 10)

1.2 Valoración de la Madurez efectuada por Padres o Representantes Legales del Adolescente: Como segunda alternativa, y siguiendo también una lógica paternalista, está aquella que afirma que son los padres, y a falta de estos, su tutor o curador, los llamados a determinar la capacidad del adolescente. Se considera que son dichas personas las adecuadas para tomar esta

decisión ya que conocen los valores y calidad de vida deseada por el adolescente. Además, se estima que la familia es un proyecto de valores, una comunión de ideas, el núcleo fundamental de la sociedad, una institución de beneficencia, por tanto, mientras no traspasen el límite de la no maleficencia, los padres tienen que definir el contenido de la beneficencia de su hijo (García, 2011).

1.2.1. Criterios: Varios pueden ser los criterios que fundamenten la decisión de los padres: valores religiosos, morales, sociales, calidad de vida deseada para el hijo, factores económicos, y fundamentalmente cualquier directriz que se tome base en la identidad familiar y la percepción de lo correcto en la misma, sin perjuicio de que en el plano ideal sea posible considerar las posturas del menor, autónomas e incluso contradictorias a la familia, como un índice de madurez, lo que de todas formas significará una extraña excepción.

Cualesquiera que sean los criterios en uso, ellos deben considerar siempre el “Interés Superior del niño o menor” como principio programático, ya que dicho vector constituye la expresión de la vocación paternalista al considerar que el consentimiento se presta de mejor forma “para él” que “por él”.

1.2.2. Responsabilidad: En el evento de considerar al adolescente inmaduro y tomar una decisión por sustitución o por representación, esta debe de ser siempre buscando el mayor beneficio del menor, debido a que el fundamento de la patria potestad es el que los autoriza a tomar este tipo de decisiones, debe ejercerse mirando siempre el interés superior del niño. Los tribunales de justicia están facultados para suspender la patria potestad de los padres o poner fin a la representación legal (tutelas y curatelas) en el caso de que las decisiones tomadas sean consideradas a criterio del juez como maleficientes.

1.2.3. Fundamento: El dotar de realidad práctica a la valoración de la madurez de un adolescente para considerarlo capaz o incapaz respecto de un juicio sanitario específico, es el sentido que tiene, buscar en el núcleo íntimo y personal del paciente, tanto los elementos valorativos como el propio ponderador de su mismo “momento decisorio”. Así, por los motivos enunciados respecto a la calidad jurídica y funcional que posee la familia como base fundamental de la persona, se entiende como el “legitimado moral” y sujeto con “mayor cercanía a la evidencia decisoria” a los padres.

En dicho sentido, los elementos que posee el facultativo siempre son objetivos, pero tremendamente restrictivos y atingentes al proceso médico, y por lo tanto, descontextualizados de la experiencia vital del paciente.

Entre los elementos que ingresan a la ponderación en este sistema, tenemos factores socioeconómicos y culturales, que son de importancia estadística en los procesos de autonomización de los adolescentes. Concordante a ello se dice que “en términos generales, las personas jóvenes de distintos estratos socioeconómicos muestran trayectorias de emancipación diferentes. Una, más tardía y con baja fecundidad, propia de los sectores medios y altos; otra, con abandono temprano de los estudios, maternidad adolescente y mayores tasas de fecundidad, propia de los sectores más pobres”(Morlchetti, 2006: p. 4)

1.2.4. Crítica: El definir sobre un estándar impreciso como la “madurez” sobre la base de percepciones parciales de sujetos implicados en la vida afectiva del paciente, solamente guiados en su rigor por un estándar directivo, igualmente dudoso, como lo es el “Interés Superior del Menor” nos merece un grado significativo de desconfianza.

En términos objetivos, la cercanía y aproximación fáctica al desenvolvimiento doméstico del paciente, es si bien: un gran elemento de juicio, es también un riesgo, dado que una multiplicidad de sujetos encargados de la definición de capacidad de sus hijos o pupilos implica una multiplicidad de riesgos, además de la falta de criterio comunes, y susceptibilidad de decidir en forma permeable a posiciones valóricas o netamente emocionales para con el menor.

Es importante señalar también que “los conflictos de opinión” entre padre e hijos, son connaturales a la adolescencia como etapa de descubrimiento crítico de la opinión propia del joven, por lo que toda pugna, razonable o no, queda resuelta conforme el criterio del padre, en una expresión clara del “paternalismo” ya citado.

Otra crítica importante es señalar que “los tutores” en subsidio de los padres, resultan carecer del fundamento mismo en su rol para los autores que fundan este modelo, no en criterios fácticos de cercanía con el paciente, si no en criterios morales de vínculo familiar. En ese sentido: “No puede, otorgarse las mismas prerrogativas de los padres a los representantes legales. Estos últimos carecen de los fundamentos constitucionales y naturales que justifican las potestades paternas en estas materias” (Díaz de Valdés, 2010: p.18).

1.3. Valoración Legal de la Madurez: Madurez Tarifada: Numerosas son las legislaciones que adoptan este sistema, tales como España, Canadá, Venezuela y Argentina entre otras.

Propone esta alternativa que quien decide si el menor es o no maduro es el legislador, tomando tal decisión en base a un criterio etario o cronológico, es decir, establece desde que edad ya se es libre para decidir sin ningún tipo de restricción por parte de sus representantes legales, determinando en específico estos casos, y en cuales otros se rigen por las normas generales sobre mayoría de edad. Este criterio de valoración se mide por el estándar de autonomía progresiva, como pauta para el ejercicio de todos los asuntos.

1.3.1. Criterio: Es un “Criterio Cronológico o Etario”, que consiste en que se determine legalmente una edad que constituya el punto referencial, a partir del cual, y sobre dicha edad, se presume de hecho la capacidad decisoria del menor; Bajo ella el menor se presume incapaz para optar sanitariamente en cualquier decisión sanitaria del ámbito que establezca la ley que imponga el criterio.

1.3.2. Responsabilidad: Es un sistema de irresponsabilidad total para cualquier sujeto que intervenga en el proceso sanitario, ya que su función para estos efectos será solamente de registro o comprobación del criterio cronológico, no existiendo por ende, margen alguno para fundamentar la capacidad de otra forma.

1.3.3. Fundamento: La “imparcialidad” como norma absoluta, al reconocer un límite uniforme e inexcusable, evita toda posibilidad de arbitrariedad del facultativo médico, y la “Certeza Jurídica” como valor ganado al tener un ámbito operativo claro tanto para paciente como para el galeno, lo que permitirá proyectar relaciones profesionales de asistencia sanitaria con proyecciones certeras respecto de sus límites.

1.3.4. Críticas: El uso de un criterio que defina “presumiendo madurez”, sin perjuicio que lo haga con un criterio objetivo, imparcial y claro como la edad, de todas formas está generando el perjuicio de toda estandarización, y es el hecho que por muy marginal que sea en número, existen pacientes maduros y capaces que son privados de la legítima posibilidad del ejercicio de sus derechos sanitarios, y que aparejado a esto, carecen de herramientas fácticas de justificación de su

capacidad, y de reclamo o compensación de las consecuencias desfavorables que puedan llegarle como producto de la norma.

Por lo tanto, se desconoce la “naturaleza deliberativa y prudencial” de la evaluación de la capacidad (Ogando, 2007: p.882) y la titularidad de derechos que poseen los menores, y que en todo caso va a implicar el dominio de la relación sanitaria respecto de si mismo, y su consecuente derecho a la intimidad y a que se mantenga la confidencialidad de las conversaciones mantenidas en el entorno profesional (Observatori de Bioetica, 2002: p. 11).

1.3.5. Casos ejemplares:

a) *Legislación española:*

La ley 41/2002 de autonomía establece a los 16 años la mayoría de edad sanitaria. Esta ley parte de la base que en todas las actuaciones del ámbito médico se debe contar con el consentimiento libre e informado del paciente. Así, en el caso de los mayores de 16 años, existe una presunción legal de capacidad, por tanto, no se requiere de una evaluación de capacidad por parte los padres, representantes legales o de forma judicial, en consecuencia, no es requerido el consentimiento por representación.

Sin embargo, la misma ley establece varias excepciones a la libertad antes descrita, por ejemplo, la interrupción voluntaria del embarazo, redacción de documentos de voluntades anticipadas, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Puede darse el evento de que el médico tratante considere que el mayor de 16 años no tiene la capacidad suficiente al momento de tomar una decisión referente al mal en particular que le aqueja, y al tratarse de una mera presunción legal, el médico tratante debe probar y demostrar que el menor no tiene la capacidad necesitada para negar el derecho a tomar la decisión.

En el caso de los niños menores de 16 años y mayores de 12 la presunción legal es la incapacidad, y al ser una presunción simplemente legal, si el médico tratante considera a su criterio que el niño tiene la capacidad para tomar la decisión sanitaria debe este probar que el menor tiene la madurez suficiente para poder decidir sobre el caso en particular.

b) *Caso chileno:*

La ley 20.418 del 28 enero de 2011 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad sigue este criterio de valoración cronológico, al establecer que toda persona puede acceder libremente a cualquier método de regulación de fertilidad, estableciendo la limitación para los menores de 14 años en los casos en que se administra el anticonceptivo de emergencia, obligando al funcionario o facultativo el dar aviso a los padres o al adulto responsable que el menor señale.

c) *Otros casos ejemplares:*

“En los Países Bajos se establecen tres categorías: se exige la autorización paterna para los menores de 12 años; la actuación es conjunta entre los 12 y los 16 años; y a partir de los 16 años la actuación es exclusiva del joven. Aun así, se respeta el derecho a la información, cualquiera sea la edad.

En Quebec, Canadá, el niño mayor de 14 años puede consentir por sí solo tratamientos, exámenes o cualquier tipo de intervención médica, exigiéndose autorización del representante por debajo de esa edad. Aun así, se requiere el consentimiento de los representantes legales por encima de los 14 años cuando la intervención puede implicar grave riesgo para la salud o traer consecuencias graves y permanentes”. (Fernández, 2010)

1.4. Valoración Judicial de la Capacidad Sanitaria: Para determinar la madurez progresiva de un adolescente o la capacidad sanitaria para un caso en concreto, se ha sostenido que debe de ser el Juez de Familia debidamente asesorado quien determine la capacidad del menor. Esto debido a que se evita la rigidez del criterio etario, ya que se estima que la edad no es un criterio exclusivo ni exhaustivo, y a su vez se evita la discrecionalidad que puede existir en la toma de decisión de los padres o representantes legales del menor y del propio facultativo médico.

1.4.1. Criterios de evaluación: Son dos las alternativas que existen cuando los tribunales de justicia necesitan valorar o evaluar la capacidad de los menores.

La primera alternativa implica recurrir a los medios de pruebas consagrados en la legislación, principalmente el informe de peritos, realizado por especialistas del área, esencialmente psicólogos quienes elaboran un diagnóstico de capacidad del menor.

La segunda alternativa implica la asesoría de figura especialistas, por ejemplo:

- En España existe la figura del “Comité de Ética Asistencial” el cual dentro de su competencia está facultado para realizar el análisis de casos clínicos y elaborar un informe para aconsejar a los profesionales, parientes o familiares que lo soliciten.
- En Chile existe la figura del Consejero Técnico, el cuál según el artículo 5° de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia tiene la competencia de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento.

2. Riesgos Operativos de la Evaluación de la Capacidad: Problema de la Incerteza.

La extendida referencia a “la capacidad”, y a su evaluación en cuanto al estándar de madurez que los distintos modelos exigen del adolescente, se fundamenta en la vulnerabilidad que tiene como institución el secreto médico, al depender finalmente en su praxis misma, de si tiene o no su derecho efectivo a la intimidad el adolescente en cuanto a paciente.

Entendiendo que “la evaluación de la capacidad es en suma, un proceso deliberativo y prudencial” (Ogando, 200: p. 882), más allá de atacar su naturaleza, referiremos en este punto a los problemas latentes que se erigen en el terreno práctico para ambos sujetos de la relación médica:

2.1. Incerteza en el Sujeto Activo (El Menor): Nuestro sujeto activo es especial, y por ello, y en consideración a su formación dinámica y progresiva de su individualidad personal y social, la certeza de las coordenadas exógenas de vida, debe ser máxima.

Remitiéndonos al primer capítulo en cuanto a la importancia sanitaria del secreto, debemos considerar que tácticamente el paciente evalúa las condiciones de resguardo de su intimidad al momento de decidir donde acude, lo que incluso deriva en facilitar la práctica médica clandestina en nichos de conflicto ético como lo es la sexualidad y la anticoncepción. En dicho sentido, existe en el foro “la convicción de que si no se aseguraba el acceso a la confidencialidad, los adolescentes

simplemente dejarían de buscar consejo o la ayuda médica que ellos desean o necesitan” (Berstein) y ante eso, el problema escapa a la misma necesidad del menor en cuanto titular de un derecho a la intimidad en suspenso fáctico, si no que en efecto, es un problema de salud y política pública.

2.1.2. Incerteza en el Sujeto Pasivo (El Facultativo): El facultativo no sólo es quién carga con la obligación de silencio en el proceso de restablecimiento de salud, si no que es el obligado al restablecimiento propiamente tal. En dicho sentido es inherente a su función el decidir constantemente, ya que su actividad determina la efectividad de la prestación médica, y en ella además tiene el rol de director del equipo sanitario (enfermeras, paramédicos, tecnólogos, anestesiólogos, asistentes, practicantes, etc.) y principal responsable por todos los hechos del proceso y sus consecuencias.

En el ámbito de la atención primaria, y más aún en la asistencia pública, el médico es siempre “un hombre de acción”, y por lo tanto, siendo la adinamia una negligencia en sí, deberá prescindir de un juicio deliberativo extenso, en función de no desproteger la vida y la integridad del paciente: aquí surgen las prácticas médicas y protocolos.

Concordando en que “el desarrollo de una práctica médica ajena a la legislación vigente demuestra en toda su amplitud la inconsistencia de la situación actual” (Díaz de Valdés, 2010: p. 280), somos categóricos en decir que es por lo antedicho: “Necesaria”.

Estimamos que el galeno, obligado a un “hacer médico” (sanar), y a un “deber ético” (secreto) connatural al primero, enfrenta como la eventual responsabilidad civil lo asecha peligrosamente a medida que en los derechos existen progresivamente mayores facilidades de efectuar una acción judicial, y que se haya recepcionado la posibilidad de dinamizar las cargas probatorias en casos complicados, como lo son los de la praxis médica. (Benaventos, 2005) De esta forma, consideramos que en la posición actual de tener que decidir en la práctica, ajeno a criterios legales o doctrinales sólidos, es un llamado a no tener bajo “fuego cruzado de leyes o artículos” a los facultativos, y en definitiva darles el espacio para que no debata implicancias de su accionar más allá de su imperativo fundamental: sanar.

3. Casos de Conflictividad Importante: Con propósito ilustrativo y de forma sucinta, es conveniente señalar ciertos focos de pugna relevante y probable, respecto de la aplicación de confidencialidad a menores de edad, independientemente de su calificación de “adultos” o “maduros” en la revisión diagnóstica que anteceda el tratamiento.

3.1 .La Sexualidad: Tomando la base de que la práctica de la sexualidad constituye una facultad inherente al hombre y un ejercicio saludable de la interacción, tanto física como emocional para con los otros, siendo parte el desarrollo social del hombre, factor trascendente en cuanto a la “integridad física y moral” de la persona humana, debemos entender considerar que:

- Los menores “tienen derecho a la intimidad y a que se mantenga la confidencialidad de las conversaciones mantenidas en el entorno profesional” (Observatori de Bioetica, 2002: p. 11).
- El secreto médico no implica la inactividad del médico en cuanto a actor sanitario de una intervención determinada, y como participante incidental del desarrollo mismo del adolescente, el que constituye en cuanto a la regularidad he dicho proceso, propiamente: “salud”.
- El Derecho a la Información es imperativo y necesario. El médico debe proveer de antecedentes que ilustren y adecuen la razón de un menor a criterios sobre si mismo y su sexualidad.
- La práctica médica no tiene funciones ideológicas ni de control ético de los menores, si no que actúa por y para la realidad.

La ley provee supuestos de excepción legal del secreto: “enfermedades de declaración obligada”, “declaración judicial requerida”, e incluso par efectos de delitos sexuales en su amplio espectro corresponde la “denuncia” del delito a la autoridad pública y en los términos procesales que correspondan. Sobre estos supuestos surge la real necesidad de evaluar la vulneración del secreto. La faz preventiva supone una vulneración ideológica a la intención de cautela que el paciente normalmente tendrá respecto de sí mismo, y una violación a los derechos humanos de los cuales siempre será titular el menor.

“El tratamiento médico es una interferencia con los derechos fundamentales del niño, y como tal requiere de un tratamiento doctrinario que lo sujete a las reglas generales acerca de la limitación de tales derechos” (Díaz de Valdés, 2010: p. 280). Dicho tratamiento de la doctrina debe

tener consideraciones a las implicancias sociales de la sexualidad, y estas tienen que ver con la reproducción, con la mortalidad asociada a las enfermedades venéreas, con la violencia sexual y con la disparidad en el ejercicio de los derechos sexuales entre hombre y mujer.

Siempre bajo la consideración de las implicancias sociales “es clara la necesidad de incrementar la difusión de información y educación en salud sexual y reproductiva desde muy tempranas edades y de ampliar los servicios de salud para adolescentes y jóvenes, garantizando el acceso a una salud integral” (Morlchetti, 2006: p.5). Esto es porque “La Información” es un elemento de juicio que si bien no implica filtro, si se constituye en catalizador del proceso de maduración del adolescente, al propender a su mejor conocimiento de si mismo y de sus posibilidades, y a través de ellas, a evaluar como ejercer las posibilidades del auxilio sanitario para con su desarrollo psico- sexual.

Sin perjuicio de lo anterior, y concordando la necesidad práctica de “accionar” por parte del facultativo a cargo de la atención sobretodo primaria y pública, adscribimos a la “posición doctrinal autonomista”, que reza la idea que “a pesar de que el profesional dude de la madurez del menor para decidir sobre su propia sexualidad, ante la posibilidad de que mantenga relaciones sexuales, el ofrecimiento de la información y la prescripción de medidas preventivas y anticonceptivas resulta obligada, en evitación de riesgos”(Observatori de Bioetica, 2002: p 11). Todo con la salvedad en nuestro país respecto a la Ley 20.418 sobre “Orientación y prestaciones en materia de fertilidad” en donde la certeza decanta no en un criterio operativo médico de acción, si no que en uno cronológico. De todas formas, debemos tener en cuenta la prestación como la efectividad del derecho a la salud, minimizando las restricciones a los auxilios solicitados por los pacientes, en contra de quienes le dan al menor sólo derecho a participación progresiva en cuanto a su madurez (Díaz, 2007: p.35), postergando el ejercicio mismo de su sexualidad a plazos ya anacrónicos.

3.2. La Psiquiatría: En los trastornos de comportamiento, sea que tengan causal biológica o medio ambiental, existe según la magnitud del mismo, una distorsión de la participación normal del sujeto en el desarrollo de su vida misma y de sus criterios, lo que, sin embargo, puede ser externamente asintomático, y probablemente más peligroso por la latencia tácita de sus riesgos.

Debemos establecer que las directrices prácticas y protocolos médicos, tienen una causa justa de vulneración del secreto en cuanto al tratamiento y monitoreo conjunto que se debe realizar del paciente, y para lo cual requiere un responsable doméstico del paciente, y no puede orientarlo si no es que directivas claras y ejemplos concretos.

La necesidad de este “responsable doméstico” o “monitor” es evaluable según criterio de especialista médico del área, ya que el margen de magnitudes que tiene por ejemplo: una esquizofrenia, o la oscilación de los síntomas de una demencia, o el grado de control que los medicamentos le provean a una depresión, son todos “dramáticamente variables”, a razón de lo cual, es probable que un tratamiento continuado y progresivo requiera más que determinar en qué momentos se interrumpe la confidencialidad, y en cuales no, determinar atendido a criterios de salud, y considerando el bienestar emocional del paciente: determinar que materias se celan en secreto, y cuales, y en qué grado no.

Cabe consignar que el secreto médico en cuanto a su titular, como tratamos en el capítulo segundo, es siempre el menor, pero dado los supuestos legales, un paciente puede caer en “Incapacidad Absoluta” respecto al ejercicio de su derechos, pasando su representante legal a manifestar las preferencias clínicas de consentimiento de tratamiento y secreto bajo la forma de “decisiones de sustitución”, en caso de “interdicción por causa de demencia”. Lo antedicho no corresponde a una excepción al secreto médico, ya que la forma regulatoria civil provee de certeza judicial al facultativo, a través de la sentencia que declara la interdicción. El médico remitirá su análisis estrictamente psiquiátrico, concentrando su acción en el ámbito de lo médico.

3.3. La Alimentación: Los trastornos alimenticios conforman una parcela especial de conflictividad, que si bien puede enmarcarse en el acápite anterior, debe concentrar un enfoque específico.

Haciendo liviana memoria, podemos recordar como las últimas dos décadas del siglo recién pasado, dieron énfasis comunicacional al aumento de “la obesidad”, que combatida por una generación de nutricionistas formadas en la prevención de la desnutrición, aún contingente en algunos sectores de Latinoamérica, tuvo como enemigo el cambio de hábitos alimenticios y la irrupción de las franquicias de comida rápida en Chile. Lo relevante de lo anterior, es que los

medios de comunicación fueron cimentando en su énfasis informativo y muchas veces de denuncia, un rol relevante en el posicionamiento de imagen estándar que la población debía tener.

Hoy, ubicando a la “Bulimia” y a la “Anorexia” como los íconos de esta nueva generación de trastornos, tienen en los medios de comunicación social a sujetos permeables a la propaganda ideologizada de cuerpos preferentemente delgados y maquillados, que sirven de espejo forzado a nuestros sujetos de estudio: adolescentes, que construyen su autopercepción desde la base inicial de la comparación y validación social. Estos íconos surgen como respuesta a la distorsión de imagen.

“La percepción de la imagen corporal, tan distorsionada que no ve delgadez, adquiere en muchas ocasiones un matiz delirante, estando el juicio de salud gravemente alterado”(Hernanz, 2008: p. 15) y en función de “actuar” para restablecer la salud de un paciente coaccionado por sus propias distorsiones perceptivas, cabe la posibilidad de transgredir cierto contenido objetivo del dato confiado, alertando al “responsable doméstico” o “monitor” de los cuidados, atenciones y resguardos que deba tomar para con el paciente menor. Dicha relativización no debe ser efectuada como manifestación de un rol preventivo y paternalista, ya que consideramos que ello es propio de una “política pública sanitaria”, mientras que la práctica médica debe ser acción contingente, y preventiva sólo en cuanto a participar con información al menor para fomentar su criterio decisorio.

3.4. Investigación Clínica: Aquí, sin perjuicio que para participar en estas, el permiso o autorización la dará el representante legal, o bien el mismo menor, atendido los criterios leales internos, es claro que hay riesgo de que la confidencialidad sea vulnerada por la intervención de médicos distintos al titular de su tratamiento.

A propósito de este tema hay que tener en vista la “Declaración de Helsinki” de 1964, acordada y sometida a revisiones por la Asociación Médica Mundial, que da “Recomendaciones para orientar a los médicos en la investigación biomédica con seres humanos”, además del “Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina” de 1997 del Consejo de Europa. Independiente de no ser estado parte, Chile tiene aquí orientaciones formales claras.

Cabe considerar también que las alteraciones provocadas en la vida doméstica del paciente menor de edad podría derivar en necesidad de prestaciones de salud anexas a la misma

investigación (psicológicas de refuerzo por ejemplo), en cuyo caso a nuestro juicio se configura una relación nueva e independiente de confianza mutua entre el facultativo auxiliar y el paciente, sea o no médico propiamente tal, y cuya confidencialidad debe existir como tal.

3.5. Fichas Clínicas: Habiéndonos referido someramente ya en nuestro primer capítulo a estas, es claro que ellas tienen un contenido específico y propio, que integra datos clínicos, apreciativos, directivos, estadísticos, y también íntimos y propios del patrimonio confidencial del paciente.

Del uso de las fichas, cabe hacer empleo restrictivo y criterioso, en el sentido de que los equipos multidisciplinarios que se desempeñen en forma asociada para el restablecimiento de la salud del paciente, tienen necesidad de ciertos datos, y por lo tanto se extenderá el ámbito funcional del secreto para abarcar y obligarlos a todos a la confidencialidad con el paciente. De dicha forma, se minimiza el efecto dañino de la extensión forzada del dato confiado.

Por otra parte, estimamos que es “el restablecimiento de la salud” el vector que define quien accede y quien no al dato contenido en el secreto. Acorde a esto, el personal clínico que manipule, acceda o almacene fichas, deberá realizar dicha acción desprovéyéndose del contenido de éstas cuando no sea parte del equipo que trabaja en la operación o intervención concreta que da origen al equipo asociado. Para las fallas del manejo confidencial y riguroso de datos (que existe como mercado hoy), a muy pesar del propósito del presente trabajo, no hay forma de reconocer el derecho a la intimidad del paciente sin hacer responsable a alguien, y dicho alguien es el facultativo titular. El responde por su equipo, y el responde por la vulneración fáctica de su ámbito de seguridad.

4. Propuesta de Método de Evaluación Sistémica de la Capacidad: Del proceso de evaluación crítica, y tomando en consideración, tanto criterios legales como la certeza jurídica, titularidad de los derechos y estándar adecuado de prueba, como los criterios fácticos como la inmediatez de la atención primaria, número de involucrados en el manejo de información y posibilidad real de reclamo eventual, consideramos que la capacidad en el menor debe considerar buena parte del siguiente método o fórmula propuesta: “Valoración Sistémica de la Madurez efectuada por un Médico con asistencia multidisciplinaria”

Esto significa que como explicaremos a continuación: 1.El estándar de capacidad: es la madurez; 2. El momento de definiciones la entrevista diagnóstica en la atención primaria de salud;

3. El sujeto responsable es el médico; 4. El criterio de evaluación es la entrevista clínica asistida por evaluaciones preventivas psicológicas y encuestas socio- culturales que orienten el enfoque del facultativo.

4.1. La madurez como estándar objetivo: La doctrina del menor maduro tiene génesis como respuesta a la situación de indefensión que vive el menor de edad en cuanto se encuentre racional y emocionalmente preparado para discernir y decidir en consciencia sobre aspectos médico-sanitarios de implicancia para él. Dicha doctrina permitió abrir la puerta a que mediante la evaluación casuística pudiese abrirse una “zona de grises”, en la que atendida las competencias específicas para cada caso, pudiese el menor ir ejerciendo derechos, cuya titularidad tiene indiscutidamente, pero que carecían de efectividad.

El sentido de realidad casuística es la fortaleza de la doctrina, pero su debilidad es lo susceptible que es a la arbitrariedad un estándar abierto y de comprobación en principio “subjetiva” por parte ya sea del facultativo, padres, representante legal o autoridad judicial, como lo es la madurez.

Intentando no prescindir de la realidad casuística que atañe al menor adolescente, entendiendo lo delicada y variable que es su realidad psico-emocional y el desarrollo de sus criterios valorativos, la misión nuestra fue “validar” la madurez como estándar válido para medir la capacidad, y para ello debe entenderse no como un simple “test de competencia responsable” del menor, si no que como un verdadero “estándar de prueba”, y en dicho sentido su vocación es “indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuando están autorizado a considerar algo como probado, esto es cuando la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probado para los propósitos pretendidos”(Laudan, 2005:p. 97)

Para que el facultativo tenga el convencimiento o convicción de que “pueda entenderse como probada” la capacidad del menor, debemos proveer a su análisis de la gama multidisciplinaria de factores que inciden en la manifestación, por parte del menor, de elementos de prueba de su madurez. Sólo contando con dichos elementos de juicio, podrá efectuarse un escrutinio con vocación real de entender cuando hay o no madurez, y dar así para el caso práctico a la capacidad por probada.

4.2. La entrevista como momento de definición de la evaluación de madurez: Consideramos que es derecho del paciente conocer las implicancias de su tratamiento o intervención, y en respuesta a dicha necesidad de certeza, la confidencialidad que se deriva de considerarlo o no maduro, es un factor importante para que el paciente decida o no proseguir uno u otro tratamiento, o que lo asista uno u otro médico.

Concordando en que “la atención primaria es el entorno en el que con mayor precisión es posible valorar la capacidad de los adolescentes para tomar una decisión concreta en un momento determinado”(Ogando, 2007: p. 880), dado que se tiene un padrón amplio de comparación, dada la vocación asistencial de la medicina, y garantías suficientes de objetividad al no estar atado a un vínculo afectivo, siendo por lo tanto, el único vicio, la falta de elementos o criterios de análisis respecto a la madurez, aparte de la evaluación cognoscitiva médica. Lo anterior se soluciona con la propuesta de criterios a incorporar.

4.3. El Facultativo como sujeto responsable de la evaluación: Sopesando los distintos fundamentos y críticas que puedan haber en cada uno de los sistemas expuestos a comienzo del capítulo, consideramos que en desmedro de los fundamentos constitucionales de legitimación de los padres, y de su ventaja comparativa para evaluar por estar inmerso en la realidad misma del menor, la potencialidad de ejercicios arbitrarios de la autoridad paterna al decidir “para el menor” y no “por el menor”, nos alejan de la certeza deseada, abrazan un paternalismo que debilita el ejercicio titular de los derechos de la salud, y significan a lo menos un “abuso involuntario”.

Consideramos que la evaluación de la capacidad es: primero, parte de la relación médico-paciente, y que por lo tanto, y en consideración a la tendencia más moderna, debe ser “horizontal”, “en la que haya un fluido proceso de información entre médico y paciente, para que este pueda ejercer plenamente su derecho a la autonomía (Beltrán, 2006: p.13)”; y Segundo, una función pública al delegar el Estado en un tercero, el ejercicio de un sistema excepcional de determinación de la madurez para casos concretos del ámbito sanitario.

Es por todo lo anterior, necesario que la evaluación se circunscriba al ámbito de la relación médico- paciente, garantizando una garantía a priori a la intimidad del paciente menor de edad; y que la efectúe un evaluador “investido” y “objetivo”. Consideramos que el facultativo es el único que posee dicho perfil, siendo la “investidura”, su formación profesional, la función pública del

ejercicio del restablecimiento de la salud y la reglamentación normativa de su ejercicio, y su “objetividad”, la no existencia de vínculos afecto- emocionales que lo vinculen con el menor. De haberlos, cabría inhabilitarse de asistirlo, salvo atención de urgencia.

Por último, el conocimiento de las implicancias reales de las potenciales decisiones del menor, a propósito de alguna intervención específica o tratamiento determinado, sumado a la ventaja fáctica de la inmediatez con el evaluando, significan ventajas concretas de asignar al médico esta función. En dicho sentido, en caso se debe re- evaluar atendida la madurez, por enfrentar el menor nuevas problemáticas médicas, de mayores implicancias médico- sanitarias, lo que va a significar un nuevo proceso deliberativo para el caso preciso, siendo una ventaja potenciada al conocimiento científico y a la inmediatez, el hecho de que la pre- existencia de la relación clínica tiene el patrimonio esencial del secreto mismo: la confianza del paciente.

4.4. El Soporte Multidisciplinario en los criterios evaluativos: El desarrollo de criterios orientadores respecto a cómo significar las manifestaciones activas y pasivas de la personalidad del paciente para lograr una evaluación certera de su estado de madurez, han sido un heroico intento de dar marco a una actividad, que en la práctica, no posee otro marco que la potestad decisoria del propio médico y su propio sentido de juicio. La intimidad propia de la relación clínica entre médico y paciente, toma aquí su aspecto más negativo.

Entendiendo la necesidad de que el facultativo valore la madurez como el estándar objetivo que requiere una función pública como es “la evaluación excepcional de la capacidad en el caso de pacientes menores”, debemos dotarlo de “directrices orientadores” (como ya se ha hecho) para fortalecer y guiar el ejercicio de su deliberación, pero concretamente de “guías obligatorias”, que lo atengan al presupuesto legal.

Las “Guías Obligatorias” consisten en documentos estandarizados y de futura incorporación a la ficha clínica del paciente, que den cuenta de aspectos ajenos a la matriz médica del ejercicio médico, pero que contengan aspectos relevantes de los pacientes menores de edad. Entendiendo la naturaleza dinámica de la adolescencia, y lo complejo de una valoración objetiva de la madurez, son estas guías el vehículo que incorpore elementos multidisciplinarios que mejoren el criterio del médico.

Siempre en la línea de resguardar la intimidad y confidencialidad de la relación, los datos aportados por estos documentos, al provenir de otras disciplinas, pasarán a integrar al deber de custodia del dato confiado a sus “auxiliares”, pero sólo respecto de aquello que fue revelado en el desarrollo de la guía concreta.

A modo de proyecto, y a la vez de ejemplo, las guías consistirían en primer término de:

a) Test Psicológicos: Elementos valorativos de amplio uso en la psicología laboral y organizacional, permitirían mediante el uso de cuestionarios prefabricados y de renovación periódica y escalas valorativas realizadas por el profesional afín, concluir tendencias, y entregar al facultativo un índice de zonas a considerar, sobre las cuales el médico tendrá “obligación de pronunciarse y evaluar”.

Así por ejemplo, si el test indica una tendencia minusvalorativa de la estima propia, el médico deberá evaluar el riesgo de presión sobre la decisión del menor, y la autonomía de la misma, teniendo así un indicio del criterio con que el menor enfrente o proyecte su situación.

b) Cuestionario Social: Significaría un elemento estadístico cuantitativo para el hospital, clínica o consulta en su primera parte, y un elemento cualitativo respecto de las condiciones sociales, económicas y culturales en que se desenvuelve el menor en la segunda. Permitirá al médico acercar su juicio a la realidad concreta en que la intervención médica tendrá efecto.

Así por ejemplo, si el cuestionario reveló una solvencia económica importante en un menor, y un constante cambio de domicilio a su arbitrio, tendrá otro elemento de juicio respecto a la regularidad con que manifieste opiniones tajantes, además de la seguridad, aparentemente positiva que pueda proyectar, y esto es: una posible impulsividad.

c) Entrevista Social: A cargo de un trabajador o asistente social, puede entregarnos datos específicos del enfoque cualitativo,⁵⁰ lo que deriva en: 1. La prolongación del secreto médico a dicho auxiliar; y 2. La entrega de un “Informe Social” con contenido orientador y demarcación de tendencias a evaluar por el facultativo.

⁵⁰ Véase Pérez, Gloria (1994)

La incorporación, a lo menos de los dos primeros, no significaría un retraso importante en la atención, ya que pueden ser efectuados al momento de la “inscripción en un determinado consultorio”, o al momento de “solicitar hora de asistencia”, e implicarían tiempos estandarizados para la efectuación de modelos predeterminados.

El enfoque sistémico de la madurez permite abrazar la mayor cantidad de conceptos de la realidad del menor, y considerar así, en concreto y a través de las guías, una gama pre evaluada de variables de importancia considerable y probable, que signifiquen al médico un mejor ejercicio de su análisis al ser advertido de las condicionantes específicas del sujeto a escrutinio de capacidad.

Sobre las guías, cabe la crítica y prevención de no tomar las tendencias indicadas en ellas como variables únicas, ya que no podría descartarse nunca que la relación entre estas y la manifestación activa o pasiva de la madurez del menor no provenga de aspectos o variables intervinientes pero no consideradas (“variable parasite”⁵¹) pero la idoneidad del médico por su formación científica, y ejercicio profesional, más que requerir de limitaciones o advertencias, estimamos requería de apoyo fáctico y sistémico, y a ello apunta la propuesta.

Cabe consignar por último, que la observación como primera aproximación diagnóstica para la apreciación de la madurez en su dinámica, y la adolescencia como fenómeno, y el criterio médico sanitario como vector principal de su análisis, nos resultan insustituibles, por lo que el aporte de las guías siempre será funcionalmente “apoyo” y por definición “multidisciplinario”, pero siempre el contexto de éstas será una relación sanitaria, y sólo en ella se fundamenta una evaluación excepcional de la capacidad, como la que pretendemos fortalecer para el adolescente.

⁵¹ Véase Boudon (1970)

V. CONCLUSIONES

“Más frecuentemente, la incertidumbre propicia que alguien afirme saber cómo eliminarla: muchas veces mediante poderes arbitrarios que tan sólo benefician a unos pocos”
(Dahrendorf, 2004)

El riesgo de enfrentar una relación médico sanitaria bajo la incertidumbre de no conocer cuando estamos realmente amparados por los derechos que teóricamente sostienen el restablecimiento de la salud, amenaza con inhibir la solicitud de asistencia al no pre- existir un requisito fundamental de ella: la confianza.

“Cada adulto tiene el derecho de definir el contenido y los límites de su intimidad” (Iraburu, 2006: p. 2), y en esa dirección es rol del Estado proveer la reglamentación que permita definir y ejercer dicha adultez, acorde a los requisitos que el propio ordenamiento jurídico establezca; en este caso: la capacidad.

La adolescencia es en sí, un abanico complejo de variables en desarrollo, y el individuo que transita por las dinámicas de esta etapa, debe estar provisto de reglas claras que le permitan accionar con certeza, y ello en el plano sanitario significa a lo menos conocer cómo se juzgarán los elementos que determinen si su relación médica será o no confidencial.

Siendo presupuesto de la efectividad del “derecho a confidencialidad”, el hecho de que el paciente sea capaz, consideramos que “la capacidad”, cuando se excepciona del criterio cronológico civil para dar sentido de realidad a la praxis médico- sanitaria, debe evaluarse regladamente, y bajo un estándar objetivo que pruebe cuando se cumple la cota requerida de ella, evento que sucede doctrinariamente cuando se considera que el menor es “maduro”.

Siendo labor preferente del médico, dada la inmediatez de su participación en la atención primaria de salud, el determinar cuándo se alcanza la aludida “madurez”, corresponde asistirlo de una estructura normativa que justifique su decisión, atendido criterios que comprendan lo heterogéneo del concepto mismo de madurez, y que determinen mediante guías concretas y justificaciones obligadas sobre estas, que tengamos por probado de la forma más científica y omnicomprensiva posible que el menor es maduro.

“Un estándar intrínsecamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de decisiones arbitrarias” (Laudan, 2005, p 95). Y siendo así, que “la madurez” se convierta en un estándar seguro y objetivo, implica que la norma sea quién defina las obligaciones y procedimientos del facultativo en su análisis, correspondiendo a la doctrina ilustrar el mejor método para un análisis de ella ante la diversidad de casos concretos. En dicho sentido, máximas orientadoras como “el interés superior del menor” o “el “bienestar del paciente” han sido formulas insuficientes y mezquinas con el facultativo, al no tener vocación práctica, ni aludir concretamente a ninguna referencia fáctica sobre la cual el médico pueda erigir un juicio o sumar elementos a su análisis.

Siendo los médicos quienes ejercitarán la función pública de determinación de la capacidad en menores, respecto de sus derechos sanitarios, y bajo el estándar de prueba de la capacidad que constituye la madurez del menor, estimamos que la misión auxiliar de enfoques multidisciplinarios que asistan documental o personalmente al facultativo, son: En primer término un aporte de criterios y directrices objetivas y justificadas de análisis; Y en segundo término elementos de justificación de la racionalidad del juicio mismo del médico, y por lo tanto la base de su eventual defensa en caso de impugnación de responsabilidad.

No estando provista en la actualidad, garantías de objetividad en la determinación de la capacidad, el adolescente tiene la legítima opción de comenzar la relación asistencial desconfiando en el parecer racional de su médico, por lo que a lo menos instamos a recomponer la relación médico- paciente, mediante la diligente entrega de información hacia el paciente, tanto de las condiciones sanitarias de su atención y eventual tratamiento, como de sus derechos en el ámbito médico y su efectividad real.

Es importante para la operación específica de valoración de la madurez, en una edad específica de la vida, plagada de dinamismos y sinuosidades, para con pacientes específicos y particulares, dotados de un complejo de vida e identidad, proponer que el médico que le asista, evalúe y guarde sus confidencias, sea también específico, y en ese sentido, la garantía de competencia que supondría estar a cargo de propiamente tal: un “Adolescentólogo”. Para ello proponemos el desarrollo amplio de dicha actividad, la que ya tiene vida en países como Italia o Argentina, y que cuenta con la importancia demográfica de la edad en cuestión.

Por otra parte, el correcto trato como paciente de todo adolescente implica excepcionar al mínimo la intervención de terceros al contenido de su confesión médica, es el médico ante ello, el responsable directo y principal de la custodia de éste, debiendo coordinar el uso adecuado de la información, únicamente para fines de restablecimiento de la salud, y sobretodo ante la intervención de equipos multidisciplinarios.

Consideramos por último, que la importancia de robustecer y clarificar las condiciones en que el “Secreto Médico” existe, se ejercita y excepciona, es que en los contornos de la intimidad de un paciente, éste establece la prelación de los resguardos de su propia individualidad., por lo que confiar significa transgredir dichos contornos, transgresión que debe ser siempre fundada en el proceso de restablecimiento de la salud, para lo que su resguardo, aún luego de terminada la relación asistencial, es “prenda de eficacia” del sistema sanitario.

El médico controla a través del secreto, una delicada gama de detalles de la vida íntima del paciente. El resguardar la honra misma de un sujeto a través del silencio, significa una responsabilidad sobre el desarrollo mismo del paciente, cuando éste es menor Y tomando en consideración lo complejo de la “Adolescencia” como etapa dinámica de la conformación definitiva del ser humano, es deber del sistema sanitario custodiar a partir de la confianza que éste deposite en su facultativo a cargo, el patrimonio social que significan los jóvenes como protagonistas efectivos de la sociedad en el plazo inmediato.

Es en la atención primaria de salud donde primero urge dignificar a los pacientes, definiendo el concepto mismo de ellos como un sujeto de derecho que acude horizontalmente al facultativo para que preste asistencia y no auxilio, y que de confiar para resguardar su salud no exige silencio, si no que cuenta efectivamente con él.

VI. Referencias Bibliográficas:

- Adriasola, Gabriel (2008): “Aproximación al secreto médico del adolescente” en Revista Médica del Uruguay, V 24 N° 10. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rmu/v24n3/v24n3a08.pdf> . Fecha última consulta: 29 de noviembre de 2011.
- Beltrán, Juan (2006): “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión Jurídica”, en *XV Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud*, Oviedo, España. Disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol11502.pdf> Fecha última consulta: 30 de octubre de 2011.
- Benaventos, Omar (2005) “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas” [Ponencia] En: XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal. Disponible en: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/benaponencia.htm> fecha última consulta: 22 de octubre de 2011.
- Berstein, Horacio: Consentimiento Informado y confidencialidad en menores adolescentes ¿Por qué es necesario un cambio en la legislación? En: Colegio Médico de la Provincia de Buenos Aires. Argentina. Disponible en: <http://www.colmed5.org.ar/Noticias/consentimientoinformado.htm> fecha última consulta: 30 de octubre de 2011.
- Boudon, Raymond (1970) “Les méthodes en sociologie” Press Universitarire de France (PUF)
- Carvalho, Paulo, De Paula, Geana (1998) “Opinión de los estudiantes de medicina y enfermería sobre la autonomía de los adolescentes en los servicios de salud”. Revista Panamericana de Salud Pública, Publich Health 4 (6) Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v4n6/4n6a4.pdf> fecha ultima consulta: 31 de octubre de 2011.
- Cespedes Amanda (2010): “El estrés en niños y adolescentes”. Vergara, Chile
- De Lama Aymá, Alejandra (2006) “La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad”

Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/347_es.pdf
fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2011.

- Dahrendorf, Ralph (2004) “Vivir con Inseguridad” en Project Syndicate Disponible en: <http://www.project-syndicate.org/commentary/dahrendorf25/Spanish> fecha de última consulta: 31 de octubre de 2011.
- Diaz, Erika (2007): “Derechos y Deberes de las personas en la salud”. En Serie de Documentos de Trabajo. N° 3 Departamento de Planeamiento Institucional. FONASA, Chile
- Díaz de Valdés, José (2010): “Un Marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes” en Revista Chilena de Derecho Vol. 37 N° 2 pp. 277 http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000200004&script=sci_arttext fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2011.
- Domínguez, Laura (2006) “Psicología del Desarrollo: Problemas, Principios y Categorías” Editorial Interamericana de Asesoría y servicios S.A. México. 2006.
- Fanlo, Isabel (2008) “Los Derechos del Niño y las Teorías de los Derechos: Introducción a un debate” en Justicia y Derechos del Niño ,UNICEF N° 9
- Fernández, Miguel (2002) “Reflexiones constitucionales en torno de los desafíos de la atención de salud de niños y adolescentes”, en Ars Médica, Vol. 16 N° 16. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/Reflexiones.html> fecha de última consulta: 31 de octubre de 2011.
- Fernández, Silvia (2010) “Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26529 de Derechos del Paciente” Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7111&tipo=2> fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2011.
- Foyo, Roberto (2010): “El Secreto Profesional como elemento del acto médico” en: Revista Sideme N°3. Disponible en: http://www.sideme.org/revista/num3/SECRETO_Roberto_S3.pdf
Fecha de última consulta: 28 de octubre de 2011.

- García, Diego y otros (2001) “Toma de decisiones en el paciente menor de edad” en *Medicina Clínica* Vol. 117 N° 5 Pp. 179- 188. Disponible en: <http://www.gencat.cat/salut/depsalut/pdf/tomdeci2006mem.pdf> fecha de última consulta: 28 de octubre de 2011.
- Giudice, Juan (1963): *El secreto médico*, Editorial Universitaria, Chile.
- Hermanz, Margarita (2008) “Problemas Éticos en el trabajo con niños y adolescentes” XII Jornadas de Pediatría en Atención Primaria”. Argentina. <http://www.svnp.es/Documen/Etica.pdf> fecha última consulta: 01 de noviembre de 2011.
- Iaaburu, Marga (2006): “Confidencialidad e Intimidad” en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, V.29 Supl.3, Pamplona, España. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272006000600006&script=sci_arttext fecha de última consulta: 31 de noviembre de 2011.
- Laudan, Larry (2005) “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía*. N° 28. Pp. 97 Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=29104&portal=0> fecha de última consulta: 31 de noviembre de 2011.
- Llorens, Fransec (2011) “Análisis de David Hume del Principio de Causalidad” Disponible en: <http://francescllorens.files.wordpress.com/2011/02/el-principio-de-causalidad.pdf> fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2011.
- Maglio, Ignacio. (2001) “El derecho de los menores a participar del proceso de Consentimiento Informado”, Infosida, Buenos Aires, Dirección de SIDA, GCBA, N° 1: pp. 37. Disponible en: www.sap.org.ar/starticfiles/publicaciones/correo/cor2_02/999.pdf fecha de última consulta: 25 de octubre de 2011.
- Morlchetti, Alejandro (2006): “Políticas de salud y reproductiva para adolescentes y jóvenes. Un enfoque desde los Derechos Humanos”. En: Reunión de expertos sobre población, desigualdades y Derechos Humanos. CEPAL. Chile. Disponible en: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/32261/lcg2346-P_4.pdf fecha de última consulta: 27 de octubre de 2011.

- Observatori de Bioética I DRET (2002) “Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia”. España. Disponible en: www.bioeticayderecho.com fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2011.
- Ogando, Beatriz (2007): “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro” en *Pediatría Integral*, Vol.XI, N° 10. Disponible en: http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/_USER_/Ped%20Int%2011-10.pdf#page=19 . Fecha de última consulta: 01 de noviembre de 2011.
- Pacheco, Máximo (1990) “Teoría General del Derecho” 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez, Gloria (1994) “Investigación Cualitativa. Retos e Interrogantes. I Métodos” Editorial La Muralla, Madrid.
- Rojas, Jorge (2007) “Los derechos del niño en Chile: Una aproximación histórica, 1910- 1930” en: Historia N° 40, Vol. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Squella, Agustín (2008): *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- Verdu, Pascual. (2005) “El Secreto Médico: Normas y usos”. Comares. 2ª edición. España.
- Verdugo, Pfeffer, Nogueira (2002) “Derecho Constitucional” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- Zacaes, Juan, Serra, Emilia. (1996) “Creencias sobre la madurez psicológica y el desarrollo adulto”. En: Anales de Psicología 12 (1) Universidad de Valencia.

Normas legales:

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Civil.
- Código Penal.
- Código Sanitario.

- Código Procesal Penal.
- Código Procesal Civil.
- Ley 19.947, “Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.”
- Ley 20.084, “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”.
- Ley 20.418, “Fija Normas Sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad”.
- Ley 19.968 “Crea los tribunales de familia”.
- Ley 19.628 “Sobre protección de datos de carácter personal para garantizar que la información entregada a través de predictores de riesgo sea exacta, actualizada y veraz” . artículos: 11, 2º,
- Historia de la ley 20.148, mensaje del ejecutivo a la Cámara de Diputados, sesión 46, año 2009.

Normas Internacionales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Universal de los Derechos del Niño.
- Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes. Preámbulo.
- Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa.
- Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
- Declaración de Ottawa de la Asociación Medica Mundial sobre el derecho del niño a la atención médica.

- Programa de acción de la conferencia internacional sobre la población y desarrollo Naciones Unidas, Conferencias El Cairo 1994.
- Resolución de la ONU, S-21/2 de 1999 de la ONU “Medidas Claves para seguir ejecutando el programa de acción de la conferencia internacional sobre la población y desarrollo”.
- Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

Normas Legales Internacionales:

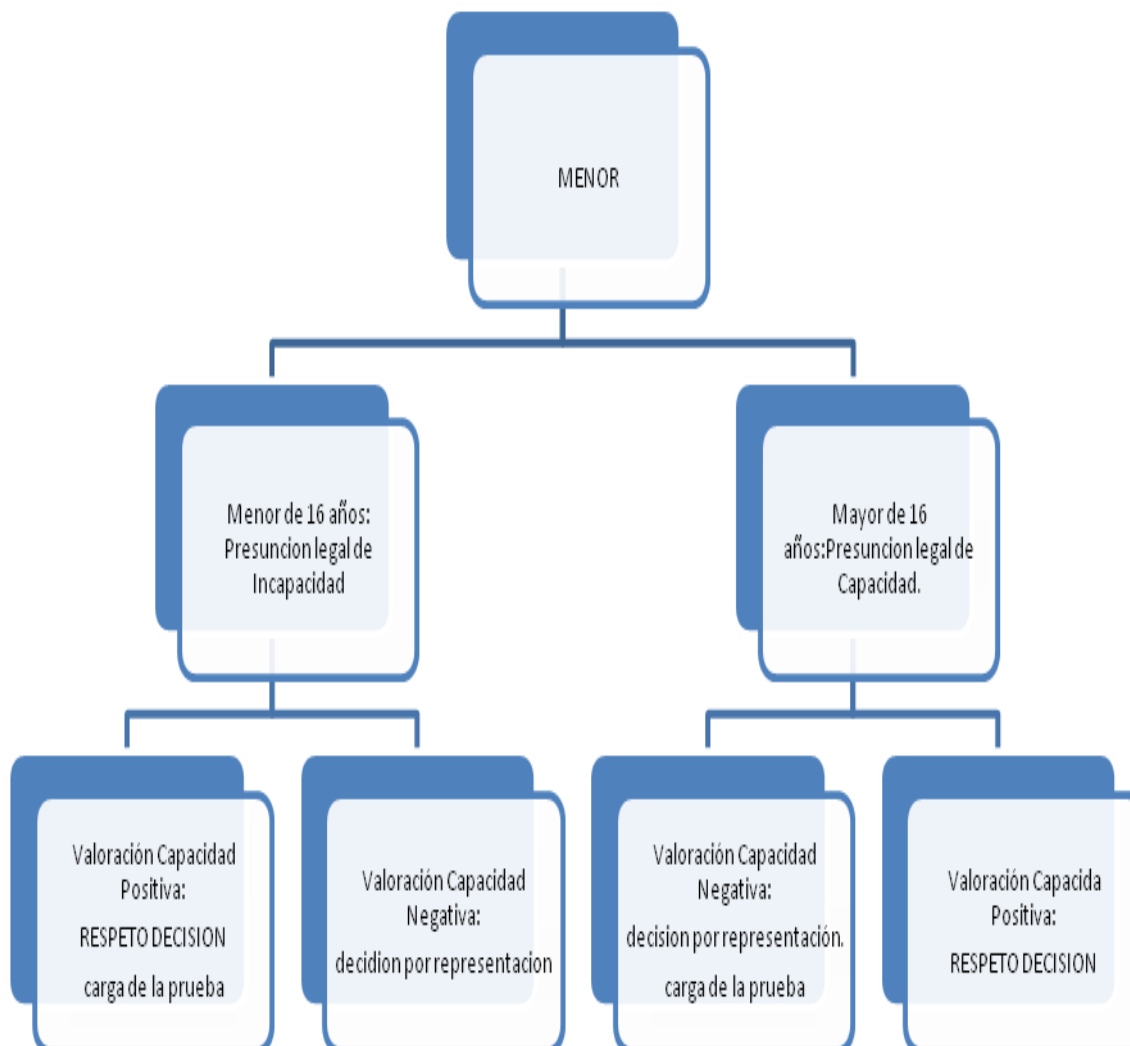
- Código Civil español.
- Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.
- Ley 41/2002: “básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Normas reglamentarias chilenas:

- Código de Ética del Colegio Médico de Chile.
- Decreto 158 de 2004. Reglamento sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria.

VII. Anexos:

1. Legislación española:



2. Legislación Chilena:

Menor

Menor en el ámbito de prestación en materia de fertilidad

Menor fuera del ámbito de prestación en materia de fertilidad

Menor de 14 solicita anticonceptivo de emergencia

Mayor de 14 años solicita anticonceptivo de emergencia

Aplicación de normas generales, artículo 1447 Código Civil

Normativa aplicable según los Tratados Internacionales ratificados por Chile

Según la práctica médica

Facultativo procede a la entrega del medicamento DEBIENDO informar al adulto responsable

Facultativo procede a la entrega del medicamento y NO DEBE informar al adulto responsable.

Son absolutamente incapaces los impuberes

Son relativamente incapaces los puberes, sus actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias determinadas por las leyes (en materia de salud no existen)

Convención sobre los Derechos del Niño:
art. 12. 1 y 2
"...teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño..."

Se determina su CAPACIDAD NATURAL o COMPETENCIA, caso a caso, según su madurez real y comprobable

