



**EL PEDIATRA, LOS PADRES Y EL DERECHO A DECIDIR EN LA
ATENCIÓN MÉDICA DE LOS PACIENTES NIÑOS O ADOLESCENTES
SEGÚN SU AUTONOMÍA PROGRESIVA**

Juan Araujo-Cuauro¹

**1. Medicina Legal. Facultad De Ciencias Jurídicas Y Políticas. Universidad
Del Zulia, Venezuela.**

CORRESPONDENCIA: Av. 16 (Guajira). Ciudad Universitaria “Dr. Antonio Borjas Romero”. Núcleo Humanístico. Maracaibo-Venezuela. Teléfono: 0414 6119640. Fax 0261-7873827. Email institucional: j.araujo@sed.luz.edu.ve. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6559-5370>. **Link perfil Google Scholar.** https://scholar.google.es/citations?user=_Jvaga8AAAAJ&hl=esJuan.

E-MAIL: j.araujo@sed.luz.edu.ve.

RESUMEN

La estimación del niño o del adolescente como sujeto de derecho, que es poseedor de una ciudadanía plena, y con un ejercicio progresivo de su autonomía basado en el interés superior, o sea, la capacidad para tener el poder de decidir por sí mismo luego de contar con el grado de madurez, la información apropiada y la ausencia de coerción, ha sido uno de sus pilares esenciales en las sociedades modernas. El paciente niño o adolescente variará, de acorde a su edad y a su grado de madurez, es decir su autonomía progresiva para tomar decisiones. En este artículo se expone la compleja situación que



se suscita en el ámbito médico asistencial lo que significa una decisión libre, y la posibilidad real que existe en estos de tomar una decisión cuando declina una conducta diagnóstica o terapéutica cuando su estado de salud se vea afectado. Las conclusiones extraídas son extrapolables al ordenamiento jurídico venezolano donde se debe abordar las consecuencias que el niño sea sujeto de derecho, lo que implica que tiene autonomía progresiva, y que debe ser oído y considerada su opinión cuando se tome una decisión que le afecte, de acuerdo con su edad y grado de madurez, garantizando un mayor respeto y atención a las decisiones de los niños o adolescente sin que se genere una colisión entre este principio con algunas instituciones tradicionales del derecho civil como la capacidad y la patria potestad

PALABRAS CLAVE Niños o adolescentes, derechos, autonomía progresiva, interés superior, grado de madurez, toma de decisiones.

PEDIATRICS, PARENTS AND THE RIGHT TO DECIDE IN THE HEALTH CARE OF CHILD OR ADOLESCENT PATIENTS ACCORDING TO THEIR PROGRESSIVE AUTONOMY

ABSTRACT

The estimation of the child or adolescent as a subject of law, who is the holder of full citizenship, and with a progressive exercise of their autonomy based on the best interests, that is, the ability to have the power to decide for themselves after having the degree of maturity, the appropriate information and the absence of coercion has been one of its essential pillars in modern societies. The child or adolescent patient will vary, according to their age and degree of maturity, that is, their progressive autonomy to



make decisions. This article explains the complex situation that arises in the medical care field, which means a free decision, and the real possibility that exists in these to make a decision when a diagnostic or therapeutic behavior declines when their health is affected. The conclusions drawn can be extrapolated to the Venezuelan legal system where the consequences that the child is subject to the law must be addressed, which implies that he has progressive autonomy, and that his opinion must be heard and considered when a decision is made that affects him. according to their age and degree of maturity, guaranteeing greater respect and attention to the decisions of children or adolescents without generating a collision between this principle with some traditional institutions of civil law such as capacity and parental authority

KEYWORDS: Children or adolescents, rights, progressive autonomy, superior interest, degree of maturity, decision making.

INTRODUCCIÓN

La población pediátrica (niños) conforman el grupo más numeroso de habitantes de cualquier país del mundo, una de cada tres personas es menor de quince años. Esta proporción es mayor en países menos desarrollados. En la distribución por edades, corresponde el mayor número en menores de cuatro años, seguido de preescolares y

finalmente el grupo de diez a catorce años. Pero también en muchas ocasiones suele ser la población más vulnerable, olvidada, y rodeada de un entorno cargado de injusticias y arbitrariedades. No obstante, muchos niños y adolescentes son poseedores de grandes capacidades y madurez para enfrentar algunas situaciones propias de la vida misma como lo es el caso de su atención médica producto de una



enfermedad como para que su opinión fuese tomada en cuenta, pero siguen siendo muchas veces los adultos los que actúan y continúan decidiendo por ellos y muchas veces en su perjuicio físico o moral (1).

La pediatría es una rama de la medicina que trata las enfermedades de niños y niñas, así como el estudio del crecimiento normal. Actualmente, es una de las ramas de la medicina más evolucionadas, con un gran avance tecnológico, sociológico y biológico.

Sin embargo, en el pasado siglo XX, ha mediado de la década de los años ochenta se creó una supra especialidad dentro de la pediatría denominada "Medicina de la Adolescencia", cuyo campo de actuación son las necesidades médicas y emocionales de las personas entre doce a veinte años, es decir los adolescentes.

Por ello el pediatra tiene sobre su conciencia la responsabilidad ético-

moral y legal de brindar una atención esmerada, pues su compromiso no es solo con el niño y su familia, es también con la salud pública y la sociedad en general.

Quizá por estas razones y basados en el principio de la beneficencia, el ejercicio de la pediatría, en comparación con otras especialidades, es mucho más paternalista, pero esta dimensión paternalista ha ido evolucionando a una relación informada y determinada por el principio de autonomía progresiva del paciente.

Según el Reglamento Interno y el Manual de Organización y Funcionamiento Hospitalario del Ministerio del Poder Popular para la Salud (MPPS) (2) en su artículo 70 °. “El Servicio de Pediatría es el responsable de garantizar al usuario en edades comprendidas entre 0 – 14 años, atención integral de salud en lo referente al crecimiento y maduración”.



La situación problemática para considerar donde la idea básica que se pretende es conocer la relación pediatras, padres y el derecho a decidir en la atención médica de los pacientes niños o adolescentes. La atención pediátrica tiene unos perfiles propios en su vertiente asistencial de los niños y los adolescentes, la edad es un factor determinante porque existe una clara limitación de la comunicación con el pediatra, también la variable padre es un elemento importante, en ocasiones la relación con los padres es lejos de ser pacífica, todas estas dimensiones no deben olvidarse desde la perspectiva de los derechos del niño o adolescente como sujeto de derecho.

Durante la actividad habitual en las emergencias o en los servicios de pediatría, surgen con frecuencia dudas acerca de cuál debe ser la actuación correcta desde el punto de vista medicolegal de estos especialistas, de los médicos residentes asistenciales, de

posgrado en formación y de las supra especialidades afines con la pediatría, ante los distintos casos de pacientes niños o adolescente que ingresen con un cuadro médico de vital urgencia o no.

En el derecho venezolano luego de la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) (3), ya no se habla de menores de edad si no de niños, niñas o adolescentes, se entiende que el menor de edad es el que no ha llegado a la mayoría, así mismo se habla de sujeto de derecho que tienen capacidad jurídica de goce y capacidad de ejercer limitada, pero con la incursión en la legislación del principio de progresividad del goce y ejercicio de los derechos humanos, entonces este principio, constituye la regla general de la capacidad progresiva de los niños y los adolescentes para el cumplimiento de sus derechos y sus deberes.



No debe decidirse sobre ninguna acción de salud sobre un individuo sin antes dotarlo de una información adecuada que nos permita obtener su consentimiento o en el caso de los pacientes pediátricos su asentimiento, para muchos autores denominado consentimiento o asentimiento informado, y para otros consentimiento o asentimiento legítimamente declarado, porque para poder consentir primero hay que informar, este representa a un principio tan importante de la bioética como lo es la autonomía o autodeterminación del hombre lo que conlleva a una manifestación de respeto a su dignidad humana (3,4).

Es por esto por lo que la Declaración de los Derechos del niño promulga el derecho que tienen a su autodeterminación, dignidad y respeto, así como a tomar decisiones sobre lo que le es o no conveniente (4). La salvaguarda del bienestar del niño recae en la patria potestad, pero a veces los

padres, tutores o los responsables legales pueden realizar actos abusivos que perjudican al niño o al adolescente, como lo es el maltrato infantil o psicológico cuando este se rehúsa o rechaza la administración de un tratamiento médico determinado. Estos actos de maleficencia, el Estado como garante del interés superior del niño o del adolescente tiene la obligación de evitar que estos no rebasen los límites de su autonomía y perjudiquen al niño o adolescente por decisiones irracionales del médico pediatra o de sus propios padres o representantes.

El presente artículo tiene como finalidad el estudio de un concepto jurídico el niño o el adolescente como sujeto de derecho y ya no objeto de protección o incapaces. El derecho a decidir durante su atención médica a rehusar, declinar o rechazar un tratamiento médico por motivos culturales, religiosos, ideológicos, o de cualquier otra índole, derecho que a



pesar de haber sido mayormente abordado en nuestra legislación interna bajo la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y que se encuentra establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, tratado que ha sido debidamente ratificado por nuestro país (4, 5).

Con el propósito de entender y darle respuesta a dicho objetivo se analizará el ordenamiento jurídico venezolano pues este resulta más complejo de abordar desde lo médico legal. Es por ello que se redujo el universo comprendido del menor de edad a toda persona que no ha llegado a cumplir los dieciocho años, como se regula en el artículo 18 del Código Civil venezolano (2)

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Recibido: 12/06/2020

Aprobado:01/07/2020

A lo largo de la historia de la humanidad se ha demostrado que la infancia ha sido invisibilizada, al grado de adquirir la denominación de “menores” en la situación irregular, “menores infractores” en la ley penal, “menores abandonados”, “menores en situación de riesgo”, y este modelo estigmatiza al niño sin oportunidades ni familia, convirtiéndolo en un “menor” definido a partir de su “incapacidad jurídica”. Esta forma de definir a los niños se hace a partir de sus carencias o necesidades, o por lo que les falta para ser adultos (6,7)

Pero esta situación ha cambiado a partir de la Doctrina de la Protección Integral, bajo esta doctrina se establece que ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta, la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida (8,9,10).



Es por esto por lo que la concepción moderna de infancia, que la Convención sobre los Derechos del Niño expone, rompe con el paradigma de que los niños son objetos de derecho e iguala los derechos humanos entre los niños y adultos y surge la idea del niño como sujeto pleno de derechos.

Aun bajo la reconstrucción jurídica de la niñez, es de hacer ver que los niños son “sujetos de derecho especialísimo, dotados de supra protección y de nuevas garantías que no les corresponden a todas las personas.” Pero como sabemos, el niño es portador de derechos, pero la capacidad para hacerlos efectivos, es decir ejercitarlos por sí, se limita en la misma ley (5, 6).

Es por ello que al hacer referencia sobre los derechos de los niños y adolescente tenemos que hacer un alto en la Convención de Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño,

establece que “[...] que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Tal premisa encuentra su justificación en el concepto de dignidad humana, reconocida en el preámbulo y artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (7, 8, 9).

Según el diccionario de la lengua Española el Vocablo “edad” proviene del latín *eatas*, atis y significa el tiempo que ha vivido una persona o animales o vegetales. Cada uno de los periodos en que se considera dividida la vida humana.

El artículo 2° de la LOPNNA expone la definición de niño, niña y adolescente. “Se entiende por niño o niña toda persona con menos de doce años. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años” (3).



Por lo que es primordial y necesario conocer cuál sería la actuación correcta ante unas situaciones concretas, frecuentes en la práctica pediátrica de emergencia o no.

Así mismo la necesidad de establecer pautas de actuación concretas, y por último plasmar estas normas consensuadas en una publicación de amplia difusión para general conocimiento y así sentar las bases que permitan a los integrantes de la administración de justicia decidir sobre la correcta actuación del médico pediatra o las especialidades afines con la pediatría en cada caso en concreto (9, 10, 11).

Ya que como se ha constatado en las disposiciones del ordenamiento jurídico legal venezolano en referencia a la fundamentación medicolegal, es una materia uniforme para todas las áreas de la medicina, como para la especialidad en pediatría, donde esta no

es la excepción, para el legislador ni para el Estado, sin embargo, hay que tener en cuenta que del ámbito jurídico en Venezuela en materia sobre niños, niñas y adolescentes el texto constitucional enmarca en su artículo 78°.

“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República”.

Asimismo, junto a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), que junto a otro conjunto de leyes le dan su matiz legal (12,13).

Con alta frecuencia los profesionales médicos, y por supuesto los pediatras



en atención primaria se encuentran con conflictos entre la relación pediatra-menor-padres; esta situación genera, sin duda, un gran desasosiego.

El mensaje esencial es que en todo caso en el frontispicio de toda decisión debe estar grabado, en el interés superior de los niños, niñas y las/los adolescentes. En algunos supuestos las funciones inherentes a la patria potestad ceden cuando surge un conflicto de intereses entre los pediatras, los padres y los niños o los adolescentes al momento de tomar una decisión donde se invoque el derecho (14, 15, 16).

La ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes, hace mención en su artículo 8° sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes basado en la interpretación de un principio que está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y las/los adolescentes, así como el disfrute pleno

y efectivo de sus derechos y garantías. Por otro lado, el artículo 10° (ibídem) sobre los niños, niñas y las/los adolescentes como sujetos de derecho este expone: “Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño” (17, 18,19).

Asimismo, siguiendo con el ordenamiento jurídico internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12.2, reconoce al menor el “Derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” y, en el artículo 12.3, la “[...] oportunidad de ser escuchado [...] que afecte al niño”. Por su parte, el



artículo 13 versa sobre la libertad de expresión. Igualmente, el artículo 14.1 insta a los Estados a respetar “el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia ...Omissis” (Artículo 14.3). De conformidad con lo mencionado, el artículo 16 señala que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales [...] ni ataques ilegales a su honra y a su reputación”. Y, el artículo 34 exhorta a los Estados a “proteger al niño”. Todos estos derechos consagrados de igual manera en la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescente y en la Constitución venezolana (15, 16).

El derecho a participar los niños y los adolescentes es un derecho importante, que siempre debe prevalecer en cada uno de ellos, ya que este derecho involucra también el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, a la libertad de asociación y el acceso a la información. Este derecho les permite que puedan

expresar sus propias opiniones en todos los asuntos que los involucre, que puedan ser escuchados y poder así elegir sus propios beneficios (20, 21).

Sin embargo, en este orden de ideas los últimos cambios legislativos para proteger a los niños y a los adolescentes han venido a poner coherencia, y reforzar, una normativa que, para algunos sectores, todavía adolece de cierto orden y se encuentra muy dispersa. Las interrogantes para plantearse son cuando se trata de conocer ¿hasta dónde llega la capacidad de obrar y los derechos y obligaciones legales de niños y adolescentes? ¿hasta dónde llega el ejercicio de la patria potestad durante esas edades? Y esto es lo que, para algunos, la legislación no deja tan claro. Por ejemplo, el principio de autonomía del paciente menor es decir el niño o el adolescente pueden decidir sobre un tratamiento e intervención médica salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo



para la vida o salud del niño o adolescente. En ese caso, el consentimiento lo tendrá que prestar su representante legal, una vez que se ha oído y tenido en cuenta la opinión del niño o adolescente, es decir su asentimiento (17, 18).

En el caso del niño o el adolescente que demande asistencia médica, y que este objete la terapéutica médica, será en primera instancia el pediatra tratante quien tenga la responsabilidad/obligación de determinar el grado de capacidad progresiva del niño o el adolescente (20, 21, 22).

La ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescente consagra en su artículo 41° Derecho a la salud y a servicios de salud. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Asimismo, tienen derecho a servicios de salud, de carácter

gratuito y de la más alta calidad, especialmente para la prevención, tratamiento y rehabilitación de las afecciones a su salud”.

Asimismo, en el artículo 48° Derecho a atención médica de emergencia. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir atención médica de emergencia”.

Indubitablemente el médico pediatra es el responsable de la salud del paciente niño o adolescente, además, este debe ser el garante y veedor de los derechos del niño o del adolescente. El médico pediatra tiene que transformarse en un defensor e impulsador de acciones cuando se susciten alguna de las siguientes situaciones, que cuestionan o pueden contravenir la decisión del niño o del adolescente:

1. Los padres o los representantes legales del del niño o del adolescente abusan de su autoridad es decir la patria



potestad que resulta en detrimento de su salud.

2. El niño o del adolescente que atenta contra sus propios intereses producto de su inmadurez por falta de capacidad progresiva al tomar una decisión no favorable.

3. Discrepancia de opiniones razonamientos o falta de este entre el niño o el adolescente y los padres o tutores o responsables legales, que proponen una alternativa lesiva para su salud.

4. Enfrentamiento entre los padres o responsables legales que utilizan la situación del niño o del adolescente enfermo para sus fines personales.

Ante las situaciones señaladas, el médico facultado deberá informar a las autoridades competentes consejo de menores, fiscalía o juzgado de guardia, entre otros, y comunicar objetivamente

las circunstancias, sin intentar presionar o incidir en la resolución de los funcionarios judiciales (24, 25, 26).

Por otro lado, se le debe comunicar y notificar al comité de bioética del hospital el incidente para que intervenga, previo a las disposiciones legales pertinentes.

El escenario es distinto cuando un niño o adolescente, de manera voluntaria, se presta a una intervención quirúrgica por motivos estéticos. En esta ocasión, no estaríamos ante la protección a la salud e interés superior del niño, a este respecto, en su obrar.

Pero en todo caso debe tenerse presente el principio general que plantea por las diferentes normas internacionales y de derecho interno que se ocupan de esta cuestión, cual es el de la supremacía de interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y que las limitaciones a su



capacidad de obrar se interpreten de forma restrictiva (27, 28, 29).

La protección de los derechos de la infancia y adolescencia en Venezuela y en América Latina está hoy regida principalmente por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), que ha dado origen a la construcción de marcos jurídicos específicos para garantizar los derechos de niños y adolescentes.

CONCEPTO JURÍDICO ACTUAL AUTONOMÍA PROGRESIVA. ESTATUS JURÍDICO ACTUAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE

Somos personas y como tales poseemos atributos, la capacidad es uno de ellos, es la que nos permite ser titulares y ejercer por nosotros mismos los derechos que ostentamos.

La capacidad general de las personas, tal y como aparece configurada en el

texto constitucional venezolano en el artículo 19°. “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. Además de ser, por definición, de ámbito restringido, es variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y volitivo que socialmente corresponda a cada edad y al estado físico o psíquico en que se encuentre cada sujeto (29, 30).

La capacidad es un concepto básico elemental de la teoría general del Derecho, que señala en qué medida un sujeto puede ser titular y, a su vez, ejercer los derechos y deberes que se posee; de allí que se divida en: capacidad jurídica y capacidad de ejercicio (27, 28, 29).

La capacidad de ejercicio en el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, posee



un interés particular pues la misma varía sustancialmente en la forma de determinarla para los niños y adolescentes, en relación con la que corresponde para los adultos.

Pero antes de entrar a analizar la capacidad jurídica del niño o el adolescente es necesario hacerse algunas interrogantes y darles su respectiva respuesta ¿A quiénes consideramos personas menores de edad? Las que no cumplieron dieciocho años. A partir de los dieciocho, son mayores de edad (artículo 18 del código civil venezolano) ¿Cuál es la diferencia entre personas mayores y menores de edad? La capacidad jurídica, es decir, lo que pueden y no pueden hacer. ¿Qué es la capacidad jurídica? La capacidad jurídica (o simplemente, capacidad) es, en Derecho, la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas o bien la aptitud de una persona natural para actuar por sí misma en la vida civil. La capacidad va paralela a

personalidad, se debe ser necesariamente persona para tener capacidad.

Hay dos conceptos importantes referidos a la capacidad: (a). La capacidad de derecho: es la posibilidad de ser titular de derechos y deberes. Todas las personas tenemos capacidad de derecho.

La capacidad de obrar, en Derecho, consistente en la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia de los actos realizados por ella según su estado civil, es decir, la posibilidad que tiene cada persona de actuar en la vida conforme a dicho estado. También se podría definir como la aptitud de la persona para constituir, modificar, o extinguir relaciones públicas, es la idoneidad para realizar actos jurídicos.

La capacidad de obrar es la capacidad para poder llevar a cabo en la práctica todo tipo de negocios jurídicos con eficacia válida. No es igual para todos,



porque ésta depende de la edad de la persona física, y también de la capacidad de autogobierno de las personas. La máxima capacidad de obrar se adquiere a los 18 años sin embargo existen excepciones de acuerdo con la ley.

Al examinar la capacidad jurídica de los niños y se los adolescentes con respecto a la capacidad de derecho o de obrar desde la perspectiva del modelo que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se determina que la capacidad de obrar de los niños y de los adolescentes se debe determinar según detentan capacidad natural para efectivamente ejercer la facultad objeto de examen, lo que se ha expresado también con los términos capacidad evolutiva o capacidad progresiva o autonomía progresiva (17, 20, 23).

(b). La capacidad de ejercicio: es la posibilidad de ejercer por uno mismo los derechos y deberes que todos tenemos.

No se debe confundir los términos, que sin embargo son diferentes, lo mismo se aplica a la diferenciación entre capacidad de “goce, legal o jurídica” y de “obrar, ejercicio o de hecho”, ya que se puede tener capacidad de goce mas no de ejercicio, un ejemplo sería el niño o adolescente que es propietario de un bien inmueble, y aunque tienen derechos sobre la propiedad (capacidad de goce), no pueden ejercitar sus derechos vendiéndola o arrendándola (capacidad de ejercicio) (25, 26, 27).

¿Qué es la capacidad progresiva? La capacidad de ejercicio no se adquiere de un día para el otro al cumplir dieciocho años. Es un proceso gradual por el cual las personas menores de edad pueden ir ejerciendo derechos por sí mismas de acuerdo a su edad y grado de madurez.



Por eso se llama capacidad o autonomía progresiva (23, 30).

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes expone en su artículo 13° el ejercicio progresivo de los derechos y garantías.” Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma, se le exigirá el cumplimiento de sus deberes”.

Entonces ¿Cómo pueden ejercer sus derechos los niños y/o los adolescentes? Ciertas cosas pueden hacerlas por sí mismos y otras con la asistencia de sus representantes legales, que son sus padres y, si faltan sus padres, los tutores o responsable legales.

¿Los adolescentes tienen mayor capacidad de ejercicio que los menores de trece años? Sí, por el principio de

capacidad progresiva o capacidad evolutiva.

Era en tal sentido, que el modelo tradicional surgido con los códigos civiles decimonónicos, parte de calificar a los niños o adolescente (menores de edad) como “incapaces plenos” según el criterio de la edad. Es por ello que es necesario su modificación para demandar que los niños y adolescentes poseen capacidad limitada o semicapacidad, y la misma se determinará para cada caso en concreto según la madurez que presente el titular del derecho, lo que se expresa en un criterio subjetivo denominado capacidad natural, progresiva o evolutiva. (17, 18, 20).

Esta capacidad va a depender de las condiciones de madurez efectivas de cada sujeto que va adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad, donde se adquiere la plena capacidad. Durante la menor edad



la ley distingue edades jurídicamente relevantes en las que se confiere a la persona, aun siendo menor, capacidad para realizar actos relativos a su persona.

Resulta entonces que, a partir de la reforma, la edad no mide el desarrollo físico y psíquico del niño o del adolescente, sino que solo sirve como punto de aproximación y debe necesariamente complementarse con la valoración de sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para determinar su capacidad para ejercer cada acto (23, 25, 27).

La autonomía progresiva, edad y capacidad de ejercicio, la capacidad de los niños y de los adolescentes se desarrolla hoy bajo la idea de progresividad y ya no supone fraccionamientos temporales que conducen a compartimientos estancos y sucesivos (incapacidad-capacidad: una persona es incapaz hasta la noche

anterior a cumplir dieciocho (18) años y al día siguiente es plenamente capaz). Por el contrario, la capacidad se mide para la mayor parte de los actos, en función de la edad, la madurez y el discernimiento suficiente (19, 23).

Analizada desde el punto de vista de la progresividad, la capacidad importa la participación en carácter personal de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, atendiendo a su grado de desarrollo madurativo y el nivel discernimiento alcanzado.

En cuanto a la edad, corresponde determinar a qué edad se refiere el legislador o cual es el sentido interpretativo que debería darse a la misma, para lo cual habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescente De acuerdo con ello, la ley atribuye discernimiento a los adolescentes (personas que ya han alcanzado la edad de trece años) para



ejercer sus derechos y ejecutar actos jurídicos.

En segundo término, hay que considerar qué se entiende por madurez suficiente, incorporada como complemento de la edad en el nuevo sistema al momento de reconocer a la menor capacidad para el ejercicio de sus derechos (8, 30).

El reconocer la capacidad progresiva implica poner la atención en la personalidad del niño y del adolescente y en el respeto de las necesidades que presentan en cada etapa de la vida, promoviendo su participación en el proceso formativo y propiciando un gradual reconocimiento y una efectiva realización de su principio de autonomía o autodeterminación en el ejercicio de los derechos, en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

Si se avanza en el análisis de la cuestión cabe preguntarse ¿a quién corresponde

evaluar la madurez del sujeto y su grado de aptitud para el ejercicio de sus derechos?

Los primeros evaluadores de la personalidad del niño o del adolescente serán sus padres en el ejercicio de la responsabilidad parental de su patria potestad, luego en otro orden tendrán también la responsabilidad de evaluar quienes integren las instituciones administrativas (escuelas, organismos de protección, centros de salud, seccionales policiales, entre otros.) o judiciales (Ministerio Público, Defensorías, Cuerpo Profesional Forense, Equipos Interdisciplinarios entre otros.) gravitantes en la vida del niño o del adolescente. No obstante, será en última instancia el Juez a través de los tribunales de menores quien asuma el rol de evaluador en el marco de un proceso judicial, determinando si responde al mejor interés del niño o del adolescente realizar por sí el acto en particular (17, 23).



Todo esto es producto de la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha provocado transformaciones trascendentales en la forma de entender la infancia y la adolescencia. Se produce un cambio en el paradigma, que significó pasar de la doctrina de la situación irregular o Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho. Así lo expone la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo 10°. “Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño” (20, 23, 30).

Esta modernización de la legislación de los Estados participantes adoptada a raíz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño o al adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la teoría implementada de que el niño o el adolescente era un simple elemento destinatario de acciones sociales o un puro o simple objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección.

La incorporación de la doctrina de protección integral a las leyes promulgadas en el caso venezolano con la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se considera al niño y al adolescente sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades, mientras el niño va alcanzando madurez serán los padres o sus representantes legales



quienes los acompañen guiándolos y apoyándolos para hacer efectivo sus derechos (29).

Cambios propiciados y fundamentados en tres principios: el principio de autonomía progresiva, consagrada en el artículo 20° del texto constitucional bolivariano que señala. “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. Asimismo, en el artículo 28° de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual expresa. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley”. El interés superior del niño registrado en el artículo 8 de la ley in comento.

“El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de

interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”.

Y por último el derecho de éste a ser oído e informado consagrado en el artículo 80° (ibidem) el Derecho a opinar y a ser oído y oída. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés. b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo”.

Su reconocimiento comprende el derecho del niño y del adolescente a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta, lo cual importa, a su vez, el reconocimiento de una capacidad



progresiva en los términos ya expresados.

Escuchar su palabra y su opinión, en sus pensamientos y sentimientos, es reconocerlo como persona y significa considerar, examinar y comprobar lo que presenta o requiere.

El alcance del derecho a ser oído no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre al niño o al adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, médicos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, entre otros (16, 17).

Asimismo, el derecho a ser informado es ineludible y complementario del derecho de opinar y ser oído. Cuanta mayor información tenga el niño o el adolescente (acorde a su madurez y su edad), mejor será su participación opinando en los asuntos que lo afecten.

Dos situaciones muy particulares que pueden ser relevantes en este derecho; ¿Cuándo se debe escuchar e informar al niño o adolescente? y ¿Cuándo debe ser considerada su opinión?

Con respecto a la primera, como regla general, debe ser oído e informado siempre, a cualquier edad y la escucha debe desenvolverse en forma directa en todas las circunstancias que sea posible, quedando comprendido el derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les afecten y los que sean de su interés. Este derecho se extiende a todos los campos donde el niño o el adolescente se desenvuelven, entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo (15, 16).

La capacidad progresiva de autonomía que se encuentra vigente, a mayor entendimiento y más grado de desarrollo, la opinión tendrá más peso en la decisión familiar, judicial o



administrativa de que se trate, lo que equivale a sostener que esta facultad reconocida al niño o al adolescente debe ser valorada de conformidad con la edad y el grado de madurez que presente.

Respecto a la segunda situación, se deberá tener mucho cuidado que del ejercicio del derecho reconocido al niño o al adolescente para obtener su participación y opinión no se deriven perjuicios para él, en cuyo caso su opinión cede ante el interés superior del niño que siempre deberá ser el que prevalezca.

Deberá considerarse además el acto concreto, su naturaleza, su mayor o menor grado de complejidad y sus efectos eventuales, dado que serán determinantes en la consideración o no de la opinión del niño o del adolescente (27, 28).

Hoy, bajo el amparo de la Constitución Nacional, de la Convención y

Legislación interna, los niños y los adolescentes pueden ejercer sus derechos y responder en los cumplimientos de sus deberes, de acuerdo con el desarrollo evolutivo de sus facultades.

Los niños y los adolescentes, sujetos de cero a dieciocho años de edad, los cuales fueron dotados de capacidad progresiva, por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Atendiendo estas consideraciones, dentro de las obligaciones que contrae el Estado para la protección al derecho a salud, así como el derecho de protección a la integridad física y psicología de los niños y de los adolescente todas contenidas en el texto constitucional, así mismo lo contempla la LOPNNA en su artículo 4° dentro de las obligaciones generales del Estado, este expone que: “El Estado tiene la obligación indeclinable de tomar todas



las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los niños y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos y garantías”.

Asimismo, expresa por otra parte la ley in comento en su artículo **4-A**. acerca del principio de corresponsabilidad en donde el Estado, las familias y la sociedad son corresponsables en la defensa y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que asegurarán con prioridad absoluta, su protección integral, para lo cual tomarán en cuenta su interés superior, en las decisiones y acciones que les conciernan (12).

En consecuencia, la protección integral para que los niños, niñas y adolescentes disfruten de sus derechos y garantías, sino que también se busca especialmente que ellos puedan

ejercerlos de forma personal, directa y progresiva

Entonces el médico pediatra junto a las especialidades afines con la pediatría están obligados por corresponsabilidad a velar por la defensa y garantía del derecho que tiene todo niño, niña y adolescente, a la salud, a su integridad física y psicología, pero sobre todo a un derecho inalienable como lo es el derecho a protección o preservación de la vida función primordial del médico pediatra en su ejercicio profesional (18).

Por último, el artículo **91°** (ibidem) hace referencia al “Deber y derecho de denunciar amenazas y violaciones de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Todas las personas tienen derecho de denunciar ante las autoridades competentes los casos de amenazas o violaciones a los derechos o garantías de los niños, niñas y adolescentes”.



Es por todo esto, es que la edad en el derecho es la que atribuye determinados efectos o capacidades según se tenga una edad u otra, por cuanto uno de los elementos que marca el nivel de discernimiento de los sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano. El Legislador Patrio estableció la edad de dieciocho años (18) como límite para alcanzar la mayoría de edad, establecido en el artículo 18° del Código Civil.

Finalmente podemos llegar a la conclusión por todo lo expuesto que los niños y adolescentes gozan de una autonomía progresiva, que busca el desarrollo de ciertas prerrogativas, entregándoles libertades acordes a su madurez y en las diferentes etapas de la infancia; ya no son sólo los padres quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos.

LA NOCIÓN JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL CAMPO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: INCIDENCIAS SUBJETIVAS E INSTITUCIONALES

La autonomía progresiva de los niños y de los adolescentes en la doctrina clásica de la capacidad, presenta contradicciones el ejercicio de este derecho, en el Código Civil en el derecho patrimonial clásico se ordenan las reglas que determinaban la capacidad en el acto jurídico, centrándose en la capacidad de ejercicio, por cuanto a toda persona se le concede capacidad de goce.

Que se entiende por capacidad de goce, como la capacidad para adquirir o gozar de los derechos civiles que tienen todos los sujetos por el solo hecho de ser personas, por lo que esta representa una de las maneras que es uno de los



atributos de la personalidad. En cambio, la capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida del ámbito civil (19).

Por lo que esta aptitud está constituida por un requisito concreto que debe concurrir en los individuos, que lo desmarcan de la aptitud para ser titular de derechos, que solo requiere la atribución de la personalidad establecida por el ordenamiento jurídico.

Esta condición que supone, o más bien constituye la capacidad de obrar, es la existencia real y concreta de una voluntad capaz de juzgar con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuales son los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales que desea realizar.

Sin embargo, esta forma de abordar la capacidad conforme a un sistema rígido de edades se tornó insostenible para

resolver los problemas que se presentan en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales. Esta forma clásica de entender la incapacidad colisiona con el derecho moderno, el cual centró su eje en los derechos fundamentales o de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales. Esto condujo a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extrapatrimonial, de los derechos de la personalidad o de los fundamentales (13, 19).

La ya expuesta Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció esta concepción jurídica y social respecto de la infancia y la adolescencia, es precisamente de ella que surge el reconocimiento de los niños o los adolescentes como sujetos de derechos, que viene a promover la noción de autonomía o capacidad progresiva.



El principio de la autonomía progresiva que reconoce que los niños y adolescente son sujetos de derecho, con voluntad que les permite manifestar y reconocer intereses y deseos, de acuerdo con sus aptitudes, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres y el médico pediatra. De lo que se deriva la necesidad de suplir a la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños y de los adolescentes por el de una capacidad progresiva (20, 22).

El interés superior del niño como principio rector de la Convención y el principio de autonomía progresiva, están incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en la LOPNNA. Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes, con la finalidad de proteger su desarrollo y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida. El interés superior del niño junto a la

autonomía progresiva, como derecho, principio general y regla de procedimiento, está dado a analizar, con especial atención, las situaciones de hecho que rodean a los conflictos en que se involucran niños y adolescentes (15, 16, 19).

Cuando el interés o la autonomía progresiva del niño o el adolescente entra en enfrentamiento, con el de otra persona, el juez o las personas responsables de la toma de decisiones deberán analizar, considerar y ponderar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño o adolescente sea una consideración fundamental y primordial. Esto significa que los intereses del niño o del adolescente tienen la máxima precedencia y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe adjudicar más importancia a lo que sea mejor para el niño o el adolescente (16).



El interés superior del niño cuando se refiere a la capacidad en el orden del principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño o del adolescente, puesto que lo más conveniente para ellos es el ejercicio de sus derechos y dentro de estos derechos está el ser oído, ser informado y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en virtud de la evolución de sus aptitudes, frente al deber de los padres o demás responsables en su caso, de impartir orientación y apoyo para que el niño y el adolescente ejerzan sus derechos, de acuerdo a su edad y su grado de madurez intelectual (13).

Es por todo esto que de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se desprende de su artículo 5° el principio de la autonomía progresiva del niño que establece que la autonomía del niño, niña o adolescente es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus aptitudes psicológicas, propiciando a los padres o a las personas que esté a su

cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos.

Este principio viene a afectar la facultad de representación y algunas facultades, deberes y responsabilidades de la filiación como los es la asistencia médica que tienen los padres o las personas a cuyo cargo se encuentren respecto de sus hijos. Este principio se encuentra incorporado en la legislación venezolana en el artículo 20° de la constitución y en artículo 11° y 13° de la LOPNNA.

El ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva de sus aptitudes, las cuales van adquiriendo los niños o los adolescentes, esa capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. Sin embargo, no está establecida una edad fija a partir de la cual sobre todo los



niños puedan ejercer sus derechos, sino que se evalúa su desarrollo para considerar cuando ejercitarlos. Este desarrollo está firmemente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor (18).

Asimismo, el artículo 5° de la CDN determina cuál es el papel de los padres o persona que esté a cargo del niño o del adolescente y del Estado. A los padres o persona que están a cargo del niño o del adolescente les corresponde conducir y orientar a estos para que puedan ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que le otorgan al niño y/o al adolescente.

Estos ajustes se deben hacer tomando en cuenta los intereses y las pretensiones del niño o del adolescente, así como las capacidades de éstos para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía es recíprocamente proporcional: a menor autonomía del niño o del adolescente, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del del niño o del adolescente.

Asimismo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes recoge el papel de los padres en el artículo 13° en el Parágrafo Primero:

“El padre, la madre, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio progresivo



de sus derechos y garantías, así como en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la ciudadanía activa”.

En cuanto al papel del Estado, el mismo artículo 5° establece que le corresponde a éste, respetar los derechos y facultades de los padres o personas que estén a cargo del niño, niña o adolescente.

Respecto al nivel de desarrollo, no hay duda de que hay grandes diferencias en el nivel del desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen los niños. La capacidad de decisión de un niño de 4 años no es igual ni se compara a la de un adolescente de 15 años: por ello debe equilibrarse razonadamente a la trascendencia de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, finalidad última de la

normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

Por ello, el ejecutante del derecho del niño o del adolescente, sea en el ámbito administrativo como lo es la atención médica, el médico pediatra, debe tomar en consideración las condiciones específicas del niño o del adolescente y su interés para acordar la participación de éste, según corresponde, en la determinación de sus derechos con respecto a su estado de salud (17, 18, 28).

Es necesario destacar que la autonomía o capacidad progresiva que se le reconoce a los niños y a los adolescentes no solo comprende el ejercicio de sus derechos sino también sus deberes u obligaciones. Esto significa que los niños y los adolescentes son responsables de sus actos a medida que van adquiriendo madurez y en consecuencia si un



adolescente tiene la suficiente madurez para tomar una decisión sobre su vida, también lo es para asumir los errores, riesgos y deberes que aquella decisión le puede traer aparejado.

Por todo lo expuesto es conveniente y sano ratificar que la autonomía progresiva de un niño o un adolescente debe ser evaluada caso a caso, cada niño o adolescente es único, tomando en cuenta su grado de madurez tanto psíquica como social y culturalmente.

En cuanto autonomía progresiva y la patria potestad, existe una vinculación muy directa entre el principio de la autonomía progresiva y la patria potestad. Esta última determina que son los padres quienes tienen la potestad de decidir sobre los bienes de sus hijos menores de edad y de representarlos, haciendo alusión al antiguo modelo que concebía al niño como objeto de protección (11, 29).

Entrando en contradicción a lo que el principio de la autonomía progresiva sostiene en cuanto a que los adultos tienen que orientar a los niños y adolescentes para que sean ellos quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. De esta manera, la representación legal por parte de los padres irá disminuyendo a medida que los niños y adolescentes vayan alcanzado mayor autonomía, actuando en representación legal como la forma de protección especial de los niños, y adolescentes que no cuentan con un grado de madurez o autonomía suficiente para ejercer por sí mismos los derechos contemplados.

La incorporación del principio de autonomía progresiva apegado a la patria potestad permite al niño o adolescente manifestar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta cuando sea beneficiosa para éste, cuando se tenga que administrar una conducta médica o cuando se actúe en representación de él.



Asimismo, dentro de esa autonomía progresiva está el derecho del niño y del adolescente a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula y configura a partir del principio del interés superior del niño o del adolescente, entendido como la satisfacción integral de sus derechos pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle la oportunidad de ser oído (15, 17).

Es un principio establecido en la Convención de los Derechos del Niño, que consiste en deber que tiene los Estados en este caso el Estado venezolano de garantizar a todo niño o adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de manifestar su opinión libremente, detentándose la oportunidad en cuenta, conforme a su edad y grado de madurez. Con tal fin se dará al niño o del adolescente la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento médico-quirúrgico que le afecte, sea

directamente o por medio de un representante o de una institución apropiada, es por esto que aplicar el derecho del niño o del adolescente a ser oído es un requisito esencial para determinar el interés superior del niño en el caso concreto como lo es la atención médica debido a un problema con su salud (13, 28).

Pero hay que tener presente que la obligación de oír al niño no es equiparable con aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante para analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que se adopte sea la más favorable a su respeto como sujeto de derecho.

Es por ello que tiene el derecho a manifestar de manera libre sus deseos y sentimientos y que sean considerados y tomados en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que le incumbe, vinculándose directamente con el



principio de la autonomía progresiva, esto significa que el niño y/o el adolescente pueden expresar sus opiniones libremente sin manipulación ni estar sujeto a una influencia o presión indebida para que estos pueden escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser oído.

Se sostiene que el derecho a opinar es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños y/o de los adolescentes, entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva (22, 23, 28).

Por un lado, exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, pero

hay que dejar muy claro que la “edad” en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño o del adolescente por ese mismo motivo, las opiniones de estos tienen que evaluarse mediante un examen caso a caso. Y por el otro lado la "madurez" hace alusión a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomársela en consideración al determinar la capacidad de cada niño y adolescente. Por lo que se hace muy difícil definir la madurez.

La aplicación del derecho del niño y/o adolescente a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta se vincula con el derecho al debido proceso. El ser oído, comprende en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que les afecten, un acto médico contrario a la opinión del niño o del adolescente deberá señalar las razones por la que



resulta perjudicial para sus derechos (23, 29).

Finalmente, en cuanto al principio de autonomía progresiva en pediatría en el marco de la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes. La autonomía ha sido uno de los pilares de la bioética desde sus orígenes. Es el derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las acciones que se realicen sobre su propio cuerpo, sobre la base de sus valores. Para ejercer este derecho, es necesario haber alcanzado el grado de madurez suficiente para tomar decisiones por sí mismo, sin estar bajo ningún tipo de coerción y contando con la información adecuada. Este principio, fundamental y claramente comprendido en los adultos, reviste, sin embargo, aspectos no tan claros durante la edad pediátrica. De allí que puedan surgir diversos dilemas e interrogantes: ¿Desde cuándo, cómo y hasta dónde un niño/a y/o adolescente se encuentra en

condiciones de decidir por sí mismo? ¿Cuál es el rol de los padres y/o tutores frente a estas tomas de decisiones? ¿Cómo debería ser el accionar médico ante ellas? Estas son las preguntas que, habitualmente, se generan, en el ámbito de la pediatría, dudas de cómo debería ser nuestro accionar, ya no solo ante situaciones límites, sino también en situaciones de la práctica diaria. Hay que reconocer, sin embargo, que la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Carta Europea de los Derechos de los Niños y las Niñas Hospitalizados (1989) y, en Venezuela en la Constitución bolivariana (Art.19) y en la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (2007) (Art. 13) han ido delineando pautas basadas en una concepción actualizada del tema. Progresivamente, fue tomando mayor relevancia la atención al derecho que tiene el niño o el adolescente a ser escuchado, a tomar decisiones en cuanto a su persona y a



que estas decisiones sean respetadas en función del grado de madurez alcanzado (23, 29).

CONSENTIMIENTO INFORMADO LEGÍTIMAMENTE DECLARADO O ASENTIMIENTO, UN DERECHO DE LA NIÑEZ

La autonomía del paciente debe hacerse valer en la práctica médica diaria, pues se ha establecido que no debe tomarse ninguna acción de salud sobre un sujeto sin antes habersele informado adecuadamente y entonces haciendo valer su derecho de autonomía, obtener de él su consentimiento para aplicar la acción de salud, el término Consentimiento Informado, revoluciona la antigua relación médico paciente paternalista, acercándose más el médico a su paciente, estando un tanto apegado a sus sentimientos y necesidades objetivas de salud mejorando la calidad de la asistencia

que le presta a respetar sus derechos de paciente, de enfermo, implica una nueva cultura en el desarrollo de la actividad clínica y quirúrgica, en la que se exige un mayor respeto a las personas, pero debe cuidarse mucho el actuar del médico para que se cumpla el consentimiento informado o legítimamente declarado, sin que resulte un paso más para eximir de responsabilidad legal al médico, pues surgió precisamente a raíz de conflictos médico- legales (10, 22, 23).

El consentimiento informado o legítimamente declarado en pediatría junto a los avances bio-tecnológicos han puesto al alcance del médico pediatra nuevas herramientas propiciatorias, que dan origen a una especie de paradoja de donde surge la necesidad de tomar decisiones en situaciones grave donde este amenazada la vida de los niños o adolescente, es allí donde interviene la ética clínica como rama de la ética



biomédica que estudia los problemas éticos relacionados con las decisiones médicas, y las relaciones entre el médico y los pacientes. Pero la ética pediátrica es el conjunto de comportamientos implicados en el ejercicio de las profesiones que se ocupan de la salud de los niños y adolescentes en los aspectos preventivos y de cuidados (17, 18, 19).

La relación médico paciente es la base de una buena práctica médica. El modelo de relación humana donde el médico es el todopoderoso y el paciente el desvalido va cambiando hacia una relación donde el enfermo tiene derecho a la decisión o consentimiento. En el contexto bioético intervienen el médico, el enfermo y la sociedad, cada uno de ellos es dueño de un principio bioético. El médico trata de curar, hacer el bien, y por ello es dueño de su propia beneficencia; el paciente defiende su derecho a la autonomía, al médico y a la sociedad; la sociedad y el estado son

dueños de la justicia. El concepto de relación médico paciente en pediatría, que considera como paciente al niño o adolescente y a su familia, conlleva la responsabilidad, por parte del pediatra, de ofrecer a los padres información adecuada y participación en decisiones terapéuticas (19, 20, 22).

Pero ya los pacientes pediátricos no constituyen una población vulnerable, debido a que con la teoría clásica se les consideraba que su autonomía era limitada, pero con la Convención sobre los Derechos del Niño, esto cambio a una autonomía progresiva que va de acuerdo con su edad y a su grado de madurez psicológica otorgándole derechos como sujetos y no como objetos.

Todo esto obliga a reconducir más aún la valoración de riesgos y beneficios, antes de incluirlos en procedimientos médicos o quirúrgicos, tópicos de educación médica y/o de investigación,



entendiendo no sólo la responsabilidad del consentimiento legítimamente declarado o informado que tienen los padres, tutores o representante legales del niño sino también, a partir de ciertas edades, el asentimiento informado para participar.

Uno de los aspectos más relevantes significativos en el desarrollo de la doctrina del consentimiento legítimamente declarado o informado, se ha consolidado progresivamente en la figura del asentimiento informado, donde se considera la autonomía progresiva de los niños y/o adolescente, a través de su participación en los procesos de toma de decisiones, tanto en el ámbito asistencial, como en la esfera de la investigación.

Es sabido que, para cualquier procedimiento médico o quirúrgico de tipo invasivo es un conminatorio contar con el consentimiento legítimamente declarado o informado del paciente, sin

embargo, tal consideración se restringe para los menores de dieciocho años. Entonces la pregunta a hacerse ¿Qué sucede con los menores de dieciocho años y sus derechos? En las teorías modernas sobre los derechos de los niños y los adolescentes, intervienen dos prototipo, el primero de protección, a través del establecimiento de un conjunto de deberes u obligaciones de los adultos hacia ellos como dispositivo para amparar sus pretensiones, y el segundo sobre el mejor interés, que beneficia la concepción de los derechos como principio normativo que protege la realización efectiva de los intereses de los niños y los adolescentes considerándolos sujetos titulares de derechos más que receptores pasivos de la beneficencia de los adultos.

Esta situación arriba planteada a menudo hace perder de vista los inalienables derechos del niño o del adolescente a tener acceso, en términos que, según la edad o su grado de



madurez, pueda comprender toda la información referente a su salud, su situación clínica o padecimientos.

Es necesario por parte de los médicos pediatras una información adecuada para que el niño o el adolescente, la madre, el padre o ambos, tutores o responsable legal, puedan tener participación en las decisiones diagnóstica-terapéuticas, es por esto que hoy es comúnmente aceptado que el consentimiento legítimamente declarado es un proceso gradual y verbal en el seno de la relación médico-menor-familia, en virtud del cual el paciente o el responsable o el representante legal acepta o no recibir un procedimiento diagnóstico o terapéutico, después de que el médico pediatra o las especialidades afines le hayan informado con calidad y cantidad suficiente sobre la naturaleza, los riesgos y los beneficios que este conllevan, así como sus posibles alternativas.

Recibido: 12/06/2020

Aprobado: 01/07/2020

Mientras que el consentimiento es la acción de consentir, es decir, aquella manifestación de aceptación que ha de prestar el enfermo o, de ser imposible, sus allegados, antes de iniciar un tratamiento médico o quirúrgico, una vez que se le ha detallado razones y riesgos para y por ello manifestación de voluntad expresa o tácita por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

El asentimiento, a su vez, se identifica por un lado como sinónimo de consentimiento y por otro a la letra dice que “deriva de asentir, es decir, admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes”.

Diversas jurisdicciones en el mundo han definido el umbral de los doce años como la edad a partir de la cual el niño o niña es capaz de poder entender la información y considerar los riesgos”.

En España, cuando “es mayor de doce años y se tiene suficiente juicio, la



decisión deberá o no tomarla el niño o niña, según las disposiciones, pero en cualquier caso siempre deberá ser escuchado con anterioridad. En los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de los doce años o menos, se ha planteado la figura del asentimiento, la que busca promover el respeto por la autonomía del menor, sin generar un efecto vinculante, ya que de igual forma se requiere el consentimiento de sus padres, tutor o representante legal con el fin de proteger al niño de asumir riesgos irrazonables.

Sin embargo, el Comité de Ética independiente (CEI) y el Comité de Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos precisa por lo general que el asentimiento se tenga en cuenta a partir de los siete años, a menos que la capacidad de decisión se encuentre disminuida.

Entonces ¿Cuál es la edad para solicitar el asentimiento informado?, para muchos las respuestas es que la edad para ello oscila entre seis a siete años para algunos, entre los ocho a los nueve años para otros y un grupo considera que debería situarse entre doce a catorce años, edad en que la gran mayoría de los Códigos Civiles establecen la capacidad de discernir para los menores de edad en los diversos países.

Por lo que se propone la figura del asentimiento informado desde los seis o siete años, fundamentados es que, en este rango de edad, los niños están en la capacidad de comprender los procesos biológicos o de reflexionar sobre su identidad.

En cualquier situación, ningún niño y/o adolescente, independientemente de su edad y grado de madurez, puede ser obligado a participar activamente en un proceso de toma de decisión.



Existe también el concepto de “menor maduro”, producto de su capacidad para el ejercicio progresivo de los derechos y garantías recogido en el artículo 13° de la LOPNNA, el que hace referencia a aquellos pacientes menores de edad desde el punto de vista legal, pero en los que el profesional de la salud como lo es el médico pediatra observa una capacidad suficiente para la toma de decisiones en cuestiones relacionadas con su estado de salud.

Un niño y/o adolescente para que pueda prestar su participación de los procedimientos médicos de diagnóstico o terapéutico, debe tener en primera instancia la capacidad de entender la magnitud de la patología o problema de salud que lo afecta, el beneficio y/o riesgo de cada alternativa de tratamiento y la significancia de negarse a recibir el tratamiento propuesto.

Si el niño o adolescente muestra capacidad progresiva suficiente, es él quien personalmente y en última instancia debe aceptar o rechazar las propuestas que le realice el personal médico, pues el consentimiento de sus padres no puede sustituir su decisión.

El consentimiento legítimamente declarado o informado en pediatría debe entenderse como un proceso continuo de toma de decisiones, centrado en una relación tripartita (pediatra–niño–padres o tutores o responsable legal), que debe considerar los aspectos socioculturales relativos al contexto particular del niño y/o del adolescente. En atención a este principio, si bien los hijos están bajo el cuidado de sus padres o representantes legales, no son posesión de ellos.

En Venezuela por un lado se presume que el niño o adolescente según su capacidad progresiva, cuando se es mayor de doce años y se tiene suficiente



juicio, este deberá tomar o no la decisión, según las situaciones presentadas, pero siempre en cualquiera de ellas deberá ser oído e informado con antelación.

Mientras que, por el otro lado, no se ha planteado la figura del asentimiento informado, con la que busca promover el respeto por la autonomía del niño, niña y/o adolescente, sin generarse una consecuencia asociada, debido a que de igual manera se solicita el consentimiento legítimamente declarado o informado de sus padres, tutor o responsable legal con la finalidad de brindarle la protección de no consentir riesgos irrazonables.

Hasta ahora no se suele reconocer la figura del asentimiento informado” del niño. niña y/o adolescente que se exige cuando los padres firman el consentimiento legítimamente declarado o informado.

Partiendo de los supuestos anteriores se puede percibir, que el asentimiento informado se constituye, más allá de un formalismo legal o una práctica moral, en un proceso de inclusión y promoción de la autonomía del niño y/o adolescente en los procesos de toma de decisiones en el ámbito médico asistencial de su salud.

El compromiso ético del médico pediatra o las especialidades afines, es el deber de ayudar a que el niño y/o adolescente tome las decisiones con la mayor voluntariedad posible, sin coacciones internas, miedos, ideas preconcebidas y prejuicios, y sin coacciones externas, de su ambiente familiar o de su grupo de amigos. Con las sugerencias de las personas que le sirven de apoyo, de su familia y de sus amigos, pero sin coacciones.

Por lo que tiene, el deber de informar al niño y/o adolescente, a su familia, debido a que esto incluye además de



una responsabilidad social, profesional, también incluye una responsabilidad ético jurídico.

Una conversación estando el médico pediatra y el paciente niño y/o adolescente sentados al mismo nivel, empleando un lenguaje accesible, sencillo y adecuado, y si hace falta el uso de diagramas, dibujos, esquemas, fotografías, entre otros., que expliquen con más claridad lo que se propone, asegurándose que el niño y/o adolescente entiende, es el primer paso para una relación participativa, la que le permite involucrarse voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto a los procedimientos para restituir su salud.

Respetando así su principio de autonomía contemplando en el artículo 20 ° del texto constitucional nacional. La autonomía establece la necesidad de respetar la capacidad de las personas para tomar decisiones. Es la regulación

personal, libre de interferencias externas y limitaciones que impidan hacer una elección.

La información debe ser previa a la toma de decisiones que afecten significativamente al niño y/o adolescente su vida, su integridad física, sus valores o su situación social. En la medida de lo posible, de esa información debe partir un consentimiento, como se postula más recientemente, un asentimiento para hacer efectivas las decisiones.

El consentimiento legítimamente declarado o informado, en el paciente pediátrico, resulta ser una apreciación compleja y con amplias variaciones según las edades, situaciones socioeconómicas, culturales y situaciones clínicas.

El aspecto documental del consentimiento legítimamente declarado es también complejo pues la firma por parte de los padres ha de



contemplar la realidad de la custodia y, de preferencia, incluir ambos padres para prevenir discrepancias actuales o futuras, teniendo en cuenta que se pueden producir cambios en la situación familiar a lo largo de la vida del niño y/o adolescente.

Hay que tener en cuenta que para dar el consentimiento legítimamente declarado hace falta que el sujeto: (a) tenga suficiente información en la que basar una decisión; (b) sea mentalmente competente para tomar una decisión racional; y (c) sea libre para ejercer una elección voluntaria (25, 26, 27).

En el quehacer cotidiano en nuestras instituciones prestadoras de salud, se observa la falta de conocimiento, sobre los derechos de la niñez y la adolescencia por parte de los profesionales de la medicina, como en los profesionales del derecho, tanto en marcos normativos nacionales e internacionales, así como en la

persistencia de actitudes paternalistas o tutelares hacia los niños y adolescentes que se atienden en los servicios de pediatría.

Actualmente en los procedimientos médicos invasivos o quirúrgicos realizados en niños, niñas y/o adolescentes no se considera la opinión o asentimiento de éstos respecto a los procedimientos médicos invasivos o quirúrgicos, y en este sentido los pacientes pediátricos son atendidos bajo una completa ignorancia respecto de lo que se les va a realizar.

La aprobación de los procedimientos o consentimiento legítimamente declarado o el asentimiento informado tanto verbal como escrito se obtiene a través de los padres, apoderados o tutores legales, pasando por sobre uno de los principios bioéticos más reconocido en la actualidad, como lo es el principio de autonomía, el cual



debiera ser respetado bajo cualquier circunstancia.

Por lo tanto, se trata de una obligación regulada por el ordenamiento jurídico venezolano, que ha de formalizarse en casos de procedimientos médicos invasivos, intervenciones quirúrgicas, exploraciones o tratamientos médicos con riesgos conocidos o tratamientos homologados en fase de experimentación.

El Consentimiento legítimamente declarado se debe extender siempre que haya un riesgo razonable y debe cumplir una serie de requisitos para ser válido.

Ya que, por ser los niños, y adolescentes sujetos de derecho como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño y la LOPNNA el artículo 43° sobre el derecho a la información en este caso en materia de salud. “Todos los niños, niñas y

adolescentes tienen derecho a ser informados e informadas ... Omissis”.

Asimismo, el artículo 68° sobre el derecho a la información. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir, buscar y utilizar todo tipo de información que sea acorde con su desarrollo y a seleccionar libremente el medio y la información a recibir... Omissis”.

Por último, el artículo 80° sobre el derecho a opinar y a ser oído y oída. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés. b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo.

El artículo 63° del Código de Deontología Médica venezolano expone con respecto al consentimiento: “Cualquier intento de coerción procedente del médico o del personal hospitalario, para obtener el



consentimiento de tratar un niño con graves anormalidades, y en oposición a los deseos de los padres, debe considerarse como una desviación a las normas de la ética profesional”.

El artículo 15° (ejusdem) contemplan que: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados para aplicar los procedimientos diagnósticos o terapéuticos... Omissis”. Pero más allá de no exponerlos a riesgos injustificados, el mismo artículo le ordena solicitar un consentimiento médico legítimamente declarado en los casos en los cuales se pueda afectar al paciente en su salud física y/o psíquica; aparejado con el artículo 34° de la Ley de Ejercicio de la Medicina. Es evidente que para solicitar dicho consentimiento válido la información, debe estar en relación con el artículo 58° de la Constitución Bolivariana de Venezuela, y con el artículo 69° de la Ley Orgánica de Salud, donde esta

información debe ser oportuna, veraz e imparcial.

Uno de los aspectos más significativos en el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado, ha sido la promoción de la autonomía de los niños y adolescente, a través de su inclusión en los procesos de toma de decisiones, en el ámbito médico asistencial.

Los médicos pediatras deben procurar que el consentimiento o asentimiento legítimamente declarado sea realmente fruto de un intercambio de informaciones real que le confiera eficacia tanto legal como ética.

El asentimiento informado se entiende, más allá de un formalismo legal o una práctica moral, como un proceso de inclusión y promoción de la autonomía del niño en los procesos de toma de decisiones.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño suscribe el



derecho a la libre expresión del niño como un derecho personalísimo:

“Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”

Si la información suministrada por el especialista en pediatría o por los médicos de las supra especialidades afines, al paciente niño o adolescente que será sometido a un procedimiento diagnóstico y/o terapéutico resulta que fue evidente que no se le explico, por lo tanto, el consentimiento o asentimiento que pueda recoger por escrito, si es que acaso lo hace, está totalmente viciado por error en la cualidad de las cosas y de las personas los cuales está expuesto en los artículos **1.142°**, **1.146°**, y **1.148°** del Código Civil venezolano.

En cuanto al documento de asentimiento informado este no reemplaza el documento de consentimiento legítimamente declarado, firmado por los padres tutores o representante legal. Se añade el asentimiento al consentimiento y señala la voluntad de cooperación del niño/a y/o adolescente.

Las grandes interrogantes para responder son ¿Debe el profesional médico pediatra obtener el asentimiento del niño o adolescente para participar como sujeto de derecho en la toma de decisiones de su estado de salud? ¿Qué lugar tiene la voluntad del paciente pediátrico? Y la respuesta es que en los hospitales, donde la atención médica del niño o adolescente como paciente ocupa un lugar primordial y la atención se desarrolla cada vez con más ahínco e interés por la adquisición de nuevos conocimientos médicos y su aplicabilidad, en aras de una mejor atención a este tipo de pacientes, es



indispensable el buen funcionamiento de un comité de bioética, que entre sus funciones más relevantes está evaluar el cumplimiento de ciertas normas que permitan la atención médica del niño o adolescente, salvaguardando no sólo la integridad física del paciente sino también la integridad moral.

Recordemos que el significado de la palabra asentimiento; se refiere como un proceso en el cual se les da a los niños o adolescente la información básica sobre su estado de salud y se les pide participar en la toma de decisiones,

El hecho de poder explicarle al niño o al adolescente de manera suficiente, clara, adaptada a su capacidad o autonomía progresivas y a su nivel sociocultural, los datos mínimos que le permitan identificar el grado de intervención que se requieren para que, de su autorización para realizar en su propio cuerpo, y hacerle saber cuándo

buscamos que el resultado final le sea directa y probablemente beneficioso.

En pocas palabras, se trata de solicitarle al niño o adolescente que acepte (asentimiento) participar en la toma de decisiones con respecto a su salud, a la vez que los padres o el representante legal autorizan (consentimiento) su participación.

Con todos estos antecedentes expuesto, se enfatiza la importancia del asentimiento, queda claro, entonces, que en toda atención médica que se realice en los hospitales públicos o privados de nuestro país y que involucre a niños o adolescentes, el médico pediatra debe dedicarle el tiempo necesario no sólo a los familiares responsables o al responsable legal del niño o del adolescente, sino al mismo niño o adolescente, para invitarle a participar en su atención médica, explicándole, a



su nivel de entendimiento, las acciones que deban tomarse.

Pero siempre debe ser muy importante respetar su voluntad, en especial si no está de acuerdo, aun cuando los padres hayan inicialmente autorizado la participación de estos.

Finalmente podemos concluir a partir de lo expuesto, que el asentimiento que el niño o adolescente puedan brindar durante su atención médica que lo involucren resulta de importancia para garantizar el ejercicio y protección de sus derechos como sujeto de derecho y el ejercicio de su autonomía progresiva.

¿CUÁNDO PUEDEN TOMAR DECISIONES EN SU TRATAMIENTO LOS PACIENTES PEDIÁTRICOS? UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO Y LA AUTONOMÍA

Cuál sea el tratamiento idóneo para un paciente no puede determinarse exclusivamente a partir de pruebas clínicas, sino que el diagnóstico debe considerar la voluntad del paciente, sus intereses, sus valores y forma de vida, es decir, su respeto de la autonomía del paciente. De ello dependerá qué tratamiento será el más adecuado, desde una ética integral que incluya consideraciones de tipo deontológico, aretológico y utilitaristas (13, 14, 15).

Una importante cuestión que debe discutirse es el interés superior del niño o del adolescente, que debe conjugar la salud física y emocional del paciente pediátrico con el derecho de los niños o adolescentes a la autodeterminación, sean sus decisiones subrogadas o no.

De no tomarse en cuenta el principio de la autonomía progresiva estaríamos frente a un dilema bioético y biojurídico que puede generar problemas cuando se trata de un paciente niño o adolescente



que debe recibir tratamiento, pues se supone su incapacidad para tomar estas decisiones y se acude a sus padres, tutor o responsable legal para que sea este quien tome una decisión de forma subrogada, respetando así la autonomía del paciente pediátrico.

Este debe ser el proceder estándar y parece bien justificado, pues resulta común, inclusive que, para una persona adulta, que al informarle de algún padecimiento de salud se encuentre angustiado, asustado y no comprenda cabalmente aquello que se le explica al solicitarle su consentimiento informado o en el caso del niño o adolescente el asentimiento informado para ofrecerle la terapéutica planteada ya que en ocasiones, los aspectos biomédicos de un diagnóstico o de un tratamiento no son fácilmente comprensibles sin una preparación previa del caso.

Dados estos problemas inherentes en la toma de decisiones, cuando se trata de

un niño o adolescente no emancipado, las dificultades son de mayor magnitud, puesto que su perspectiva y experiencia son aún más acotadas. Sin embargo, hay que tomar en consideración que, en todos los casos, es la vida y la salud del niño o adolescente la que está en riesgo.

Por lo tanto, cuando es posible, existe la obligación de escuchar e informar adecuadamente al niño o adolescente, y también, en los casos pertinentes, recabar su opinión, ya que el principio de autonomía progresiva y el principio del interés superior le confieren ese derecho humano fundamental. Este derecho resulta importante para la toma de cualquier decisión, por lo que una de las primeras acciones que debe tomar el personal de salud a cargo del caso es interrogar al niño o adolescente.

Es necesario que el personal de la salud sobre todo los médicos pediatras o las especialidades a fines de la pediatría deben tener en cuenta y presente a la



hora de atender a un niño o adolescente con problemas de su estado de salud, en aras de dar cabida al respeto del principio del interés superior del niño, de sus derechos y de su dignidad humana intrínseca. Entonces la pregunta central es ¿A partir de cuándo el niño o el adolescente no emancipado es quien debe tomar las decisiones y participar activamente en su tratamiento?

Para ello se revisará la normatividad existente en Venezuela en torno al tratamiento y los derechos de salud del niño o del adolescente, que ha modificado la forma en que se considera a los niños y adolescentes, y hasta qué punto protege un valor como la autonomía progresiva junto a su interés superior del paciente pediátrico basado en el marco legal venezolano, así como sus consecuencias deontológicas-jurídicas.

El artículo 78° de la Constitución venezolana se añadieron, de manera importante, señalamientos acerca de la necesidad del Estado y sus instituciones para velar por el bienestar y, en el tema particular que nos ocupa, por la salud de la infancia. Por ser los niños y adolescentes sujetos plenos de derecho gozaran de la protección de los órganos del Estado (instituciones, tribunales especializados), los cuales harán valer y respetar, los contenidos expresado en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

Asimismo, el Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan.

De lo suscitado en el texto constitucional se desprende la Ley



orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA), que se promulgó en el 2007. En esta ley se establecen los principios de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en los ámbitos de derechos civiles, políticos, educativos y de salud.

El texto constitucional y la ley tiene un antecedente importante en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en esta convención se contemplan los derechos del niño, niñas y adolescentes y uno muy importante es el derecho a la salud (que se contempla en el artículo 3°). Tanto la legislación nacional como la internacional comparten el principio del interés superior del niño y por lo tanto el principio de autonomía o capacidad progresiva que deberá ser una guía muy importante por parte del médico pediatra para ofrecerle tratamiento a un niño o a un adolescente no emancipado.

En cualquier medida concerniente a los niños o adolescente que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social como lo es la salud, la consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

Pero la dificultad se encuentra en precisamente determinar cuál es el bien superior del niño. Como en cualquier relación médico-paciente, un tratamiento no se establece exclusivamente desde la perspectiva del médico, sino que deben considerarse también las decisiones y opiniones del paciente. Por las características específicas del paciente pediátrico, sus opiniones deben ser consideradas, en primera instancia, debido a la presunción de capacidad jurídica progresiva.

Entonces surge la necesidad imperiosa como obligación la de información y de escuchar la opinión del niño o



adolescente no emancipado. Informados de aquellos asuntos que les conciernen directamente, así como a que sus opiniones sean escuchadas. Es una práctica común que la opinión del paciente pediátrico sea dejada de lado y se discuta directamente con los padres, tutores o responsables legales quienes son los representantes de la voluntad del niño o del adolescente. Aunque la presuposición legal de incapacidad por parte del niño o del adolescente está presente, existe la obligación de explicarles a los niños qué les está pasando, cómo se les va a tratar y que es lo que se espera. Obviamente, todo esto deberá ser expuesto de acuerdo con las capacidades producto del grado de madurez del niño o adolescente.

En el artículo 68° de la LOPNNA en su párrafo primero figura la obligación del médico de informar directamente al niño o adolescente, de acuerdo con su capacidad progresiva, acerca de su condición. Frecuentemente, en este

importante momento de la relación médico-paciente suele excluirse al niño, y solamente se explica la condición a los padres o tutores quienes, a su vez, deciden si informar o no al menor.

En muchos niños, la presunción de incapacidad se justifica cuando no pueden aún comprender la situación que están enfrentando, debido al desarrollo de sus capacidades intelectuales debido a su corta edad, cuentan todavía con capacidades de lenguaje muy limitadas quizás les sea imposible y sean considerados capaces para siquiera emitir opiniones, pero, al aumentar su edad, se puede constatar que tanto sus capacidades emocionales como intelectuales se van desarrollando, lo que les permite tener un punto de vista sólido y que sus opiniones sean escuchadas

Sin embargo, al discutir la obligación que existe del médico de escuchar las



opiniones de los pacientes pediátricos, el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño “... el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Por tanto, la opinión del niño o del adolescente no emancipado debe ser escuchada, así también lo expone el artículo 80 de la LOPNNA. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés. b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo”

Al menos en todos aquellos casos en los que podemos requerir un consentimiento informado de los padres, sería deseable que, después de haber cumplido con la obligación de informar al niño o adolescente, se

obtuviera también el asentimiento informado de su parte.

Pero en este aspecto también lo establece la CDN, será en función de su edad y madurez que se le tome en cuenta de manera más directa a la hora de escuchar estas opiniones, así lo estipula en su artículo 5° que plantea que tanto el Estado como la familia deben permitir que el niño conozca y ejerza sus derechos conforme a sus capacidades se van desarrollando en lo que se ha denominado el principio de autonomía progresiva.

Por lo que una actitud dura y rígida que considere incapaces a todos los menores de edad para tomar decisiones de salud corre el riesgo de volver fútil la obligación de informar y recabar la opinión de los pacientes pediátricos. Tal actitud es especialmente problemática en el caso de los adolescentes, a quienes, si se les considera incapacitados para dar



consentimiento informado a un tratamiento y no se les respeta su confidencialidad, se alejan de las instituciones de salud, afectando con lo anterior su propio bienestar y el de otros.

El Código de Deontología Médica venezolano en el artículo 72 ° contemplan en el numeral 3). Ser informado de la naturaleza de su padecimiento oportunamente, de los riesgos inherentes a la aplicación de los procedimientos diagnósticos y a conocer las posibles opciones. 4) Recibir la información necesaria para dar un consentimiento válido (libre), previo a la aplicación de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico.

Es evidente que todo lo expuesto sobre la información que debe recibir el niño o adolescente por parte del equipo médico, debe estar en relación con la Constitución Bolivariana de Venezuela,

y con la Ley Orgánica de Salud, donde esta información debe ser oportuna, veraz e imparcial.

La legislación que se ha revisado supone que los niños no son solamente sujetos de protección, sino sujetos de derecho plenos. Estos derechos habrán de ser representados por un tutor o bien, directamente en los casos que sea competente. Sin embargo, en el momento de invocar el bien superior del menor, la legislación no lo ha definido de manera cabal.

Una consideración importante es que un máximo de bienestar se habrá de alcanzar respetando siempre los derechos y la autonomía progresiva del niño o del adolescente. Por tanto, con el interés superior del niño se deben conjugar tanto el bienestar físico como la autodeterminación de los niños o adolescente que sean capaces de formarse un concepto sobre su estado



de salud y cuál es la solución más acorde para este.

Pues, así como un adolescente podría emanciparse de sus padres por tomar una decisión contraria a su interés y derechos, puede suceder lo mismo con las decisiones médicas que no cuenten con su consentimiento o asentimiento informado podrían también ser fácilmente cuestionadas.

Por lo que no resulta una ecuación sencilla para el médico considerar el interés superior del niño y la autonomía o capacidad progresiva. La postura más sencilla, al parecer, es la de proteger siempre la salud del paciente, considerando exclusivamente aquello que sea lo terapéuticamente más eficiente desde la perspectiva biomédica y bioética.

En el caso del bienestar de un niño no solo se habrá de proteger la salud actual del niño, sino se debe poner especial énfasis en que las acciones del médico

permitan que los niños puedan desarrollarse de una manera que les permita llevar a cabo los planes de vida que puedan formarse en un futuro.

Pero, únicamente como son sus propios planes de vida los que se estaría buscando proteger, al niño o al adolescente tiene un interés legítimo en la autodeterminación, y en poder decidir por sí mismo en los ámbitos más amplios posibles. Es decir, el poder estar involucrado, como paciente, en su propio tratamiento en los casos que sea pertinente.

Es por todo esto que el artículo 86° de la LOPNNA sobre el Derecho a defender sus derechos señala. “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos. Se debe garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo”.



La autonomía progresiva, la adquisición también progresiva de derechos y obligaciones, bien merece una mirada más detenida, saber a ciencia cierta cuándo nuestros jóvenes pueden decidir con todas las herramientas necesarias. Como está es el argumento legal para defender la independencia de los niños para decidir sobre aspectos fundamentales de sus vidas, aun en contra de la opinión de sus padres, un delicado asunto que debe tomar en consideración bajo la perspectiva de las neurociencias.

Por ultimo la decisión de no participar o discontinuar la participación de los pacientes pediátricos o sus padres no es una señal de que el médico ha fallado, lo que si puede indicar es que estos se encuentran bien informados y toman una decisión libremente.

CONCLUSION

A partir de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del

Niño, es otra la situación jurídica de los niños y los adolescentes. Ya que se depone jurídicamente al antiguo binomio incapacidad/capacidad, en donde la incapacidad es la regla y la capacidad es la excepción, en efecto, la discordancia incompatible capacidad/menor.

La evolución de la autonomía progresiva de los niños y los adolescentes comportan elementos configurativos de la capacidad progresiva; cuyo reconocimiento delinea al niño o al adolescente como sujeto de derecho, significa que puede ejercer sus derechos y deberes de acuerdo a su edad y grado de madurez, donde son tres principios que lo concretizan: la autonomía progresiva, el interés superior del niño o del adolescente y el derecho a ser oído e informado y que su opinión sea considerada y tomada en cuenta.



El ejercicio de la autonomía progresiva, de acuerdo con la evolución de sus aptitudes, implica que los niños o adolescente van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos y deberes a medida que se van desarrollando como personas.

Este desarrollo está íntimamente relacionado con los procesos de maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños o los adolescentes adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden ser materializado y canalizados de una mejor manera. No obstante, estos ajustes deben tener siempre en cuenta los intereses y deseos de los niños o los adolescentes, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior.

REFERENCIAS

1. Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. *Revista De Derecho*, (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>.
2. Zeledón, Marcela. (2015). “La autonomía progresiva en la niñez y adolescencia”. *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”* <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>.
3. Asamblea Nacional Constituyente (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial. N° 5.453.
4. Carta Europea sobre los derechos de los niños y las niñas hospitalizados (19). Disponible en: <http://www.neuquen.edu.ar/dire>



- cciones/
modalidad%20hospitalaria/cart
ainfantshospitalizatscast.pdf
5. Carranza, GG y Zalazar, CE. (2019) "La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia; (36): 29-55, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.02>.
 6. Varela Cáceres, Edison Lucio (2018). La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes. Especial referencia al Derecho español y venezolano. Caracas. Editorial RVLJ (Revista venezolana de legislación y jurisprudencia, C.A.).
 7. Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2017) Infancia-adolescencia, Estado y Derecho. Una visión constitucional. *Sociedad e Infancias*; 1: 61-80 DOI: <https://doi.org/10.5209/SOCI.55884>.
 8. Fernández Espinoza, William Homer. (2017). La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial. *VOX JURIS*; 34 (2): 171-189.
 9. Ochoa, M. L. (2019). Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(1), 125-137. doi: <https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17107>.

10. Barcia Lehmann, Rodrigo. (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Ius et Praxis*, 19(2), 03-52. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>.
11. Crespo, Yesenia Guadalupe. (2018). La autonomía progresiva de la voluntad y el interés superior de la niñez: principios que impactan el sistema jurídico mexicano. *Quaestio Iuris*; 11(4): 2948-2964 DOI: 10.12957/rqi.2018.37157.
12. Albuquerque, Raylla, y Garrafa, Volnei. (2016). Autonomía e individuos sin la capacidad para consentir: el caso de los menores de edad. *Revista Bioética*, 24(3), 452-458. <https://doi.org/10.1590/1983-80422016243144>.
13. Del Valle, Miguel A. Albano, Lidia. Barceló, Alejandro. Cohen Agrest, Diana. Cudeiro, Patricia. Cuneo, María M. Ledesma, Fernanda. Martínez Perea, María del Carmen. Orsi, María C. Pérez Marc, Gonzalo. Repetto, Santiago. Selandari, Jorge. (2016). El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica. *Arch Argent Pediatr*; 114(5):485-495.
14. Dadalto, Luciana y Affonseca, Carolina. (2018). Consideraciones médicas, éticas y jurídicas sobre decisiones de fin de la vida en pacientes pediátricos. *Rev. Bioét*; 26 (1): 12-21. En Doi: 10.1590/1983-80422018261221



15. De Hoyos, Adalberto, Altamirano-Bustamante, Nelly F, & Altamirano-Bustamante, Myriam M. (2013). ¿Cuándo pueden tomar decisiones en su tratamiento los pacientes pediátricos?: Una visión desde el derecho, la autonomía y la ética integral. *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, 70(3), 248-256. Recuperado en 14 de marzo de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-11462013000300010&lng=es&tlng=es.
16. Espada Mallorquín, Susana. (2015) “La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. *Revista Chilena de Derecho Privado* (25):257-268.
17. Sokolich Alva, María Isabel (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*; 25 (1): 81-90.
18. Pradilla-Rivera, Silvia Juliana (2011) Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios Socio-Jurídicos*; 13(1): 329-348. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509>
19. Ravetllat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto. (2015). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 42(3), 903-



934. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.
20. Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157. Recuperado en 14 de marzo de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131&lng=es&tlng=es.
21. Ravetllat Ballesté, Isaac (2012) El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*; 30(2): 89-108
22. Carsi Bocanegra, Eduardo Emilio. (2010). Deber profesional de obtener el asentimiento del niño para participar como sujeto de investigación. *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, 67(4), 306-314. Recuperado en 13 de marzo de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-11462010000400002&lng=es&tlng=es.
23. Lobato, Lucas, Gazzinelli, Andréa, Pedroso, Lorena Scarpelli, Barbosa, Roberta, Santos, Fabricia Madalena Meira, & Gazzinelli, Maria Flávia. (2016). Conocimientos de los niños sobre el documento de consentimiento libre e informado. *Revista Bioética*, 24(3), 542-556. <https://doi.org/10.1590/1983-80422016243154>
24. Ferro, María. (2012). Participación en la toma de decisiones sanitarias por parte de los menores de edad según



- desarrollo moral, y marco normativo venezolano. Acta Odontológica Venezolana; 50(4).
25. Asamblea Nacional (2007). Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (LOPNNA), publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859.
26. Congreso de la Republica (1982). Código Civil de Venezuela. Caracas: Ediciones Dabosan.
27. Convención sobre los derechos del niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.
28. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño.
29. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Convención sobre los Derechos del Niño.
30. Declaración de los Derechos del Niño (19). Disponible en: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-ninotexto-completo/>. 2.