



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Departamento de Derecho Privado  
Escuela de Derecho

**LA AUTORIDAD PARENTAL Y EL DERECHO A LA SALUD DE  
LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: RENZO OSVALDO ESPINOZA QUEZADA

Profesora Guía: Claudia Schmidt Hott

Santiago, Chile

2006

*A Matilde y Tamara, mi fuente de inspiración y mis ganas de seguir.  
A mis padres, por su incondicional apoyo y ejemplo de trabajo.*

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPITULO I</b>	
EL DERECHO A LA SALUD Y LA AUTORIDAD PARENTAL.....	4
1. La Autoridad Parental.....	4
2. Deberes de los Progenitores respecto de los Hijos.....	10
3. Cuidado Personal de la Crianza y el Derecho a la Salud de los Niños.....	11
<b>CAPITULO II</b>	
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD.....	14
1. El Derecho a la Salud en la Constitución Política de la República.....	14
2. El Derecho a la Salud en el Marco Jurídico Internacional.....	21
2.1. Declaración de Ginebra.....	22
2.2. Declaración de los Derechos del Niño.....	22
2.3. Convención Americana de Derechos Humanos.....	25
2.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	26
2.5. Convención sobre Derechos del Niño.....	27
3. La Relación vinculante de los Pactos Internacionales.....	29
3. La Triple Vía como criterio de solución.....	34

### **CAPITULO III**

CAPACIDAD PARA EJERCER EL DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	36
1. Capacidad en el Código Civil.....	36
2. Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio.....	42
3. La Representación.....	44
4. La Autonomía de los Niños frente a la Autoridad Parental.....	49
5. El Cuidado del Propio cuerpo y la Autodeterminación del Niño.....	52
6. Casos en que el Niño puede obrar sin el Ministerio o Autorización de sus Progenitores.....	56
7. El Desarrollo Psíquico del Niño.....	59
8. La Capacidad Sanitaria.....	64
8.1. Los Impúberes.....	66
8.2. Los Menores Adultos.....	67
9. Solución Planteada al Problema de la Capacidad.....	74
10. El Consentimiento Informado.....	79

### **CAPITULO IV**

ALGUNAS REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO.....	92
1. Jurisprudencia.....	92
2. Estándares en el Derecho Comparado para Determinar la Capacidad y Madurez de los Niños y Adolescentes.....	97

CONCLUSIONES..... 101

BIBLIOGRAFÍA..... 113

## RESUMEN

Esta memoria analiza los conflictos que se producen entre la autoridad parental y el ejercicio de los derechos personalísimos de los niños, especialmente el derecho a la salud, pues nuestra normativa nacional aún conserva disposiciones que resultan contrarias a los nuevos paradigmas que informan el nuevo Derecho de Familia, aportados principalmente por los instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico y que reconocen al niño como sujeto de derechos y titular de derechos personalísimos. Es a través del análisis de los tratados internacionales y del Derecho Comparado, que se pretende dar solución a estos conflictos y plantear la modificación de nuestro Código Civil, teniendo presente el interés superior del niño y su derecho a ser oído y a participar en todos los asuntos en que se vea involucrado, principios que han sido aportados por la Convención de Derechos del Niño, ratificada y vigente en nuestro país. Estos instrumentos internacionales han provocado un cambio en la concepción del niño, pudiendo consentir cualquier intervención quirúrgica o tratamiento médico, siempre que cuente con la madurez suficiente que le permita comprender la naturaleza de la decisión que está tomando, así como también las ventajas y los riesgos de ella, dejando de lado las antiguas concepciones que ligaban la capacidad a distintos rangos de edad y que no reconocían la evolución psico-física por la que atraviesan a lo largo de su desarrollo y que les permite comprender, cada vez a más temprana edad, la envergadura de las decisiones que toman en materia de salud. Esto nos permite desechar cualquier intento por aplicar las normas de la representación y de la autoridad parental como pretexto para intervenir en el ejercicio del derecho a la salud de los hijos.

## INTRODUCCIÓN

La nueva concepción del niño como sujeto de derecho y la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, a nuestro ordenamiento jurídico, han provocado en éste un impacto tremendo. Son muchas las normas dictadas, e incluso las que se siguen dictando en nuestra legislación, que son contrarias al espíritu y a los principios que inspiraron y sirvieron de base a las normativas internacionales, lo que hace imperativa una revisión de éstas, de manera que se regulen de forma clara, completa y suficiente las nuevas problemáticas que van surgiendo en torno a la evolución de nuestra sociedad y de su núcleo fundamental, cual es la familia. La aparición en el campo normativo de la Convención sobre los Derechos del Niño nos obliga a redefinir varios aspectos en torno a las relaciones paterno filiales. Esto nos obliga también a evaluar el ejercicio autónomo de los derechos por parte de los niños y adolescentes, de manera de delimitar la injerencia de los progenitores en tales actos.

Son estos motivos los que hacen que en la presente memoria se pretenda dar solución, a través de un exámen exhaustivo de la doctrina nacional e internacional, de la normativa internacional expresada a través de los tratados internacionales y de la jurisprudencia nacional e internacional, a materias relativas al niño sujeto de derechos y titular de derechos personalísimos que no zanja de manera clara nuestra legislación. En definitiva, se tratará de exponer las tensiones e incompatibilidades entre la institución de la autoridad parental y el ejercicio autónomo de los derechos personalísimos por parte de los niños, para así brindar las herramientas necesarias para una correcta armonización entre nuestra legislación de familia y los nuevos principios que establece, entre

otros, la Convención sobre los Derechos del Niño. El objetivo es sacar a la luz aquellos temas no regulados en nuestro Derecho, para que así nuestra legislación se adapte a los cambios mundiales referidos a la concepción de los niños y a los nuevos principios que rigen en materia de familia.

Se pretende analizar si los deberes que acarrea la autoridad parental implican una vulneración del derecho a la salud, a la libertad y a la autodeterminación de los niños. También se tratará de dilucidar qué pasa cuando una persona no tiene la capacidad de manifestar su consentimiento respecto de tratamientos o intervenciones médicas por tratarse de niños o adolescentes y si pueden, en estos casos, decidir los progenitores en lugar de sus hijos en función de los intereses de estos últimos, en qué forma debe prestarse este consentimiento sustituto y el papel que juega el interés superior del niño y su derecho a ser oído en todo asunto que afecte su persona y bienes.

Analizar qué debe entenderse por autoridad parental, qué deberes y derechos conlleva y cuáles son sus límites, además de determinar dónde se enmarca el derecho a la salud de los niños dentro de ésta, es lo que se pretende dilucidar dentro del capítulo primero de esta memoria.

El capítulo segundo servirá para determinar el fundamento constitucional del derecho a la salud de los niños y su consagración en el marco jurídico internacional, a través del análisis de los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y su relación vinculante. Además se analizará como criterio de solución para la falta de desarrollo legislativo nacional, la aplicación de lo que se ha denominado por la doctrina como triple vía.

En un tercer capítulo se analizará el tratamiento que da nuestro Código Civil a la capacidad y la clasificación que éste realiza de ella, si son aplicables las

normas sobre representación dentro de la relación filial personal, así como también un tema trascendental para la comprensión de esta memoria como es la capacidad sanitaria, el consentimiento informado, la autonomía de los pacientes en materia de salud y el cuidado del propio cuerpo y la autodeterminación como derechos de que es titular todo niño.

Por último, pero no por eso menos importante, el capítulo cuarto revelará el modo en que los tribunales han fallado el tema del ejercicio autónomo de los derechos personalísimos por parte de los niños sometidos a la autoridad parental, así como también los estándares que han utilizado los jueces para determinar la capacidad y madurez de los niños, los que ha establecido la comunidad médica y las distintas teorías que se han elaborado respecto del tema, entre las que destaca, por ejemplo, la doctrina del menor maduro.

Esta memoria es producto del taller denominado “Aspectos Sustantivos de la Ley de Tribunales de Familia”, impartido por la profesora Claudia Schmidt Hott, durante el primer y segundo semestre del año 2006.

## **CAPÍTULO I**

### **EL DERECHO A LA SALUD Y LA AUTORIDAD PARENTAL**

#### **1. La autoridad parental**

La relación paterno filial deviene de la filiación determinada. De este vínculo jurídico derivan derechos, deberes, funciones y relaciones entre dos personas que perduran, en general, por toda la vida. Estas relaciones jurídicas que derivan de la filiación determinada van desde las de índole predominantemente éticas, hasta las de índole puramente patrimonial. Ejemplo de relación predominantemente ética, pero que también tiene un aspecto patrimonial, es el deber de los progenitores del cuidado personal de la crianza y la educación de los hijos.

Los efectos de la filiación que conciernen a la persona de los hijos se denominan por la doctrina nacional como autoridad paterna.<sup>1</sup>

Es preciso advertir que en el Derecho Comparado no se hace distinción entre el aspecto personal y el aspecto patrimonial que involucra la relación paterno filial, comprendiendo ambos ámbitos dentro de la expresión “patria potestad”, no obstante la clara distinción que hace al respecto nuestra legislación. Tradicionalmente la doctrina y legislación extranjera no han hecho diferencias entre autoridad parental y patria potestad.

La patria potestad tiene su origen en el Derecho Romano como una institución bastante rigurosa, en la que el padre, no sólo tenía el derecho sobre

los bienes y la persona de los hijos, sino que también estaba investido de poderes para decidir sobre la vida de éstos.<sup>2</sup> Se otorgaba la patria potestad como una autoridad omnímoda<sup>3</sup> al *pater familias*, mediante la cual sometía a los hijos, es decir, estaba establecida en su interés antes que en interés de los hijos. El Derecho germánico no admitió el dominio tiránico del padre en la familia y lo consideró, más bien, como su protector natural. Pero fue el cristianismo el que influyó favorablemente en esta institución y le dio su verdadero sentido, ya que no sólo la estableció a favor del hijo, sino que también invistió a la madre de iguales derechos y deberes<sup>4</sup>.

De esta manera, con la evolución del Derecho, esta institución ha sufrido enormes cambios, puesto que además de las potestades que se les entregan a los progenitores, se entregan también deberes para equilibrarlas y así prevalezcan las necesidades e intereses de las personas sujetas a esa autoridad. Estos deberes miran a la formación, educación, protección y desarrollo integral de los niños, por lo tanto, podría decirse que no existe poder, sino más bien, existe una función. Asimismo, la patria potestad en el Derecho Romano comenzó como un poder despótico que era concebido en provecho de quien lo ejercía, pero terminó considerándose como una “autoridad tuitiva” destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.<sup>5</sup> En un principio se puso más énfasis en los poderes que el padre tenía frente a los hijos, que en

---

<sup>1</sup> MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de Familia, Tomo II. 3° edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 44.

<sup>2</sup> Etimológicamente la expresión patria potestad procede del latín “pater potestas”, que significa el poder, el dominio o jurisdicción del padre, tal como en un comienzo fue el sentido de la institución. Véase IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 6° edición Revisada y aumentada. Barcelona, Editorial Ariel, 1972, pág. 532.

<sup>3</sup> CASTAÑEDA, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12°: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba). [recurso electrónico].

<sup>4</sup> GARECA, Luis. Derecho Familiar, práctico y razonado. Oruro, Editorial Lillial, 1987, pág. 258.

<sup>5</sup> ARIAS RAMOS, José. Derecho Romano, Volumen 1. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 726. Citado por Castañeda, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. Op. cit. [recurso electrónico].

los deberes establecidos en beneficio de éstos últimos. Para el profesor Fueyo Laneri, las facultades que otorga el Derecho de Familia no son potestades derechos, sino potestades funciones, porque no son facultades establecidas en el propio beneficio, sino en provecho de los miembros de la familia.<sup>6</sup> Por otra parte, Antonio Cicú, el 23 de noviembre de 1913 en la Universidad de Macerata en Milán en su conferencia titulada “El Espíritu del Derecho de Familia”, señaló que el poder de los progenitores está organizado para un fin y los investidos con estos poderes no son más que unos sujetos llamados a ejercer una función<sup>7</sup>, rompiendo con todos los cánones que hasta la época se habían atribuido a las potestades. Asimismo, Roberto de Ruggiero señala que entre los miembros de la familia se establecen vínculos ordenados por poderes que tienen por finalidad conservar la organización familiar y tienden a la realización de las funciones derivadas del Derecho Familiar<sup>8</sup>. En este sentido se orienta el artículo 261 del Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela que señala en su inciso primero que, “durante el matrimonio, la patria potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre, quienes la ejercerán conjuntamente, en interés y beneficio de los menores y de la familia”. En este mismo sentido se orienta la legislación de Brasil en el Estatuto del Niño y el Adolescente, específicamente en su artículo 21<sup>9</sup>, y el

---

<sup>6</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, Tomo III. Santiago, 1959, Volumen VI.

<sup>7</sup> CICÚ, Antonio. Derecho de Familia, traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Ediar, 1947, pág. 17. Citado por Castañeda, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>8</sup> RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil, traducido por Ramón Serrano Suñer, Tomo 2. Madrid, Editorial Reus, 1978, pág. 17, Volumen 2. Citado por Castañeda, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>9</sup> El artículo 21 del Estatuto 8069/90 del Niño y del Adolescente de Brasil dispone que, “La patria potestad será ejercida, en igualdad de condiciones, por el padre y por la madre, en la forma en que disponga la legislación civil, asegurándoles a cualquiera de ellos el derecho de, en el caso de discordancia, recurrir a la autoridad judicial competente para la solución de la divergencia”. Consultado En: Estatuto del Niño y el Adolescente. [en línea] <[http://www.abrapia.org.br/homepage/estatuto/lei\\_n\\_8069.html](http://www.abrapia.org.br/homepage/estatuto/lei_n_8069.html)>. [consulta: 31 agosto 2006].

Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador en sus artículos 100 y 105 <sup>10</sup>.

El Código Civil chileno regula la relación filial personal desde los artículos 222 al 242 bajo el Título “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”.<sup>11</sup> Como se mencionó anteriormente, el Código Civil distingue entre lo relativo a la persona de los hijos, bajo lo que se denomina en la doctrina como autoridad paterna, y lo relativo al patrimonio de éstos, bajo lo que se denomina patria potestad, a pesar de que la mayoría de los ordenamientos regulan la relación personal y la patrimonial en forma conjunta. A juicio de Fernando Fueyo Laneri<sup>12</sup> esta separación se debió a que Andrés Bello atribuía, en la relación personal, la titularidad de derechos a ambos progenitores y en lo patrimonial los atribuía sólo al padre, lo que claramente violenta el principio de no discriminación entre los progenitores. Sin embargo, haciendo eco a las razones expuestas por la minoría de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado, encargada de la unificación de estos temas, cuyo informe fue entregado el 20 de noviembre de 1996, creo necesaria la unificación de la patria potestad y la autoridad paterna pues

---

<sup>10</sup> El artículo 100 del Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador dispone que, “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. Asimismo, el artículo 105 señala que, “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley”. Consultado En: Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaíses.htm>>. [consulta: 18 agosto 2006]

<sup>11</sup> El artículo 1 N° 23 de la ley N° 19.585 sobre el Nuevo Estatuto Filiativo, publicada en el Diario Oficial el 26 de Octubre de 1998 y que se encuentra vigente desde el 27 de Octubre de 1999, deroga los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil denominados “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos” y “De la patria potestad” y los sustituye por “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” y “De la patria potestad”.

<sup>12</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, Tomo 1, Derecho de Familia, Vol. 6. Santiago, Imp y Lito. Universo. S.A., 1959, pág. 346. Citado por: Schmidt, Claudia. De las Relaciones Parentales conforme al Nuevo Estatuto Filiativo. En: SCHMIDT HOTT, Claudia “et al”. Instituciones de Derecho de Familia. Santiago, Chile. Lexisnexis. 2000.

fortalecería el vínculo entre ambos progenitores, ya que se les asignarían iguales responsabilidades tanto en el aspecto personal como patrimonial de los hijos, debido a que son ambos los encargados de velar por el cuidado de éstos, tal como lo disponen los instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile. Ejemplo de lo anterior es el artículo 18 N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que los Estados partes pondrán el máximo empeño en reconocer que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.<sup>13</sup>

La relación filial personal es tratada en nuestro Código Civil bajo el título “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, pero es preciso señalar que en materia de Derecho de Familia no tiene aplicación el concepto de obligación desde el punto de vista patrimonial del artículo 1460 del Código Civil<sup>14</sup>, sino más bien, resultan más apropiados los términos “deber” o “responsabilidad” que tienen un contenido esencialmente ético. El concepto de obligación, que siendo patrimonial, se define doctrinariamente como, el vínculo jurídico entre personas determinadas en el cual uno se denomina deudor y el otro acreedor y donde el primero debe cumplir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer, que en caso de no cumplir, se ejecuta forzosamente<sup>15</sup>. Este concepto no tiene cabida en la relación paterno filial, porque ni los progenitores ni los hijos tienen la calidad de sujeto activo ni pasivo y no pueden ser obligados a cumplir forzosamente los deberes que dicha relación acarrea.

---

<sup>13</sup> El artículo 18 N°1 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que, “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

<sup>14</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia. En: La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur Lexisnexis Chile, 2001, pág. 250.

<sup>15</sup> ABELIUK M., René. Las Obligaciones, Tomo I. 3º edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 29.

Con todo lo expuesto, se hace necesario definir qué debe entenderse por autoridad parental y cuáles son los efectos que produce ésta. La autoridad paterna o parental ha sido definida tradicionalmente como “el conjunto de derechos y deberes de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos” que se deriva de la relación filial y que se clasifica en<sup>16</sup>:

- a) Deberes de los hijos con sus progenitores y eventualmente con sus ascendientes, dentro de los cuales encontramos:
  - La obediencia y respeto, y
  - El cuidado y socorro;
  
- b) Deberes de los progenitores para con sus hijos, que se subclasifican en:
  - Cuidado personal de la crianza;
  - Cuidado personal de la educación;
  - Establecimiento;
  - Socorro;
  
- c) Derechos-funciones de los progenitores<sup>17</sup>, dentro de cuales encontramos:
  - Dirigir la educación;
  - Corrección;
  - Cuidado personal o Tuición; y
  - Relación directa y regular.

---

<sup>16</sup> Clasificación realizada por Schmidt Hott, Claudia, En: SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur Lexisnexis Chile, 2001, pág. 250.

<sup>17</sup> Los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres no se les garantizan en su interés propio, sino en el del hijo, y por esto se les denomina derechos-funciones o facultades que integran la autoridad de los padres en el interés primordial de los hijos, ya que se tiene un derecho para cumplir una determinada función.

## **2. Deberes de los progenitores respecto de los hijos**

En este punto se puede hablar de deberes, pues cuidar y educar a los hijos no es sólo un derecho de los progenitores, sino que también es el cumplimiento de un deber que les impone su condición de tales a ambos, sin que la separación, el divorcio o cualquier otra circunstancia sea obstáculo para cumplir dichos deberes. Este conjunto de deberes naturales y jurídicos de los progenitores respecto de sus hijos tienen una finalidad de protección, porque es desde el nacimiento de éstos o, en su caso, desde la concepción, que los progenitores desarrollan un sentimiento innato de cuidado y preocupación que tiene su origen en el gran afecto y amor que sienten por sus hijos. En conclusión, la relación filial se ejercita y se cumple al impulso de sentimientos naturales innatos de los progenitores, regulando el Derecho el tema sólo para recordarles, a aquellos progenitores que no han desarrollado tales sentimientos, los deberes que les corresponden respecto de sus hijos. Tal podría ser la explicación de que nuestro Código Civil no regulara de manera específica el contenido de los deberes de los progenitores respecto de sus hijos, pues serían éstos consecuencia lógica y obvia de la relación filial.

El problema es determinar dónde ubicamos el derecho a la salud de los niños y el deber que asiste a los progenitores en esta materia, pues nuestro Código Civil no fue claro al regular el tema y es necesario que un asunto tan trascendental como es la salud de los niños, sin la cual no podrían ejercer ninguno de los derechos que les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, quede sin esclarecerse.

### **3. Cuidado personal de la crianza y el derecho a la salud de los niños**

Existe un total desconocimiento en la doctrina de las diferencias entre el cuidado personal de la crianza y el cuidado personal o tuición dentro del Código Civil. A primera vista, pareciera que el cuidado personal de la crianza comprendiere solamente la atención personal del niño. Sin embargo, ésta comprende prestaciones de las más variadas índoles. Puede definirse el deber de cuidado personal de la crianza como un deber ético y genérico que comprende todas las esferas de la vida de los niños, tales como la educación, el esparcimiento, la salud, el techo, la alimentación, el vestido, etc. cualquiera sea la situación del niño, ya que todo progenitor tiene este deber. Comprende la prestación de los más variados socorros, tales como los medicamentos y asistencia médica que requieran los niños toda vez que se enfermen, los cuidados personales que requiera la conservación de su vida, además de todo aquello que puedan darles a sus hijos para el óptimo desarrollo de su personalidad. En conclusión, este deber incluye no sólo los alimentos, sino que tiene un sentido amplio abarcando las diversas esferas de la vida de los niños, tales como su formación moral e intelectual, y asiste a ambos progenitores. Asimismo los progenitores deben otorgarles cuidados, afecto y aliciente en todas las circunstancias de la vida de los niños.

Esto último contrasta con la situación actual, donde sólo el progenitor que tiene la tuición se hace cargo de este deber, quedando los deberes del otro progenitor reducidos simplemente a la concesión de una pensión alimenticia, lo que influye fuertemente en la formación de los niños debido a que, muchas veces, su felicidad no es plena al no sentirse queridos tanto por la madre como por el padre. Los derechos y los deberes de los progenitores que emanan de la relación filial son una manifestación del afecto que sienten por sus hijos y no

pueden ser reemplazados o compensados por un criterio monetario, ni tampoco puede atribuírseles un valor pecuniario.

Lo dicho anteriormente demuestra que tuición o cuidado personal y cuidado personal de la crianza no tienen relación directa y que estos conceptos no deben confundirse, pues no significan lo mismo. Muchos autores<sup>18</sup> señalan que el artículo 224, que se refiere al cuidado personal de la crianza, deber que asiste a ambos progenitores, se aplicaría si es que ambos viven juntos y que el artículo 225, que se refiere a la tuición o cuidado personal, se aplicaría si los progenitores viven separados<sup>19</sup>. Esto no resulta lógico si consideramos el deber de cuidado personal de la crianza como un deber genérico que corresponde a ambos progenitores cualquiera sea la situación de éstos y el cuidado personal o tuición como la unidad de domicilio o como derecho de convivencia<sup>20</sup>. De lo expuesto se colige que no es correcto que el progenitor que tiene la tuición se encargue de los deberes, pues existe un deber de coparentalidad, por lo que no sería aplicable el artículo 225 en caso de que los progenitores vivan separados, ya que la separación o divorcio sólo afecta a estos últimos y no a los hijos.

A diferencia de nuestro Código Civil, que no especificó a lo largo de su articulado dónde se ubica el derecho a la salud de los niños y el deber de los progenitores de velar por él, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del

---

<sup>18</sup> Véase a modo de ejemplo MEZA Barros, Ramón. Manual de Derecho de Familia, Tomo II. 3° edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

<sup>19</sup> El artículo 224 del Código Civil dispone que, "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez. Por otra parte, el artículo 225 inc. 1 del Código Civil prescribe que, "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos".

<sup>20</sup> D'ANTONIO, Daniel H. Derecho de Menores. 4° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pág. 258.

Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela (LOPNA)<sup>21</sup>, que entró en vigencia el año 2000, nos ayuda a esclarecer el tema al establecer que los progenitores son los garantes inmediatos de la salud de los niños y adolescentes que se encuentran bajo su patria potestad y que, en consecuencia, deben cumplir las instrucciones y controles médicos que se prescriban con el fin de velar por la salud de los niños y adolescentes. Esta ley es de suma importancia, pues nos permite esclarecer el tema relativo a la salud de los niños y adolescentes. Si en Chile se siguiera este criterio de la LOPNA podría concluirse que este deber, de velar por la salud de los niños, se enmarca dentro del llamado deber de cuidado personal de la crianza, en cuanto deber genérico que asiste a ambos progenitores y que no pueden eludir.

---

<sup>21</sup>Consultada En: Comunidad Andina de Juristas. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>>. [consulta: 18 agosto 2006].

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

#### 1. El derecho a la salud en la Constitución Política de la República

En primer lugar, es necesario señalar que resulta más adecuado usar el término “niño” que el término “menor”. Esto debido a que el primero hace alusión a una persona con más amplias prerrogativas que el segundo, que conlleva la idea de minusvalía o falta de capacidad, refiriéndose claramente a aquél que no ha cumplido la mayoría de edad legal. Es más, en palabras del autor argentino Mauricio Mizrahi “el referido término configura un estigma discriminatorio que cosifica al niño”, agregando que “pareciera apuntar más a poner el acento en la inmadurez que en la potencialidad del niño”<sup>22</sup>, lo que genera que el niño sea marginado de las relaciones humanas por ser visto con desconfianza en lo relativo a sus capacidades. Sin embargo, en contraposición a lo anterior, puede hablarse de un “plus”<sup>23</sup> en todo aquel que sea considerado como niño, pues este concepto acarrea un cúmulo de prerrogativas y derechos reconocidos desde la concepción hasta los dieciocho años de edad.<sup>24</sup> Esta concepción del niño como sujeto de derechos se debe en gran medida a que es

---

<sup>22</sup> MIZRAHI, Mauricio L. Familia, Matrimonio y Divorcio. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, pág. 136.

<sup>23</sup> FELDMAN, Gustavo E. Los Derechos del Niño. Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, 1998, pág. 16.

<sup>24</sup> El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no realiza ninguna subcategorización ni distinción dentro de la categoría de niño, señalando que, “Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Este artículo deroga tácitamente el artículo 26 del Código Civil que hace la distinción entre infante, impúber y menor adulto y todos los artículos que hacen referencia a esta distinción. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 16 inciso 3 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, señala que, “ para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

un ser en formación y, por ende, más expuesto a peligros que no puede hacer frente sin la protección adecuada. En el nuevo régimen jurídico, el niño tiene derechos que deben respetarse, además de consagrarse su participación en las decisiones sobre su persona y bienes, lo que implica que debe intervenir activamente en todo lo relacionado con dichos asuntos.

Nuestro primer acercamiento al derecho a la salud en la Constitución Política de la República, sin considerar los instrumentos internacionales incorporados al artículo 5 inciso 2, lo encontramos en el artículo 19 N° 1. Este artículo señala que, “La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”.

Este derecho resulta ser esencial, porque si no hay vida no puede ejercerse derecho alguno. Es aquí donde nos encontramos con los que pueden llamarse derivados del derecho a la vida, cuales son el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y psíquica. Tal es la importancia de este derecho, que algunos autores incluso le atribuyen el carácter de “primer derecho constitucional”<sup>25</sup> y, por lo tanto, el de mayor jerarquía. Este reconocimiento que hace la Constitución a todas las personas lo realiza sin distinción alguna de edad, sexo, ni condición, por lo que puede sostenerse que existe un grado de protección aun superior cuando se trata de los niños, debido especialmente a su condición de sujetos de protección especial. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de Derechos del Niño consideran el valor vida humana del niño en la primera categoría normativa, debiendo todos los órganos del Estado respetarla y aplicarla obligatoriamente. Cuando se realice el análisis de la normativa internacional ahondaré en el contenido de estos

---

<sup>25</sup> FELDMAN, Gustavo E. Los Derechos del Niño. Op. cit., pág. 20.

instrumentos, como también su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico chileno.

Nuestra Carta fundamental hace alusión expresamente al derecho a la salud en el numeral 9 del artículo 19 al señalar que, “La Constitución asegura a todas las personas:

9. El derecho a la protección de la salud”.

La Constitución Política sólo en estos artículos se refiere de manera expresa al derecho a la salud, sin hacer consideraciones en cuanto a la niñez y la protección de la familia, salvo en el artículo primero. Por esta razón, se hace imperativa la revisión de las demás Constituciones de la región para comparar nuestra regulación constitucional con éstas, para así tener una visión global de la protección de la niñez y su titularidad de derechos humanos, así como también del deber del Estado de velar por su efectivo ejercicio y respeto.

A diferencia de nuestra Constitución, la Constitución peruana<sup>26</sup> establece en su Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos, específicamente en su artículo 4, que la comunidad y el Estado protegerán especialmente al niño, al adolescente y a la madre, además de proteger a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Establece también en el artículo 7 que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. En este artículo, la Constitución peruana define de manera clara el rol que deben desempeñar los progenitores respecto de la salud de sus hijos, pues establece claramente que todos tienen el deber de contribuir a la promoción y la defensa de la salud. En el mismo sentido, la

Constitución argentina<sup>27</sup> impone en el artículo 75 inciso 23 la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños.

La Constitución boliviana<sup>28</sup> establece en su primera parte, relativa a la persona como miembro del Estado, dentro de los derechos y deberes fundamentales de la persona, específicamente en su artículo 6, que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes. Agrega que goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por la Constitución, sin distinción alguna. Esta norma constitucional es de una riqueza jurídica inmensa, pues está reconociendo capacidad jurídica a toda persona sin distinción, incluyendo a los niños, de manera tal que toda persona es titular de todos los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales. Agrega en su artículo 7 que toda persona tiene el derecho fundamental a la vida, a la salud y a la seguridad, según las leyes que reglamentan su ejercicio. La importancia de esta norma radica, al igual que en el caso de las anteriores, en que reconoce, sin hacer distinciones de edad, la titularidad de los derechos a toda persona en virtud de su dignidad humana. Por otro lado, en el artículo 8 de esta misma Constitución se enumeran todos los deberes fundamentales que corresponden a toda persona, dentro de los cuales encontramos el de asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad. No existe en nuestra Constitución norma igual que reconozca los deberes de los progenitores respecto de sus hijos, a tal nivel que ninguna norma de inferior

---

<sup>26</sup>Consultada En: Comisión Andina de Juristas. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/peru/consper.HTM>> [consulta: 2 septiembre 2006].

<sup>27</sup>Consultada En: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>> [consulta: 2 septiembre 2006].

rango la pueda contradecir. Finalmente, reconoce en forma expresa la protección por parte del Estado de la salud física, mental y moral de la infancia en el artículo 199, entregando a un código especial la regulación de la protección del niño en armonía con la legislación general.

La Constitución de la República del Ecuador<sup>29</sup> reglamenta la situación del niño de manera similar a la analizada en las mencionadas Constituciones. De igual manera el artículo 16, ubicado dentro del Título III de los Derechos, Garantías y Deberes, consagra que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la misma Constitución, sin discriminación alguna a todos los habitantes del Estado, garantizando además el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos que establece la misma norma fundamental, así como en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Esta Constitución garantiza de manera clara la titularidad y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales a toda persona que se encuentre dentro de su territorio, incluidos los niños u otro grupo que requiera protección especial. Asimismo, expresamente reconoce en el artículo 18 la operatividad de los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, al señalar que serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. De manera tal que cualquier niño, en cualquier situación, que vea vulnerados sus derechos podrá acudir ante el juez y solicitar que se apliquen de manera directa las disposiciones de los tratados internacionales que lo reconozcan como titular de derechos humanos y que protejan su libre y autónomo ejercicio en todos aquellos asuntos que lo afecten. Esta norma es de vital importancia porque

---

<sup>28</sup>Consultada En: Comisión Andina de Juristas. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/consper.HTM>.> [consulta: 2 septiembre 2006].

<sup>29</sup> Consultada En: Comisión Andina de Juristas. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm> > [consulta: 2 septiembre 2006].

protege a la niñez de la falta de desarrollo legislativo que pueda existir dentro de un Estado determinado en lo relativo a su situación, debiendo nuestra Constitución Política seguir su ejemplo, para que así se haga una práctica habitual dentro de nuestra judicatura la aplicación e invocación directa de los instrumentos internacionales sobre la niñez como forma de defensa y protección de los derechos e intereses de nuestros niños. Por último, esta Constitución establece en el artículo 48 que será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de los niños, además de asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, aplicando el interés superior del niño y prevaleciendo sus derechos por sobre los de los demás. Asimismo, en el artículo 49 expresamente reconoce que la niñez gozará de todos los derechos comunes al ser humano además de los específicos de su edad, dentro de los cuales se encuentra su salud integral y su nutrición, y para ello el Estado organizará un sistema nacional de protección integral encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos.

En igual manera, la Constitución de la República de Venezuela<sup>30</sup> establece en sus artículos 19 y 21 que el Estado garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. No tendrán lugar las discriminaciones que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades de toda persona, de manera que no podrá nadie desconocer el ejercicio pleno de la niñez del derecho a la salud fundándose en un criterio etario. Consagra constitucionalmente en el artículo 23 la operatividad de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela. En su artículo 83 consagra el reconocimiento del derecho a la salud como derecho social fundamental, garantizado como parte del derecho a la

---

<sup>30</sup> Consultada En: Comisión Andina de Juristas. [en línea]. < [www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe)>. [consulta: 2 septiembre 2006].

vida, agregando que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud.

La Constitución colombiana<sup>31</sup> dispone en su artículo 2 que son fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y además facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten. De esta forma, la Constitución de Colombia asegura a todo niño su participación en las decisiones que afecten su persona y bienes, consagrando al niño como sujeto de derechos y haciendo efectivo el principio de que el niño debe ser oído en todo asunto que lo involucre. Por otra parte, en su artículo 13 señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley gozando de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación. Asimismo, protege de forma expresa a todas aquellas personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como por ejemplo la niñez. Este artículo, está directamente relacionado con el artículo 44 que consagra los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales encontramos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros. Merece especial mención que, dentro de los derechos de la niñez, se encuentre el cuidado y el amor, pues es muy extraño que una Constitución Política le asegure a toda persona un tipo de derecho como éste. Este mismo artículo especifica que, además de los derechos que consagra a la niñez, gozarán de todos los demás derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas, que se reconozcan en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Por último, el inciso final establece como deber de la familia, de la sociedad y del Estado, el asistir y proteger al niño, para así garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, agregando

---

<sup>31</sup>Consultada En: Comisión Andina de Juristas. [en línea]. <[www.cajpe.org.pe/informacionporpaises](http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises)>. [consulta: 2 septiembre 2006].

la no menos importante frase de que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Esta es la forma, a mi parecer más completa, en que una Constitución asegura la titularidad de todos los derechos que consagra a los niños, ya sea en la misma Constitución, en las leyes o en los tratados internacionales, de manera que no quepa ninguna duda que tienen los mismos derechos que los demás, que merecen una protección especial y que pueden ejercerlos autónomamente en todos aquellos asuntos que los afecten, pues sus derechos siempre prevalecerán sobre los de los demás

Como vimos con los ejemplos analizados, nuestra carta fundamental dista de regular de manera completa todo lo relativo a la familia, la niñez y lo que dice relación con el reconocimiento expreso de su titularidad de derechos humanos. Se hace necesaria la revisión y reforma de nuestra Constitución siguiendo el ejemplo de las ya mencionadas, para que así no deje dudas sobre la situación de los niños, pues es la norma fundamental que establece los principios generales bajo los cuales se rige toda nuestra legislación, y para que no existan normas que desconozcan la nueva situación en que se encuentra la niñez en la actualidad y que se sustenta en la normativa internacional, específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada y vigente en nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional desde 1990.

## **2. El derecho a la salud en el marco jurídico internacional**

Los instrumentos internacionales acerca de la niñez tienen su inicio en 1924 con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Si bien, el hito fundamental está representado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, existen otros antecedentes importantes que también merecen consideración. A continuación se hará un análisis de la consagración del

derecho a la salud en los distintos instrumentos internacionales desde la perspectiva de los niños como titulares de derechos humanos.

### 2.1. Declaración de Ginebra<sup>32</sup>

Es la primera Declaración internacional importante acerca de la niñez que se remonta a 1924. En este documento se establece que los hombres y mujeres de todas las naciones declaran y aceptan como deber que el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. Este desarrollo material y espiritual, a mi parecer, no puede lograrse sino con el más alto nivel de salud, por el cual deberán velar los hombres y mujeres de las naciones que ratificaron dicha declaración, más directamente los progenitores. Esta sería la primera aproximación al derecho a la salud de los niños. Estos reconocimientos sólo sentaron las bases de las primeras expresiones de protección internacional de la niñez.

### 2.2. Declaración de los Derechos del Niño<sup>33</sup>

Este instrumento declarativo fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, por resolución 1386 (XIV). Fue el primero que contuvo orgánicamente una serie de pautas y postulados que caracterizan a los derechos del niño, aceptadas y reconocidas universalmente. En su considerando tercero señala que el niño, por su falta de madurez tanto física como psíquica, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo, y aquí radica su importancia, una protección a nivel legal, tanto antes como después de

---

<sup>32</sup> Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. [en línea]. <[http://www.fadu.uba.ar/derechos\\_humanos/doc\\_nin\\_24.html](http://www.fadu.uba.ar/derechos_humanos/doc_nin_24.html)> [consulta: 20 octubre 2006].

<sup>33</sup> Declaración de los Derechos del Niño. [en línea]. <<http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/tratados/onu-derechos-nino.pdf>> [consulta: 20 octubre 2006].

su nacimiento. Reconoce además, que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle. Esta es una de las normas claves, pues obliga a los Estados a legislar sobre las distintas materias que afectan a los niños, instándolos a adoptar una postura activa respecto de ellos, lo que no ha sido seguido por algunos Estados, incluido el nuestro, que aún los conserva en la más absoluta oscuridad en ciertas materias, e incluso conserva disposiciones que los consideran como objetos que los progenitores pueden disponer. Esta protección integral ha dictado sentencia de muerte a todas estas normas internas que se basan en que los progenitores deciden lo mejor para sus hijos y que les reconocen más derechos que deberes a los primeros, pues no es posible compatibilizarlas con la ideología de la Convención sobre Derechos del Niño y con los instrumentos internacionales relacionados al tema. Merece también especial consideración la frase “antes de su nacimiento” que utilizó en la elaboración de su considerando, pues estaría adhiriéndose a la tesis del nasciturus que le reconoce la titularidad de derechos y exigibilidad de los mismos, al igual que la Convención al definir lo que debe entenderse por niño.

La presente Declaración insta a los propios progenitores, hombres y mujeres, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan estos derechos y luchen por la observancia de medidas legislativas y de otra índole en garantía de los principios enunciados. Esto es de suma importancia, pues pone en cabeza de los progenitores el deber de que se respeten y reconozcan los derechos consagrados en esta declaración, incluso a nivel legislativo, porque quienes mejor que ellos para velar por el bienestar de sus propios hijos.

A lo largo de los principios que componen este instrumento se hace mención expresa al derecho a la salud en los siguientes puntos: en el primer principio se señala que el niño disfrutará de todos los derechos enunciados en la presente Declaración, entre los que se encuentra el derecho a la salud, sin excepción alguna; en el segundo principio, se señala que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, siendo la consideración fundamental al promulgar las leyes el interés superior del niño; el cuarto principio hace directa alusión al derecho a la salud de los niños, señalando que el niño deberá gozar de los beneficios de la seguridad social y tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, atribuyendo al Estado el deber de proporcionar, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, además de reconocer que el niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Es criticable este principio por cuanto no hace expresa mención al deber que asiste a los progenitores de velar en primer lugar por el bienestar de sus hijos, pues sólo se limita a reconocer que los niños gozan de este derecho sin determinar que el derecho a la salud se encuentra dentro de los deberes naturales que derivan de la relación filial, poniendo énfasis sólo en el deber del Estado de proporcionar el acceso a los servicios de salud adecuados y limitándose sólo a señalar en el sexto principio que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus progenitores, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Esto contrasta con el principio séptimo relativo al derecho a la educación donde consagra expresamente que la responsabilidad en lo

relativo a la educación de los hijos incumbe, en primer término, a los progenitores.

### 2.3. Convención Americana de Derechos Humanos<sup>34</sup>

En su artículo 1 señala que los Estados partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin hacer discriminación alguna y, en su artículo 2 prescribe que, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Sin embargo, esta Convención sólo se limita a enumerar los derechos que se les reconocen a las personas sin hacer ninguna precisión a su respecto, reconociendo sin hacer distinción alguna el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre otros. Sólo merece especial consideración el artículo 17 sobre la protección de la familia que dispone que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado y, además, dispone que en caso de disolución del matrimonio, se adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos siempre teniendo como única consideración el interés y conveniencia de ellos, aun cuando esta norma sólo se limite al caso de disolución de matrimonio.

---

<sup>34</sup> Suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Chile a través del Decreto promulgatorio N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 23 de agosto de 1990 y publicada en Diario Oficial N° 33.860 el 5 de enero de 1991. Consultada En: Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] < <http://www.bcn.cl/portada.html> > [consulta: 20 octubre 2006].

#### 2.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>35</sup>

Este Pacto Internacional en su preámbulo reconoce que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente de todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, sin hacer distinción alguna de edad, sexo, ni condición. Agrega que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas. Asimismo, en el artículo 5 establece una norma especial relativa a que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. En su artículo 10 establece una norma de vital importancia relativa a la protección de la familia, de la madre y del niño y señala que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo y se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razones de filiación o cualquier otra condición. Por otra parte, en el artículo 12 reconoce a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes para asegurar la plena efectividad de este derecho figuran las necesarias para el sano desarrollo de los niños.

---

<sup>35</sup> Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, ratificado a través del Decreto promulgatorio N° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 28 de abril de 1989 y publicado en el Diario Oficial N° 33.382 el 27 de mayo de 1989. Consultada En: Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] < <http://www.bcn.cl/portada.html> > [consulta: 20 octubre 2006].

Si bien el presente pacto hace imperativa la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, se hace criticable el hecho de que no reconoce la titularidad en la garantía de tales derechos a los progenitores cuando los niños se vean imposibilitados de ejercerlos autónomamente.

## 2.5. Convención sobre los Derechos del Niño<sup>36</sup>

La principal normativa protectora de los derechos del niño se encuentra en esta Convención que viene a producir un cambio sustancial en la niñez. Puede decirse que éste es el último instrumento internacional de protección de los derechos humanos<sup>37</sup> emanada de la ONU. Esta Convención en su preámbulo invoca la libertad, la justicia, la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia, lo que resalta la idea de niño sujeto de derechos y titular de todos éstos al igual que sus progenitores, rechazando toda idea discriminatoria. Además, resalta la idea de que los niños tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, lo que demuestra el criterio de protección integral que inspira esta Convención, especialmente su artículo 3 que consagra el interés superior del niño, principio nuevo que no había aparecido con tanta fuerza en otros instrumentos internacionales, instituyendo un régimen de responsabilidades que asiste tanto a los progenitores como a las instituciones relacionadas con el cuidado de los niños, como también al propio Estado.

---

<sup>36</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y ratificada a través del Decreto promulgatorio N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial N° 33.779 el 27 de septiembre de 1990. Consultada En: Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] < <http://www.bcn.cl/portada.html> > [consulta: 20 octubre 2006].

<sup>37</sup> Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas N° 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor, de acuerdo a la pauta de la propia Convención contenida en su artículo 49, el 2 de septiembre de 1990.

El artículo 24 de la Convención se refiere al derecho a la salud de los niños en su párrafo 1, señalando que éste debe ser del más alto nivel posible, agregando que los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho.

La Convención focaliza en tres pilares fundamentales la responsabilidad en la protección de los derechos del niño, en primer lugar en la familia, en segundo lugar en la comunidad y en tercer lugar en el Estado, introduciéndose de esta forma un verdadero mandato para los progenitores, representantes legales, para la sociedad y para el Estado. El Estado es subsidiario a la familia, porque debe brindar, sólo en caso de necesidad familiar, la ayuda necesaria para poder garantizar los derechos reconocidos al niño. Dentro de los deberes de los Estados, encontramos el de adecuar sus leyes internas a los postulados que establece la Convención, porque el catálogo de derechos fundamentales que les reconoce a todo niño hace necesario un cambio en el sistema legislativo para lograr la efectividad y cumplimiento que tales derechos necesitan. Así “la Convención opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos”.<sup>38</sup> La Convención resalta al grupo familiar como prioritario.

---

<sup>38</sup> ELISEO SOLARI, Néstor. La Niñez y sus Nuevos Paradigmas. Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2002, pág. 21.

### **3. La relación vinculante de los pactos internacionales**

Los fenómenos de la Privatización del Derecho Constitucional y la Constitucionalización del Derecho Privado han provocado un cambio radical en el Derecho, pues han generado un interés creciente por tutelar de modo prioritario a la persona humana, ocupando ésta un lugar central en la disciplina jurídica. Las Constituciones pasaron de ser fuente exclusiva de Derecho Público a incorporar materias que se consideraban propias del Derecho Privado.

Hoy no es extraño encontrar en las Constituciones normas relativas a la familia, a la propiedad, al Derecho Sucesorio, etc. materias que regulaban exclusivamente los códigos civiles. Por otro lado, no puede dejarse de lado el proceso de internacionalización de los derechos humanos, reflejado en múltiples tratados y pactos que son otorgados por los distintos Estados y que al incorporarlos a sus ordenamientos jurídicos internos se comprometen a respetar los derechos reconocidos en ellos, a adecuar su legislación interna e incluso a someterse a una jurisdicción supranacional. La tutela de los derechos humanos, en un comienzo, fue orientada a prevenir los abusos estatales, sin embargo, hoy en día esta tutela se extiende frente a todo sujeto, ya sea público o privado, que pretenda vulnerarlos. Estos antecedentes nos llevan incluso a plantearnos la existencia de un Derecho Civil Constitucional.<sup>39</sup>

Se ha logrado establecer, gracias al Derecho Internacional, un mínimo de derechos y garantías que acompañan al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre y cualquiera sea la legislación que lo rija, pues las normas jurídicas, que en un principio fueron creadas para regir dentro de los Estados,

---

<sup>39</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia. Estatuto de la Persona Natural en el Código Civil. *En*: Seminario sobre Modificaciones a los Códigos Civil y de Comercio, en homenaje y recuerdo del Profesor Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas. (12°, 2002, Santiago, Chile).

se fueron extendiendo logrando operatividad mas allá de las fronteras de los mismos, alcanzando el grado de *lex universalis*. Esto se ha ido logrando a través de los tratados internacionales que reconocen universalmente derechos y garantías a todas las personas. Esto es lo que se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>40</sup>.

La Constitución es una norma jurídica que constituye el sustrato de todo el Derecho que se desarrolla a través de la legislación ordinaria y de la cual emanan derechos y facultades directamente operativos, por lo que el legislador, al crear normas, no puede contradecir la Constitución (principio de supremacía constitucional), pues ésta, tanto en su parte orgánica como dogmática, obliga a la totalidad de los sujetos y operadores jurídicos.

La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos a nuestro ordenamiento jurídico interno da lugar a una imperiosa revisión de nuestra legislación relativa al Derecho de Familia, pues estos tratados internacionales tienen en nuestro ordenamiento jerarquía constitucional<sup>41</sup>, lo que tiene relevancia sustancial para el tema que estamos analizando en la presente memoria, pues estos tratados internacionales tratan numerosas materias de interés relativas a la persona y la familia, tal como es el caso del derecho a la salud.

La incorporación de estos tratados internacionales tiene consecuencias importantes dentro de nuestra legislación porque producen distintos efectos en nuestro ordenamiento. En primer lugar, las normas de los tratados

---

<sup>40</sup> ELISEO SOLARI, Néstor. La Niñez y sus Nuevos Paradigmas. Op. cit. pág. 10.

<sup>41</sup> Es así como el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile prescribe que, "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

internacionales incorporados a la Constitución tienen eficacia directa, pues estas normas pueden invocarse directamente si los derechos que ellas consagran se ven transgredidos. En segundo lugar, la normativa incorporada deroga o invalida en su caso, toda legislación presente y futura que la contradiga en el ordenamiento jurídico interno, por el principio de supremacía constitucional.

Cabe tener presente, además, que las disposiciones de los referidos tratados son, por regla general, directamente operativas, lo que se sustenta en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>42</sup>, que impide al Estado signatario de un tratado obstaculizar su aplicación bajo el argumento de la inadecuación de su propio Derecho interno.

La jerarquía constitucional dada a los tratados internacionales sobre derechos humanos por nuestro ordenamiento jurídico no es la excepción. Dentro de los sistemas jurídicos latinoamericanos podemos mencionar la Constitución argentina, que con su reforma de 1994, le otorgó, en su artículo 75 inciso 22, jerarquía constitucional a estos tratados al igual que la chilena, haciendo una expresa enumeración de aquellos que detentan esta jerarquía. Esta Carta Magna, sin embargo, solamente le otorga jerarquía constitucional a ciertos instrumentos en materia de derechos humanos dejando a otros fuera de este rango, aun cuando ha dejado abierta la posibilidad, para que, con posterioridad, puedan incorporarse otros. De esta manera la Constitución argentina no se ha limitado a la mera ratificación de los tratados y convenciones

---

<sup>42</sup> El artículo 27 de la Convención de Viena prescribe: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo fue suscrita por Chile el 23 de mayo de 1969, ratificada a través del decreto promulgatorio N° 381 con fecha 5 de mayo de 1981 y publicado en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981. Consultada En: Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] < <http://www.bcn.cl/portada.html> > [consulta: 20 octubre 2006].

sino que los ha incorporado como ley fundamental. Dentro de la Constitución Nacional de Paraguay de 1992 los tratados internacionales aprobados y ratificados por el congreso tienen jerarquía infraconstitucional pero suprallegal<sup>43</sup>. De igual forma, la Constitución de Ecuador lo establece en su artículo 163<sup>44</sup>. Por último, especial mención requiere la Carta Magna de la República de Venezuela de 1999 que prescribe que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela tendrán jerarquía supraconstitucional<sup>45</sup>.

Las condiciones de la vigencia de un tratado internacional no pueden ser otras que aquellas que constituyen la manifestación formal de un Estado determinado respecto de su consentimiento y su sujeción al instrumento internacional. La vigencia de un tratado internacional alcanza no sólo el contenido del mismo, sino que también incluye las reservas realizadas por el Estado determinado al ratificar el respectivo tratado.

---

<sup>43</sup> El artículo 137 de la Constitución Nacional de Paraguay dispone que, “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el Derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciada. Quien quiera cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en la Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

<sup>44</sup> El artículo 163 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que, “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el registro oficial, formaran parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

<sup>45</sup> El artículo 23 de la Constitución Política de Venezuela dispone que, “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

No cabe ninguna duda que los derechos consagrados por los tratados internacionales integran la Constitución Política de la República, perfeccionándola y complementándola.

En cuanto al desarrollo de nuestra legislación, ésta es bastante pobre respecto a reconocer explícitamente la titularidad de los derechos humanos a los niños, porque comúnmente se acepta que estos derechos pertenecen exclusivamente a los adultos, como si los niños no fuesen personas y no tuvieran la misma dignidad humana. Es a través de instituciones como la autoridad parental y la patria potestad que nuestro Código Civil vulnera los derechos humanos de los niños, sometiendo a la decisión de los progenitores asuntos que tienen que ver con lo más íntimo de la persona, como el derecho a la salud y la disposición del propio cuerpo, o es acaso que ¿los niños no pueden ejercer el derecho a la salud por estar sujetos a la autoridad parental? Esto se ha visto morigerado con la incorporación a nuestra legislación de principios tan importantes y trascendentales consagrados en los instrumentos internacionales, como es el interés superior del niño, que sirven como criterio orientador al regular y decidir sobre estas materias. Sin lugar a dudas, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño ha generado la necesidad de revisar toda la legislación interna sobre la niñez, entiéndase autoridad parental, patria potestad y reconocimiento expreso de los derechos de los niños, puesto que no obstante sus 16 años de vigencia no se han modificado del todo las viejas concepciones e instituciones que ya han sido superadas por los nuevos paradigmas sobre los derechos del niño.

Los instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico y, más específicamente los de derechos humanos, sin ningún lugar a dudas son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier

particularidad. La Convención sobre los Derechos del Niño reafirma esta postura pues reconoce a los niños como personas humanas, permitiendo igual respeto y protección de los derechos para todas las personas. Los derechos de los niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que éstos permanezcan ligados a la protección general de los derechos humanos, porque es deber del Estado promover y garantizar la efectiva protección de todos los derechos reconocidos a los seres humanos, incluidos los niños, pues éstos también son titulares de derechos fundamentales. Incluso de sostiene por algunos autores<sup>46</sup> que la Convención sobre los Derechos del Niño es la versión de la Declaración Universal de Derechos Humanos para personas menores de 18 años. Sin embargo, considero que esta distinción no hace más que mantener el criterio de discriminación en contra de la niñez al señalar que son titulares de los derechos humanos consagrados sólo en ese instrumento y no de los reconocidos en las demás declaraciones de derechos humanos. Es más apropiado señalar que la Convención fue creada con la intención de que se reconozca al niño como sujeto de derecho y titular de derechos humanos y no limitar la protección de los derechos del niño al reconocimiento de los derechos allí consagrados, pues el tema está en una constante evolución.

#### **4. La triple vía como criterio de solución**

Fenómenos como la Constitucionalización del Derecho Privado o Privatización del Derecho Constitucional y la Supranacionalización de los derechos humanos y su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos a través de la Constitución Política de la República, nos hacen preguntarnos

---

<sup>46</sup> ELISEO SOLARI, Néstor. La Niñez y sus Nuevos Paradigmas. Op. cit, pág. 13.

cuáles son las vías de solución al problema de la falta de desarrollo legislativo de Chile en materias relativas al Derecho de Familia y la evidente contradicción a que nos enfrentamos muchas veces entre las normas de Derecho interno y las normas y principios de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Frente a este problema nos encontramos con lo que se denomina “triple vía”<sup>47</sup>, solución planteada y a la que se arribó en 1996 en el IX Congreso Mundial de Familia. Considero que éste es el camino adecuado para solucionar el problema, pues consiste en:

- Aplicar directamente los principios constitucionales y de los tratados internacionales constitucionalizados, es decir, las normas de contenido pragmático o preciso deben aplicarse directamente;
- Se deroguen tácitamente las normas legales de Derecho interno contrarias a dichos principios; y
- Comprender que dichos principios son fuente integradora del ordenamiento jurídico, porque éste es un todo unitario, dentro del cual deben interpretarse las normas legales respetando los derechos esenciales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constitucionalizados, lo que resulta utilizando el elemento sistemático de interpretación de las normas y no utilizando únicamente los elementos gramatical e histórico que, muchas veces, no nos permiten una interpretación a la luz de los derechos esenciales de las personas consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>47</sup> Revista de Derecho Puertorriqueño, IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Atlapa, Panamá, Volumen 35(3). 1996, pág. 603 a 604.

### **CAPÍTULO III**

## **CAPACIDAD PARA EJERCER EL DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

### **1. La Capacidad en el Código Civil**

La capacidad está regulada en el Código Civil en el Libro IV, Título II denominado “De los actos y declaraciones de voluntad”. El artículo 1445 inciso 2° prescribe que, “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra persona”. Por su parte, el artículo 1446 dispone que, “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. Así, la incapacidad no puede extenderse por analogía, sólo la ley puede establecer quienes son incapaces de obrar, distinguiéndose entre incapacidad de ejercicio absoluta y relativa. Lo normal será entonces el concepto de autonomía, de independencia y de disposición de los propios intereses para relacionarse en la esfera jurídica, es decir, la capacidad.

Para países como Chile, Colombia y Ecuador, seguidores estos últimos del Código de Bello, la capacidad de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra.

Nuestro ordenamiento reconoce dos tipos de capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce, como se tratará más adelante, consiste en la aptitud para ser titular de derechos y deberes y es considerada un atributo esencial de la personalidad, ya que toda persona la posee por el sólo hecho de ser tal. Por otra parte, la capacidad de ejercicio es la

que se encuentra definida en el inciso final del artículo 1445 del Código Civil, como la aptitud de las personas para obrar por sí mismas, sin autorización o sin el ministerio de otra persona, y es a través de esta capacidad de obrar que se ejercen los derechos que se adquieren por efecto de la capacidad de goce.

Los criterios diferenciadores se centran mayormente en la edad que se requiere para poder celebrar un acto jurídico, los que varían de acuerdo al tipo de acto de que se trate. Este criterio de edad hace que ésta pueda aumentar o disminuir, lo que implica que la incapacidad pueda ser absoluta o relativa de acuerdo a la aptitud que les permita a los incapaces realizar ciertos actos o que evidencie la carencia absoluta de voluntad o discernimiento que limite su comprensión. Para Jaime Ballesteros la práctica de unir jurídicamente la edad con la capacidad ha obedecido siempre a criterios naturales que fueron recogidos del Derecho Romano. En Roma la situación de los niños fue adquiriendo paulatinamente un régimen propio donde se distinguía entre: *infantes*, menores de siete años con incapacidad absoluta, aun para los actos que pudieran beneficiarlos; *infantia majoris*, entre los siete años y la pubertad, criterio que fue cambiado por Justiniano a los doce para las mujeres y catorce para los hombres, pudiendo realizar actos que les resultaran ventajosos, mas no los que podían perjudicarlos; y *púberes*, que fueron inicialmente capaces pero, posteriormente, para su protección se fue limitando su capacidad.<sup>48</sup> Nuestra legislación civil ha establecido en una misma disposición las distintas denominaciones que reciben los menores de 18 años de acuerdo con la edad: el menor de siete años se llama infante; al varón menor de catorce y a la mujer menor de doce años se les denomina impúberes; y desde los catorce, en el caso de los varones, y desde los doce, en el caso de las mujeres, y hasta la

---

<sup>48</sup> BELLESTEROS BELTRAN, Jaime. El Menor Impúber y su Capacidad Negocial. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia "Familia de Hoy y Familia del Futuro". ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso Electrónico).

mayoría de edad reciben el nombre de menor adulto, considerado como una persona muy cercana a la plenitud de su madurez.<sup>49</sup>

El artículo 1447 del Código Civil establece las incapacidades de ejercicio que se clasifican en absolutas, dentro de las cuales se encuentran los impúberes, y las relativas, donde se encuentran los menores adultos. En el primer caso, el legislador las considera personas carentes de voluntad jurídicamente eficaz por cuanto carecen de juicio suficiente por falta de desarrollo mental y, en el segundo, aunque no carecen absolutamente de juicio, el legislador los considera objeto de protección porque todavía no cuentan con la aptitud para determinar qué es lo mejor para ellos. Los incapaces absolutos como carecen de capacidad de ejercicio sólo pueden actuar representados por aquél que tiene su representación legal. Como podemos darnos cuenta el legislador civil sólo regula el tema de la capacidad desde el punto de vista patrimonial, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, al señalar que los incapaces absolutos sólo pueden actuar en la vida jurídica a través de sus representantes legales, olvidando que la representación legal sólo tiene cabida dentro de la patria potestad que se relaciona con el aspecto patrimonial de la relación filial. Entonces, ¿puede concluirse que en el aspecto personal los impúberes y los menores adultos tienen plena capacidad de ejercicio?

Es sobre este punto en que hay que señalar las diferencias entre discernimiento y capacidad, pues ambos conceptos tienen gran importancia en el tema que estamos tratando. Por discernimiento se entiende “distinguir una cosa de otra, señalando la diferencia que hay entre ellas”<sup>50</sup>. En tanto, la capacidad, como ya se señaló, es la posibilidad de contraer deberes por sí

---

<sup>49</sup> Artículo 26 del Código Civil derogado tácitamente por el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>50</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <[www.rae.es](http://www.rae.es)> [consulta: 20 octubre 2006].

mismo, sin el ministerio o la autorización de otra persona, es decir, es la autonomía. Así definido, el discernimiento es un fenómeno natural que, a manera de hecho jurídico, permite a las personas diferenciar los elementos que perciben a través de sus sentidos y que debe producir efectos jurídicos independiente del querer del agente y, por su parte, la capacidad es una categoría jurídica que opera a manera de reconocimiento y que no permite su pleno ejercicio hasta darse el cumplimiento de una condición, como es la mayoría de edad. Con esto podemos concluir, que la severidad con que se descarta de plano cualquier asomo de autonomía de los niños, hasta establecer como principio general la incapacidad, con algunas consideraciones especiales para los menores adultos, reside más en la voluntad del legislador que en las condiciones propias de cada sujeto. Es lógico que no podemos exigir que respecto a cada persona se analicen sus condiciones particulares hasta llegar al ejercicio pleno de sus derechos y así obtener la justa capacidad que demandan sus esferas cognoscitivas y volitivas, pero es necesario remecer al legislador para que tome conciencia de la realidad, porque los niños de hoy no son los mismos de cincuenta años atrás, ajenos completamente de la realidad. Hoy la televisión y el Internet, que permiten un acceso más amplio y rápido a la información, y la continua lluvia informativa que los niños reciben a diario, han desplazado su estructura formativa incluso al punto de perder el concepto de lo bueno y de lo malo, la ubicación del principio de la autoridad familiar y, ante todo, el límite de su capacidad, pues no es extraño que hoy día un niño realice actos jurídicos, ya sea de forma más o menos insignificante, como comprar dulces en el negocio de la esquina, o de mayor relevancia, como realizar compras electrónicas a través de Internet. Nadie alegraría, en ambos casos, la nulidad del contrato por incapacidad absoluta del comprador. El desfase entre el Derecho y la realidad es evidente, por cuanto “el menor de edad, por regla general, está dependiente económica y personalmente de una potestad ajena (patria potestad o tutela); pero cada vez más el ámbito en la que ésta no actúa

es más amplio<sup>51</sup>. Así, la capacidad natural como suficiencia de juicio, condición de madurez o discernimiento, debiera volver a tomarse en consideración. Señala Daniel Hugo D'Antonio que, "trátase de lo que la doctrina tipifica como pequeños contratos, en alusión a su poca entidad en lo que hace al monto de dinero comprometido en tales adquisiciones o actividades. Pero forzoso es reconocer que el desarrollo de una verdadera cultura de los niños y jóvenes, con un mercado cada vez más desarrollado, referido a sus apetencias y necesidades, hace que deba prestarse atención a tales actos". Agrega que, "la compra de juguetes electrónicos, adquisición de discos u objetos semejantes, entradas a espectáculos públicos u otros similares son los más frecuentes dentro de la amplia gama de conductas observables" y "la costumbre opera aquí como fuente primordialísima y justificante de la aceptación de estos actos, realizados aun por menores que no han alcanzado la edad del discernimiento"<sup>52</sup>.

Tradicionalmente, el tratamiento normativo que se ha dado al atributo capacidad ha hecho hincapié en aspectos patrimoniales, en desmedro de las cuestiones que exceden ese ámbito. Sólo en este ámbito patrimonial se justificaría, en cierta forma, la protección que da nuestro Código Civil a la niñez, especialmente, por la falta de madurez y la propia naturaleza evolutiva del niño, para así protegerlos de los actos propios y de los actos de terceros que puedan perjudicarlos. Sin embargo, en virtud de los nuevos principios incorporados a nuestro ordenamiento, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta protección que otorga nuestra legislación debería interpretarse como el resultado de una interacción de los progenitores con los hijos que tiendan a promover las relaciones familiares más participativas y democráticas donde el

---

<sup>51</sup> BELLESTEROS BELTRAN, Jaime. El Menor Impúber y su Capacidad Negocial. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>52</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. Actividad Jurídica de los Menores de Edad. 2º edición Argentina, Rubinzal – Culzani Editores, 1992, pág. 142, citado por BELLESTEROS BELTRAN, Jaime. El Menor Impúber y su Capacidad Negocial. Op. cit. [recurso electrónico].

niño pueda expresar su opinión y ésta sea tomada en cuenta al momento de realizarse la administración de sus bienes, de manera de superar la noción del niño como objeto de la autoridad y voluntad discrecional de sus progenitores.

Es de vital importancia para el tema que estamos analizando, vincular la capacidad con el discernimiento, para así entender que, generalmente, este atributo se valora al analizar el consentimiento, que resulta esencial para la verificación de los actos de disposición corporal. Es necesario distinguir entre el consentimiento contractual, mediante el cual se celebra, por ejemplo, un contrato médico, y el asentimiento, por el cual el paciente permite que el médico realice los tratamientos que estime necesarios para curarlo, que se presentaría como un acto jurídico unilateral, extrapatrimonial, personalísimo y recepticio<sup>53</sup>.

En conclusión, nuestro Código Civil está basado en el modelo de familia patriarcal, donde los hijos y la mujer estaban sometidos en lo patrimonial al poder de decisión del padre. Esta situación de desmedro en que se encontraba la mujer y los hijos sólo ha variado en los últimos años debido principalmente a las reformas introducidas a la legislación en materia de sociedad conyugal, con relación a la mujer, donde incluso era considerada incapaz relativa. Sin embargo, existen muchas otras materias donde todavía se conservan las antiguas concepciones con relación a la mujer, como en materia de patria potestad, pudiendo ejercerla sólo en el caso que viva separada de su marido. La situación de los niños, por el contrario, no ha sufrido muchas variaciones, pues en la mayoría de las instituciones jurídicas que regula nuestro Código Civil aún es considerado como objeto de las relaciones paterno filiales, como cosas que los progenitores pueden disponer y que están sometidas a su autoridad, no

---

<sup>53</sup> SAUX, Edgardo I.- FABIANO, Aidilio G. La Capacidad Requerida para los Actos de Disposición Corporal. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina), pág. 60.

encontrándose todavía arraigado en nuestra cultura jurídica el derecho del niño a ser oído en todas las cuestiones relacionadas con su persona y bienes y, sobre todo en esta última materia, a la niñez se les desconoce todo atisbo de capacidad, llegando incluso a decirse por algunos que los niños no tienen bienes. La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la década de los noventa vino a despertar al legislador en cuanto a la situación que viven hoy día nuestros niños, mejorando la concepción que se tiene de ellos por lo menos a nivel legislativo, ya que a nivel social todavía nos queda mucho por avanzar.

## **2. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio**

En nuestro ordenamiento se acoge la posición mayoritaria que reconoce un dualismo en materia de capacidad. Así, se distingue entre capacidad genérica, de goce o de derecho y capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar. Sin embargo, al igual que Carlos Fernández Sessarego, adherimos a la posición contraria que reconoce sólo a la capacidad de ejercicio, por cuanto la capacidad de goce se considera inherente a la naturaleza de todo ser humano, como se explicará a continuación. Para el mismo autor, la capacidad de goce se constituye como “la posibilidad o potencialidad propias de la libertad subjetiva - en que consiste el ser del hombre – para su transformación en actos, en conductas humanas intersubjetivas”<sup>54</sup>. La subjetividad humana no es materia jurídicamente regulable, pues todos los seres humanos poseen una natural aptitud para convertir en actos o conductas sus decisiones libres. Por lo tanto, existe sólo una capacidad y existen dos momentos, uno subjetivo y uno objetivo. En el primer momento, la persona decide por sí misma en su ámbito

---

<sup>54</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Capacidad de Gocce: ¿Admite Excepciones? Revista de Jurisprudencia Argentina (6185): marzo 2000. [recurso electrónico].

interno sin exteriorizar su decisión. Agrega Fernández Sessarego que el instante subjetivo es el de la pura aptitud que tiene todo ser humano de gozar de todos los derechos inherentes a su naturaleza de ser humano, por lo tanto, todos tienen igual capacidad de goce, donde libertad y capacidad de goce son elementos indisolubles. En lo que se podría llamar la vertiente subjetiva, la libertad supone la capacidad del ser humano de decidir por sí mismo. Éste se podría denominar como momento íntimo de la libertad, las decisiones adoptadas por el ser humano en lo más íntimo de su ser. Esta libertad tiende a convertirse en acto, a exteriorizarse, a convertirse en conducta humana intersubjetiva, pasando al segundo momento denominado objetivo, por lo que puede decirse que el acto es la expresión de la libertad subjetiva. Si la persona está dotada por el ordenamiento jurídico positivo de capacidad jurídica de ejercicio, de hecho o de obrar, podrá objetivizar la libertad, para convertir la potencial aptitud de gozar de un derecho en el ejercicio efectivo del mismo.<sup>55</sup> Sólo en este instante resulta aplicable el Derecho. La capacidad de goce, en cambio, no se puede restringir o limitar por ninguna ley, sólo desaparece con la muerte del ser humano, no puede ser objeto de regulación por el ordenamiento jurídico. La capacidad de ejercicio sí puede limitarse, restringirse o suprimirse por ley. Para Massimo Bianca “la noción de capacidad jurídica es distinta respecto de la capacidad de ejercicio, que se refiere a la idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal” y, agrega que, “la falta o limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad jurídica general en cuanto el sujeto permanece siempre idóneo a ser titular de relaciones jurídicas”. Por último, señala que “de lo que carece el incapaz de ejercicio es, mas bien, de la idoneidad a realizar directamente y autónomamente su propia esfera personal y patrimonial, necesitando un

---

<sup>55</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Capacidad de Goce: ¿Admite Excepciones? Op. cit. [recurso electrónico].

representante legal o curador”<sup>56</sup>. Esto no hace más que reafirmar la postura expuesta anteriormente que sostiene que la capacidad de goce se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue con la muerte, pues es inherente a la naturaleza humana y no se puede restringir ni limitar por ley, por lo tanto, la limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad de goce. Así, el concebido tiene capacidad de goce aunque no pueda ejercer por sí mismo sus derechos sino a través de sus representantes legales. Las excepciones que puede establecer la ley se refieren exclusivamente al ejercicio de los derechos, y no a la aptitud para el goce de éstos.

### **3. La Representación**

La patria potestad conlleva la representación legal. Sabido es que el hijo menor es absolutamente incapaz en el caso que sea impúber y relativamente incapaz si es menor adulto, según lo dispone el artículo 1447 del Código Civil. En el primer caso, sólo puede actuar en la vida jurídica a través de su representante legal y, en el segundo, representado o autorizado por dicho representante. En nuestro ordenamiento jurídico, dada la separación que existe en el tratamiento de la relación filial personal y la relación filial patrimonial, esta representación en estricto rigor sólo debe tener aplicación respecto de los bienes de los hijos no emancipados. Todo lo que sobrepase esta esfera no debiese situarse dentro de la representación legal, puesto que se ubica dentro

---

<sup>56</sup> BIANCA, Massimo. Diritto Civile 1, Milano, 1978, pág. 193. Citado por FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Capacidad de Goce: ¿Admite Excepciones? Op. cit. [recurso electrónico].

de la relación filial personal<sup>57</sup>. Por ejemplo, en el caso de autorizar una intervención quirúrgica a un menor de edad, la autorización debe ser otorgada por ambos progenitores en el supuesto de la relación filial determinada, ya que ella se enmarca dentro de la relación filial personal, especialmente en el deber de cuidado personal de la crianza, que siendo un deber genérico, incluye el deber de cuidado de la salud. Sin embargo, esto no se cumple en la realidad, ya que es una práctica habitual dentro de los establecimientos de salud, el requerir la autorización del representante legal del hijo menor de edad para realizar estas intervenciones, produciéndose un desmedro para la madre que no podría autorizar dicha intervención en virtud de que si ambos progenitores viven juntos, corresponde al padre el ejercicio de la patria potestad y, por ende, la representación, a pesar de que compete a ambos el ejercicio del cuidado personal de la crianza que es donde se enmarca el derecho a la salud del hijo.

Las personas suelen regular directamente sus intereses, sin recurrir a intermediarios. Sin embargo, es posible que el autor de un acto jurídico o una de las partes de un contrato se encuentre impedida para concurrir personalmente a la celebración del mismo. Cuando actúan a nombre propio regulan personalmente sus intereses, pero cuando actúan a nombre de un tercero, no están regulando sus propios intereses, sino los de este tercero, aun cuando los efectos del acto se radiquen en la persona en cuyo interés se está celebrando, como si ella personalmente hubiera actuado. Aquí intervienen dos personas: el representante y el representado. Nuestro Código Civil se refiere a la representación en el artículo 1448 que señala que lo que una persona ejecute a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla,

---

<sup>57</sup> Dispone el Código Civil en el artículo 243 que, "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer".

produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

Por regla general, las personas están facultadas para disponer por sí solas de los intereses que se encuentran dentro de su órbita jurídica, de los intereses que les pertenecen y de los cuales tienen la capacidad de titular. Por excepción, cuando las personas tienen la capacidad restringida, no pueden disponer por sí solas de dichos intereses, requiriendo autorización de otras personas.

En cuanto a las clases de representación, ésta puede emanar de la ley o de la voluntad del interesado, por lo tanto puede ser legal o voluntaria. Para los efectos de esta memoria sólo analizaremos la representación legal que es la que interesa para el tema que estamos analizando.

La representación legal supone que una persona se encuentre en la imposibilidad jurídica de ejercer por sí sola la autonomía privada y, por lo tanto, carece de la aptitud para disponer de los intereses que se encuentran dentro de su órbita jurídica. Es así como la ley deja imposibilitado al incapaz de la facultad de proveer por sí mismo a sus propios intereses y le confía a otro sujeto, en este caso a su representante, la competencia para cuidar los intereses del incapaz. A juicio de Víctor Vial la representación legal es un cargo u oficio de Derecho privado, pues el representado no puede elegir a su representante legal, el que viene determinado por la ley en virtud de la relación derivada de la patria potestad o, a falta de esta relación, mediante la providencia de nombramiento de guardador por el juez<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> VIAL DEL RIO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. 4° edición actualizada, Vol.1, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, pág. 201.

La concepción tradicional de la representación legal resulta incompatible con la protección integral de los derechos del niño que se traduce en el reconocimiento del niño como sujeto de derechos. El término representación entraña la idea de que se está actuando en nombre o en lugar de otro que no puede hacerlo por sí mismo y donde la única actuación posible es la del representante y su voluntad es la única que ha de tenerse en cuenta.

Esto resulta contrario a la concepción del niño como formalmente titular de una plena autonomía en función de su edad y desarrollo. La idea es que exista un sistema de representación donde los progenitores presten al niño una especie de asistencia<sup>59</sup> o cooperación, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de la decisión del niño. Esta asistencia prevé un acompañamiento justificado con miras a la protección del niño en el desarrollo de su personalidad, en cambio, la representación implica un mecanismo de sustitución de la voluntad del niño. Así, resulta que la única teoría de las existentes dentro del Derecho Civil que se adecua a estos requerimientos es la teoría de la cooperación de voluntades, ya que teniendo presente el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído en todo asunto en que se vea involucrada su persona y bienes consagrados en los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño respectivamente, los progenitores deben manifestar su voluntad tendiente a consentir un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica siempre, y en todos los casos, escuchando al niño y conociendo su preferencia y opinión en consideración a su edad y madurez, lo que no significa que se aceptarán sus deseos, sino mas bien, se

---

<sup>59</sup> Se ha definido la asistencia como “un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido”. Véase: CIENFUEGOS, Santos. Elementos de Derecho Civil, Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 218.

considerará su opinión para que así los progenitores se formen una idea de cuál es su interés superior.

Para terminar este apartado, es necesario reiterar que en materia de salud de los niños, los progenitores no intervienen en virtud de las facultades que otorga la patria potestad a través de la representación, pues ésta sólo dice relación con el aspecto patrimonial de la relación filial, sino que lo hacen en virtud del deber de cuidado personal de la crianza, que es un deber madre que asiste a ambos progenitores, estén o no viviendo juntos. Además, no puede disponerse del propio cuerpo a través de representantes. Un asunto tan íntimo como la salud no puede quedar a decisión de un tercero, pues somos nosotros mismos los que mejor sabemos qué es lo mejor para nosotros, qué no nos gusta de nuestro cuerpo y qué nos hace sentir mejor. El reconocimiento del niño como sujeto de derechos significa necesariamente otorgarle la debida participación e integrarle en los procesos que conciernen a su vida y su persona.

Propiciamos un sistema que excluya del ámbito de la representación aquellos actos relativos a los derechos humanos de los niños y adolescentes que en función de su desarrollo físico y psíquico puedan ejercer por sí mismos. En estos casos los progenitores sólo podrán prestar asistencia o cooperación, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de la decisión del niño. En caso de conflicto, quien tendrá la última palabra será el juez, en un proceso que posibilite la participación activa del niño, siempre y cuando las opiniones y deseos del niño sean el producto de una expresión libre y autónoma y no el fruto de la manipulación de alguno de los progenitores y para lograrlo necesitará la colaboración de otros profesionales especializados que le ayuden a desentrañar la voluntad real del niño por sobre lo expresado. El artículo 162

del Código Civil español sigue estas recomendaciones y señala, en sus dos primeros incisos, que se exceptúan de la representación legal:

“a) Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo;

b) Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”<sup>60</sup>.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño ha logrado profundizar la discusión sobre el concepto de representación a través de los términos utilizados en el artículo 12, pues de su análisis se concluye que, cuando el niño adquiere la edad y madurez suficiente, la representación se debe convertir en acompañamiento o consejería y no en una representación con imputación ficticia de voluntad.

#### **4. La autonomía de los niños frente a la autoridad parental**

El conflicto que surge en la actualidad entre la responsabilidad parental y el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, en cada una de sus diversas etapas evolutivas, es un tema que se está tornando cada vez más importante. Esta situación por su trascendencia les dará más de un dolor de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia, pues todavía no existen criterios aunados para decidir qué principios deben prevalecer por sobre otros. Sin embargo, podemos concluir, a prima facie, que la premisa fundamental y que jamás debe olvidarse es el derecho del niño a ser oído y a participar activamente en las decisiones que le conciernen. Además, se hace necesario contar con las herramientas efectivas para concretar esta intervención. Para

---

<sup>60</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2006, pág. 565.

algunos autores, el principio fundamental que regula las relaciones entre los miembros de la familia es el derecho a la libertad de intimidad entendida como la autonomía de los integrantes del grupo familiar en la toma de decisiones que a ellos le conciernen y que reconoce como límite el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas individuales que conforman esa familia, especialmente el interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>61</sup> Este conflicto repercute también a nivel estatal, pues el Estado está en la constante encrucijada de decidir si interviene o no, en la medida que están comprometidos la intimidad familiar y la responsabilidad del mismo Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales reconocidos a los miembros de la familia.

Es aquí donde nos encontramos, por un lado, con los derechos reconocidos a los niños, como el derecho a la salud, a la autodeterminación y a la disposición de su propio cuerpo, y por otro, con la autoridad parental.<sup>62</sup> La idea es que bajo ciertas circunstancias uno de los derechos ceda ante el otro, sin que ello signifique invalidar el principio desplazado. La evaluación del peso de los derechos fundamentales que entran en colisión es una tarea ardua que en nuestra realidad correspondería a la labor judicial.

Nuestro sistema normativo no considera la voluntad, los deseos o el consentimiento del niño. Su consentimiento, aunque tenga la madurez requerida, no resulta del todo suficiente para que una práctica o tratamiento

---

<sup>61</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit. pág. 523.

<sup>62</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer nos da una orientación respecto del tema al disponer en el artículo 16 letra d que, los Estados aseguraran a hombres y mujeres "los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial". Esta Convención fue ratificada por nuestro país a través del Decreto promulgatorio N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial N°33.542 del 9 de diciembre de 1989. Consultada En: Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea]. <[www.bcn.cl/portada.html](http://www.bcn.cl/portada.html)> [consulta: 5 noviembre 2006].

resulte lícito. Se requiere, en la mayoría de los actos en que se vean involucrados niños, el consentimiento parental o el del representante legal.

La doctrina se ha planteado si los derechos personalísimos que se reconocen a los niños por normas de jerarquía superior, como el derecho a la salud, pueden ser ejercidos por ellos mismos o, por el contrario, si dicho ejercicio corresponde a sus progenitores. La responsabilidad parental se inscribe en el orden del deber, con el claro objeto de velar por el desarrollo armónico y equilibrado del niño, así como lo prescribe el artículo 222 del Código Civil. Sin embargo, ello no puede lograrse prescindiendo o sustituyendo la voluntad del niño. La relación paterno filial contiene normas que atribuyen derechos y autoridad a los progenitores con el fin de cumplir con su deber de cuidado personal de la crianza respecto de sus hijos, lo que los faculta para intervenir en las elecciones diarias de ellos, dejando muy poco espacio para la autonomía de éstos últimos. Además, si hay abusos de esta autoridad parental, los niños no cuentan con los mecanismos de ayuda necesarios para afrontar esta situación.

Esto hace necesaria la creación de una normativa que respete los principios generales establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la dignidad humana y la realización del niño, pues el artículo 5 de la misma Convención aclara que las facultades atribuidas a los progenitores o personas encargadas legalmente de los niños, les son conferidas con el objeto de “impartirlas en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

En cuanto al hecho de que no se considere en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad de los niños, aun cuando cuenten con la madurez suficiente, la

autora argentina Mariana Santi plantea que, “resulta necesario reevaluar este criterio rígido y considerar la existencia de una regulación legal más respetuosa de la individualidad de la persona, que reconozca el efectivo ejercicio de los derechos personalísimos, sin que ello implique dejar de lado la autoridad parental, tratando de equilibrar los deberes que la patria potestad impone con las garantías de respeto, consideración y dignidad que merecen las propias concepciones de cada persona”<sup>63</sup>.

## **5. El cuidado del propio cuerpo y la autodeterminación del niño**

El derecho a la disposición del propio cuerpo junto con el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, entre otros, son los que se denominan derechos personalísimos y que tienen como fundamento último la dignidad de la persona. Así, la dignidad y la libertad de la persona fundamentan la facultad de disponer del propio cuerpo. El derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo es la facultad de la persona física para disponer de él y tomar las decisiones en su esfera somática o corporal, el cual está limitado por intereses públicos, por la ley, la moral y las buenas costumbres, además por el respeto que la persona le debe a la vida, al cuerpo y a la salud humana<sup>64</sup>. Este bien jurídico lo constituyen un cúmulo de poderes y facultades que la persona tiene sobre su cuerpo.

Las orientaciones modernas reconocen la titularidad de los derechos personalísimos a los niños, pues son inherentes a su condición de persona humana. Sobre el derecho del niño a participar de las decisiones relativas al cuidado de su salud, como manifestación del derecho personalísimo de la

---

<sup>63</sup> SANTI, Mariana. Consentimiento del Menor y de los Padres. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).

<sup>64</sup> SAUX, Edgardo I.- FABIANO, Aidilio G. La Capacidad Requerida para los Actos de Disposición Corporal. Op. cit. pág. 59.

libertad, es discutible si la atribución de su ejercicio a los progenitores, y en algunas legislaciones a los representantes legales, implica una vulneración del derecho a la libertad de los niños. Sin embargo, los actos de disposición del propio cuerpo reconocen como límite el orden público y los derechos de terceros y es aquí donde radica la discusión, pues es importante determinar si sobre el tema sólo juega la autonomía de la voluntad o si se puede limitar dicha disposición al estar involucrados intereses de la sociedad en su conjunto y, por ende, el orden público.

Las preguntas que debemos responder son: ¿Hasta dónde se aplica exclusivamente la autonomía de la voluntad?, ¿Cuándo debe intervenir el Estado en pro del bien común y el orden público, sin que esta intervención importe un avasallamiento al derecho a la propia determinación? y, en caso de imposibilidad física o psíquica del titular del derecho, ¿Podrán ejercerlo otras personas en su nombre estableciéndose incluso un orden de prelación?, o siendo más específicos, ¿Los progenitores pueden, en ejercicio de su autoridad parental, tomar decisiones respecto del cuerpo de sus hijos menores de edad que resulten convenientes para tutelar los intereses de éstos?

En cuanto a determinar hasta dónde se aplica la autonomía de la voluntad en materia de disposición del propio cuerpo, el ámbito de libertad, para algunos autores, debe entenderse como un poder relativo de disposición que cada individuo posee sobre su propio cuerpo. Dicha relatividad se funda en dos antecedentes: en primer lugar, en la tutela estatal sobre este tipo de bienes, pues el Estado posee especial interés en la protección de la vida y la integridad física de los individuos sancionando cualquier vulneración a estos derechos; en segundo lugar, en que este tipo de bienes se encuentra fuera del comercio y, por tanto, son indisponibles, por lo que en el contrato de asistencia médica el

paciente no puede utilizar sus derechos en detrimento de su salud.<sup>65</sup>

La incertidumbre sobre el ejercicio autónomo de tales derechos por parte de los niños se ve aun más agravada porque la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene una norma expresa que aluda al derecho del niño, a partir de una determinada edad, a decidir sobre el cuidado de su salud y de su propio cuerpo. Ante esta situación cabe tener presente lo señalado con anterioridad respecto que los niños, además de todos los derechos que tienen por su condición de persona, poseen derechos específicos que se les reconocen con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación, independientemente si se encuentran sujetos a la autoridad parental, porque las atribuciones conferidas a los progenitores no pueden constituir un elemento que afecte o suprima, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños.

El niño atraviesa por distintas etapas en su evolución psico-física que determinan una graduación en el nivel de decisión al que pueden acceder, debido, por ejemplo, a su falta de madurez. Ejemplo de lo anterior es que la mayoría de los Códigos de la Niñez efectúan la diferencia entre niños propiamente tales y adolescentes, utilizando como criterio diferenciador las distintas necesidades e intereses que ambos grupos presentan, debido a que los adolescentes tienen una mayor capacidad cognitiva que les permite, por ejemplo, articular sus propias necesidades y deseos, a diferencia de los primeros. Nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto en la regulación del tema de la autoridad parental este proceso evolutivo por el que atraviesa la

---

<sup>65</sup> PEREZ DE LEAL, Rosana. Disposición del Propio Cuerpo en el marco del Contrato de Asistencia Médica. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina), pág. 45.

niñez en lo relativo al ejercicio de sus derechos personalísimos, no encontrando un reconocimiento a los distintos niveles de discernimiento, que les permita participar en las decisiones que los afectan tan profundamente. Si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce en cabeza de los niños y adolescentes la titularidad de los derechos personalísimos, no ha previsto la consideración del proceso evolutivo en el ejercicio de tales derechos. Nuestro ordenamiento, más bien, los considera incapaces, tanto para cuidar de su persona como de sus bienes, por lo tanto, son titulares de derechos pero no pueden ejercerlos por sí mismos. Pero ¿Cómo pueden ejercerse los derechos personalísimos a través de un tercero si afectan lo más íntimo de la persona como es su salud y disposición del propio cuerpo?

La participación del niño en materias relativas a la disposición de su propio cuerpo parece limitada por la existencia de valores y creencias que privilegian la protección del niño y subestiman su capacidad de comprensión. Hoy existen dos sistemas de reconocimiento de capacidad: el que establece la edad cronológica, que no analiza en cada caso la capacidad efectiva del niño pudiendo darse la posibilidad de que un niño, sin contar con la edad que el ordenamiento jurídico establece para prestar un consentimiento válido, pudiese hacerlo en función de su grado de madurez y desarrollo; y el que establece un criterio legal para constatar los atributos mentales y físicos que deban considerarse necesarios para ejercer derechos con autonomía<sup>66</sup>. Dejando de lado ambos criterios, lo que sí debe tenerse presente es que el derecho a ser oído en las cuestiones atinentes al propio cuerpo existe desde que el niño tiene raciocinio como para opinar al respecto, de manera que el criterio válido para determinar la capacidad de un niño es aquel que pone atención en su raciocinio

---

<sup>66</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". ( 10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina), pág. 247.

y su comprensión y no el que establece un rango etario. En cada etapa del desarrollo del niño se presentan características comunicacionales propias que permiten a los adultos, a veces con la ayuda de especialistas, decodificar sus necesidades y deseos<sup>67</sup>. En el mismo sentido, Mauricio Mizrahi señala que es un error estimar que el hecho de que un niño o un bebé no posea una técnica expresiva gramatical u oral determina su inhabilitación para entender lo que se pretende transmitir a través de la palabra, porque puede expresar su opinión de diversos modos tales como el lenguaje corporal, los signos, los símbolos, dibujos, etc<sup>68</sup>.

Partiendo de la base de que no existe una edad precisa en la que el legislador pueda establecer un criterio fijo para el tema de la capacidad, sino que más bien hay que atender al nivel de su desarrollo y raciocinio, cabe precisar cuáles serían los elementos que permitan determinar dicho grado de madurez.

## **6. Casos en que los niños pueden obrar sin el ministerio o autorización de sus progenitores**

Nuestro Código Civil contiene numerosas disposiciones que permiten a los menores adultos obrar por sí mismos, siendo los actos y contratos que celebren plenamente válidos ante el ordenamiento jurídico. Esto permite concluir que el legislador les otorga a los menores de edad, en ciertos casos, la facultad de discernir total y libremente lo más conveniente para ellos y, en consecuencia, actuar válidamente en la vida jurídica. Si bien la tendencia legislativa y doctrinaria va dirigida a no reconocer ninguna eficacia a los actos de los niños,

---

<sup>67</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 577.

<sup>68</sup> MIZRAHI, Mauricio. Familia, Matrimonio y Divorcio. Op. cit., pág. 479.

el listado de los actos y negocios permitidos abarca toda una gama de situaciones excepcionales, es decir, que no son tan frecuentes en la vida de los niños, ignorando por completo los actos cotidianos de la niñez, que no por ser pequeños dejan de tener resonancia en el ámbito jurídico.

El inciso 3 del artículo 1447 dispone que los actos de los menores adultos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos. Para algunos actos la ley considera que el consentimiento o la voluntad del otorgante debe ser personal o indelegable, es decir, no es susceptible de ser prestado por un tercero, ni menos por un representante legal, aun cuando se trate de menores de edad. Entre estos actos encontramos el de otorgar el consentimiento matrimonial<sup>69</sup>, el otorgamiento de testamento<sup>70</sup>, el de disponer de su peculio profesional o industrial<sup>71</sup> y el de reconocimiento de hijos extramatrimoniales<sup>72</sup>. Estos casos en que el niño obra con autonomía pueden producir un conflicto entre sus derechos personalísimos y el derecho de representación de los progenitores. Esto se ve más claro por ejemplo cuando un adolescente consulta a un ginecólogo porque ha decidido mantener relaciones sexuales y solicita la prescripción de un anticonceptivo. En virtud de la relación médico paciente, el o la adolescente pueden solicitar reserva de su petición basados en su derecho a la intimidad, a decidir sobre su propio cuerpo y en su derecho a la libertad. En este caso el profesional médico debe respetar

---

<sup>69</sup> El hijo menor adulto puede contraer matrimonio con plena capacidad desde los 16 años según lo dispone el artículo 5 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

<sup>70</sup> El menor adulto puede otorgar testamento, pues éste es un acto personalísimo y la facultad de testar es indelegable según el artículo 262 del Código Civil, relacionado con el artículo 1004 del mismo cuerpo legal.

<sup>71</sup> Si el menor adulto tiene peculio profesional o industrial se considera mayor de edad respecto de éste, administrando y gozando con plena capacidad, pero con las limitaciones previstas para enajenar o gravar bienes raíces que se encuentren dentro de su peculio, pues requiere autorización judicial con conocimiento de causa, según lo disponen los artículos 251 y 254 del Código Civil respectivamente.

<sup>72</sup> El artículo 262 del Código Civil prescribe que, “el menor adulto no necesita de autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, ni para reconocer hijos”.

el secreto profesional, pero la cuestión debatible es si puede actuar sin el consentimiento de los progenitores. Cabe mencionar lo ya señalado anteriormente respecto que la representación derivada de la patria potestad sólo abarca aquellos actos en que se vean involucrados los bienes de los hijos y no cuestiones relativas a su persona, por lo que como se trata de la salud de los niños que nada tiene que ver con el ámbito patrimonial, no se aplicarían las normas sobre la representación. Como se dijo anteriormente, el adolescente puede realizar ciertos actos sin la autorización de sus progenitores entre los cuales está el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, es decir, se le está entregando la posibilidad a los adolescentes de decidir respecto de tener hijos, que vendría a ser parte de la disposición del propio cuerpo y de su sexualidad, por lo tanto, también podrían decidir no tenerlos a través del método anticonceptivo mencionado.

Lo expuesto anteriormente nos lleva a concluir que existe otro caso en que los niños pueden actuar sin el consentimiento de los progenitores, que es cuando cuentan con la capacidad de discernimiento y deciden acerca de la disposición de su cuerpo y respecto de su salud en el supuesto de no estar en peligro su vida. La cuestión es determinar si los derechos sexuales y reproductivos, considerados como derechos fundamentales, pueden ser ejercidos en forma autónoma, con independencia de cualquier injerencia paterna y a partir de qué momento de su desarrollo evolutivo. Cabe tener siempre presente que a pesar de que algunas legislaciones sujetan a los niños a normas sobre representación, el niño siempre tiene el derecho a ser informado y a participar del consentimiento siendo oído, a pesar de que no pueda igualarse la participación de un niño de cinco años con uno de diecisiete, pues el discernimiento y la capacidad de actuación independiente son distintos en uno y otro caso. Por lo anterior, constituiría una excepción a dicho criterio el

caso en que la decisión de un niño resulte antojadiza poniendo gravemente en peligro su salud o su vida.

## **7. El desarrollo psíquico del niño**

El llegar a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. Para Jean Piaget el desarrollo psíquico del niño, que se inicia con el nacimiento y termina con la edad adulta, es comparable al crecimiento orgánico, que consiste esencialmente, en una marcha hacia el equilibrio.<sup>73</sup> Para este autor, la vida mental evoluciona en dirección de una forma de equilibrio final representado por el espíritu adulto, siendo el desarrollo un paso perpetuo de un estado menos equilibrado a un estado superior de equilibrio. Sin embargo, hay que señalar que cada ser humano es un ser único con características propias cuya evolución seguirá un camino específico, por lo que se nos hace más difícil formular teorías absolutas y por lo tanto elaborar reglas o principios para los niños en general. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adhiere a la teoría de la capacidad del niño vista como un proceso, ya que reconoce el derecho de todo niño de crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y señala que deberá ser preparado para una vida independiente en sociedad. Por otra parte, el artículo 5 de la misma Convención dispone que el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos debe realizarse en consonancia con la evolución de sus facultades, con una dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. La misma línea sigue su artículo 12 que consagra el derecho del niño a ser oído al

---

<sup>73</sup> PIAGET, Jean. "El Desarrollo Mental del Niño" en Seis Estudios de Psicología, Editorial Labor, Colombia, 1995, pág. 11, citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 541.

estar en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose en cuenta sus opiniones en virtud de su edad y madurez.

La atribución de autonomía a los niños involucra la difícil tarea de determinar cuándo los niños están en condiciones físicas y mentales de ejercitar el grado de autonomía que las leyes pretenden asegurarles. Es aquí donde surgen dos respuestas: un sistema administrativamente sencillo que establezca la edad cronológica en que se les reconozca la autonomía para decidir sobre los aspectos personales y que no se cuestione la verdadera capacidad de los niños a esa edad y otro sistema que consista en establecer un criterio legal para constatar los atributos mentales y físicos considerados necesarios para ejercer la autonomía personal, sistema que es más difícil de administrar ya que distintos niños accederán a un nivel de decisión autónoma a distintas edades cronológicas<sup>74</sup>.

El análisis de esta normativa nos permite concluir que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>75</sup>. Sin embargo, este proceso evolutivo por el que atraviesa el niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales no ha sido previsto por nuestro ordenamiento jurídico.

Excede el objeto de esta memoria el realizar un análisis profundo de las características de cada etapa por la que atraviesa la evolución de los niños

---

<sup>74</sup> Muchos autores optan por la primera de las soluciones, pues es un método mucho más eficiente y genera menos complicaciones para quien lo aplica. Así GORVEIN, Nilda y POLAKIEWICZ, Marta en *La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos*, señalan que el niño es competente para consentir un tratamiento o una práctica médica desde los 14 años que es cuando adquieren el discernimiento.

<sup>75</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. *La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos*. Op. cit., pág. 240.

hacia la adultez, por lo que basta sólo con brindar una perspectiva del desarrollo psíquico y emocional del niño en la última etapa de su maduración.

Durante la última etapa evolutiva hacia la maduración el niño está preparado para buscar una identidad y una existencia independiente de la de sus progenitores. Ante esta situación cabe la posibilidad del ejercicio progresivo de los derechos fundamentales de los que es titular desde que nace. Las características principales de esta etapa conocida como pre - adolescencia son las siguientes:

1. Tiene lugar un apartamiento de los progenitores por cuanto el hijo adquiere una genuina conciencia de sí mismo en cuanto persona independiente, aun cuando necesita el control de sus progenitores<sup>76</sup>;
2. Se produce un cambio en sus aptitudes intelectuales que sumado a la constante acumulación de conocimientos generales permiten al niño pensar de manera que se aproxima a la de los adultos<sup>77</sup>;
3. El niño comienza a tener un nivel operativo formal que le permite formular hipótesis abstractas que le otorgan una capacidad autónoma de juicio, característica de la inteligencia reflexiva completa<sup>78</sup> y;
4. El niño reflexiona y elabora un pensamiento reflexivo puro e independiente de la acción sobre la base de simples suposiciones que no muchas veces tienen que ver con la realidad o con las creencias del sujeto<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> STONE, Joseph- CHURCH, Joseph. Niñez y Adolescencia. Editorial Lumen-Hormé, Buenos Aires, 1995, pág. 220, Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 543.

<sup>77</sup> STONE, Joseph- CHURCH, Joseph. Niñez y Adolescencia. Op. cit., pág. 239, 241 y 243, Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 543.

<sup>78</sup> PIAGET, Jean. La Psicología de la Inteligencia. Barcelona, 1999, pág. 138 y ss, Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 543.

<sup>79</sup> PIAGET, Jean. El Desarrollo Mental del Niño. Op. cit. pág. 83 y 84 y La Psicología de la Inteligencia. Op. cit. pág. 163 y 164, Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 543.

Es en este momento de la evolución donde juega un papel trascendental el medio familiar a medida que transforman sus ámbitos psíquicos y mentales que lo hacen merecedor de un pensamiento abstracto, comprendiendo el sentido de sus actos a través de las reglas y valores adquiridos, que le permiten determinar qué es lo quiere hacer en la vida y comprender sus acciones, porque a través de la elaboración de un programa de vida el adolescente logra su inserción en la sociedad de los mayores. El niño para lograr su pleno desarrollo psicológico necesita un entorno familiar que satisfaga sus necesidades evolutivas, lo que significa reconocer su opinión y permitir su colaboración en aquellas materias que afectan a su persona, lo que no es posible de lograr sino se le considera como sujeto de derechos dentro de la relación paterno filial, pues no es factible formar personas verdaderamente capaces de pensar por sí mismas si se les impone externamente cómo actuar y qué decisiones tomar. Ello se logra únicamente haciéndolos reflexionar sobre las consecuencias de sus actos, para que sean ellos mismos quienes ponderen los factores y las posibles consecuencias de sus decisiones. Así, el tema central en la adolescencia es “la búsqueda y la construcción de una identidad, el de llegar a saber quien es uno mismo, cuales son sus creencias y sus valores, y qué es lo que quiere realizar en la vida y obtener de ella”<sup>80</sup>. El objetivo del adolescente es definir una personalidad independiente de la autoridad parental.

Los adultos debemos comprender que los niños que tenemos a nuestro cuidado son personas distintas a nosotros y que no son nuestra pertenencia sino nuestra responsabilidad. Sólo cuando logremos entender esto, como sociedad vamos a valorar las decisiones y las opiniones de nuestros niños como lo que realmente son, las opiniones y decisiones de una persona

---

<sup>80</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 545.

autónoma y que es titular de derechos al igual que nosotros, los que tenemos la difícil tarea de guiarles y entregarles las herramientas necesarias para que sean personas de bien y sus acciones se orienten por un buen camino, que muchas veces puede ser distinto al que a nosotros nos gustaría, pues los cambios socioculturales, tecnológicos, científicos y políticos generan niños y adolescentes con capacidades y habilidades distintas a las nuestras, que modifican sus actitudes para desenvolverse en la vida cotidiana. No podemos negarlo, nuestros niños de hoy tienen la suficiente comprensión de su persona y cuerpo, de sus derechos y de sus opciones, para los efectos de tomar decisiones importantes, pero el ejercicio de esta autonomía sólo se logra a través del respeto recíproco entre progenitores e hijos. Esto es lo que se denomina autodeterminación<sup>81</sup>. Sólo proporcionando un ambiente familiar libre de presiones excesivas y generador de responsabilidades proporcionales a las capacidades del niño, ayudamos a la formación de un ser equilibrado, seguro de sí mismo y competente para ejercer sus derechos fundamentales<sup>82</sup>.

El compromiso de los progenitores debe ir dirigido a orientar al hijo hacia la autonomía, pues los deberes de los padres que derivan de la relación filial son entregados para ejercer una función, cual es la crianza y formación del niño. Esta finalidad es la que nos sirve para apreciar el correcto ejercicio de tales derechos y deberes, lo que no se logra si no es en consonancia con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños. En este sentido, el artículo 18 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la

---

<sup>81</sup> El derecho a la autodeterminación conlleva el ejercicio progresivo de los derechos fundamentales, es decir, es el derecho del niño y adolescente a decidir autónomamente respecto de las cuestiones que los afectan en el marco de su libertad de intimidad. Véase: DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 555.

responsabilidad primordial de los progenitores en la crianza y el desarrollo de sus hijos, señalando que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”<sup>83</sup>.

## 8. La Capacidad sanitaria

Con el nacimiento de la Bioética, a partir de la década de 1970, surge un nuevo estilo de hacer Medicina, donde destaca una relación más directa entre el enfermo y el profesional de la salud y que tiene una característica especial que es la participación y la deliberación conjunta. Este nuevo estilo de hacer Medicina se traduce en el consentimiento informado, que constituye el núcleo de la Bioética moderna y que considera al paciente como un sujeto moral y racional con autonomía para gobernar su propia vida y muerte y, que las decisiones en salud, para que sean moralmente aceptables, deben ser decisiones autónomas tomadas por los afectados por ellas. En salud, una decisión es autónoma cuando cumple con tres condiciones: voluntariedad, información y capacidad. Dentro de estos 3 elementos el más difícil de valorar es la capacidad.<sup>84</sup> La correcta evaluación de la capacidad de los pacientes para poder tomar las decisiones en salud adquiere gran importancia.

---

<sup>82</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 546.

<sup>83</sup> El artículo 18 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que, “Los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del Niño”.

<sup>84</sup> BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica Actual y en el Contexto del Consentimiento Informado. [en línea] Revista Médica de Chile. 2004 Vol. 132 (10). <[Http://www.scielo.cl/scielo](http://www.scielo.cl/scielo)> [consulta: 17 octubre 2006].

La relación entre el médico y el paciente presupone el derecho de toda persona, considerada como agente moral autónomo, de recibir la información adecuada para formar su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que le competen. Aquí tiene un papel protagónico el principio bioético de la autonomía que está íntimamente relacionado con la dignidad humana, la solidaridad y el principio de beneficencia en el sentido del mejor interés para el paciente. Este principio de autonomía posibilita al paciente el ejercicio de una pluralidad de facultades inherentes a sus ideales, sus valores esenciales, su libertad, su dignidad, su integridad física y/o psíquica<sup>85</sup>.

Hoy en día nadie se cuestiona en materia médica el derecho de los adultos a ser oídos, lo que no resulta así en relación con los menores de edad, respecto de los cuales todavía se mantienen con vigencia principios tuitivos que les niegan participación en el ejercicio de sus derechos. Prima en el Derecho Comparado el criterio de la incapacidad de hecho, de manera que las decisiones en materia de salud de los niños quedan en manos de quienes tienen el deber de cuidado personal de la crianza. El niño queda reducido a una mínima expresión jurídica en el ejercicio de sus derechos.

Tal como se distinguió anteriormente, podemos afirmar que existen dos formas de consentir. En primer lugar, encontramos el consentimiento contractual, mediante el cual el paciente celebra un contrato del que deriva la obligación del profesional de realizar la práctica médica y la obligación del paciente de pagar los honorarios médicos. En segundo lugar, encontramos el asentimiento, mediante el cual el paciente permite que el médico realice los tratamientos o las intervenciones quirúrgicas necesarias para curarlo. Respecto del consentimiento contractual se aplican las normas generales sobre

---

<sup>85</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 615.

capacidad negocial del Código Civil. Lo complejo es determinar qué tipo de capacidad se requiere para el asentimiento y cuáles normas se aplican.

Debido a la ausencia de una regulación específica que norme la capacidad y el consentimiento de los niños en los actos relacionados con el cuidado de su salud, se hace necesario recurrir a las disposiciones legales y las elaboraciones doctrinales respecto de la capacidad y consentimiento de los pacientes en general. Sin embargo, por no existir en nuestro ordenamiento jurídico una normativa especial que regule la materia, podría sostenerse que deben aplicarse las reglas generales de la capacidad contenidas en el Código Civil.

Desde el punto de vista de la capacidad del facultativo no existen razones importantes que impliquen modificaciones a las reglas generales y por tanto el médico ha de contar con capacidad de ejercicio. Cuando el paciente es una persona plenamente capaz tampoco hay variación alguna de las reglas generales, pudiendo válidamente otorgar el consentimiento necesario para perfeccionar el contrato. La situación se complica al encontrarnos ante la presencia de un niño que, para los efectos de nuestro Código Civil, es considerado un incapaz. Bajo esta denominación se agrupan aquellas personas establecidas en la ley que no pueden actuar válidamente por sí mismos en el Derecho y las que no pueden hacerlo sin previa autorización, donde encontramos a los impúberes y a los menores adultos.

### 8.1. Los impúberes

El impúber en nuestra legislación es absolutamente incapaz y por lo tanto sólo podría actuar a través de sus representantes legales, según el artículo

1447 del Código Civil<sup>86</sup>. La Doctrina revisada es unánime al atribuir a los progenitores la capacidad de consentir, por sus hijos impúberes, en la celebración de un contrato médico. Al respecto Guillermo Borda señala que, “si se tratare de una persona incapaz, el consentimiento deberá ser prestado por sus representantes legales, es decir, por el padre o madre, su tutor o curador”<sup>87</sup>. La idea principal es que los representantes legales otorguen el consentimiento en sustitución de aquél que no puede otorgarlo, con la finalidad de obtener su curación, aplicándose en consecuencia los mecanismos jurídicos de la representación. Sin embargo, según nuestro Código Civil la representación sólo tiene cabida en los actos que dicen relación con los bienes de los hijos y no con su persona, por lo tanto, esta solución dada por la doctrina no es aplicable a la situación debatida. Cuando se celebra un contrato de servicios médicos por los progenitores respecto de sus hijos ello se efectúa en cumplimiento del deber de cuidado personal de la crianza establecido en el artículo 224 inciso 1° del Código Civil y, en ningún caso, como manifestación de la patria potestad ni de su facultad de representación. Creo adecuado que los impúberes presten su asentimiento informado asistido por el consentimiento de quienes ejercen su cuidado personal de la crianza, de manera que, según el desarrollo individual de cada niño, se le de la oportunidad de expresar su voluntad, proyectándolo para la toma de decisiones y permitiéndole afirmar su identidad individual en estas situaciones de singular relevancia dentro de un contexto de respeto hacia su persona y derechos.

## 8.2. Los menores adultos.

---

<sup>86</sup> El artículo 1447 inciso 1° y 2° del Código Civil prescribe que, “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

<sup>87</sup> BORDA, Guillermo. Consentimiento Informado. Tema de estudio en la obra “Enciclopedia de la Responsabilidad Civil”, Tomo II. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, pág. 489.

La situación del menor adulto es distinta a la del impúber, pues ellos pueden actuar válidamente, ya sea representados o bien autorizados. Serán normalmente los progenitores los llamados a otorgar el asentimiento necesario para el acto médico. La realidad actual nos muestra que la madurez física, mental y emocional de los adolescentes se ve adelantada por factores de carácter biológico, emocional y cultural que contribuyen a formar su competencia en forma precoz, por lo tanto, debemos considerarlos como personas competentes para los fines de su autonomía en lo relativo a la salud, excepto en aquellos casos de manifiesta irrazonabilidad de la decisión.

El problema que puede presentarse respecto de ambos tipos de incapaces es qué pasa cuando el tratamiento requerido por el niño es riesgoso para la vida o integridad física o psíquica de éste, ¿Debe el médico prescindir completamente de la voluntad del menor, bastándole solamente el consentimiento otorgado por los progenitores? La respuesta a esta interrogante se divide en dos vertientes: la primera, que se inclina por atender solamente al consentimiento de los progenitores y a la cual se adhiere el artículo 15 del Código de Ética del Colegio Médico<sup>88</sup>, y la segunda, que se inclina por determinar si el niño tiene suficiente discernimiento, es decir, si el niño cuenta con la capacidad de comprender la situación, y por lo tanto, cuenta con el discernimiento necesario para consentir, por lo que se debe privilegiar la voluntad del niño. Por ejemplo, si un facultativo va a operar a un niño, deberá examinar si éste está capacitado para comprender el carácter, la importancia y la trascendencia de dicha intervención y, en el evento que este niño cuente con el suficiente discernimiento para distinguir qué es bueno y qué no para su salud, el facultativo no podrá desconocer este discernimiento. El médico, entonces,

---

<sup>88</sup> El artículo 15 del Código de Ética del Colegio Médico señala que, "en los casos que fuera terapéuticamente necesario recurrir a tratamientos que entrañen riesgos ciertos o mutilación grave para el paciente, el médico deberá contar con el consentimiento expreso, dado con conocimiento de causa, por el enfermo o sus familiares responsables cuando sea menor de edad o esté incapacitado para decidir".

determinará el discernimiento en cada caso. Entonces, ¿Qué criterios deben ser utilizados por los profesionales médicos para determinar si un niño tiene capacidad para rechazar o consentir un tratamiento o una intervención?, ¿Qué estándares, criterios o protocolos de evaluación de la capacidad deben usarse?

En la literatura Bioética se usan como sinónimos los términos capacidad y competencia<sup>89</sup>, pero para los efectos de este trabajo se prefiere diferenciar la capacidad sanitaria de la capacidad de obrar.

El hecho de que la capacidad sanitaria sea un elemento tan medular dentro del consentimiento informado hace que ésta sea una gran responsabilidad ética para el profesional de la salud, desde el punto de vista de la autonomía y de los principios de beneficencia y de no maleficencia. Desde el punto de vista de la autonomía, el respeto por la dignidad y la libertad de toda persona, se obliga a asegurar las condiciones necesarias para permitir que el paciente tome las decisiones de manera autónoma. Así, se define la capacidad para tomar las decisiones en salud como la presencia de un cierto número de habilidades, fundamentalmente psicológicas, como las afectivas, cognitivas y volitivas, que nos permiten tomar en forma autónoma una decisión concreta en un momento determinado<sup>90</sup>. Los criterios de capacidad hacen referencia fundamentalmente a las aptitudes de los pacientes para recibir, comprender y procesar racionalmente información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente. Esto hace que los estándares exigidos no sean siempre los mismos, ya que dependerán del tipo de decisión a tomar, siendo el umbral de la capacidad un criterio móvil.

---

<sup>89</sup> En la literatura norteamericana se utiliza en forma habitual el término *competency* como aptitud para ejercer un derecho y *capacity* como aptitud para realizar determinada acción.

<sup>90</sup> BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica actual y en el contexto del Consentimiento Informado. Op.cit. [recurso electrónico].

Hoy en día, a los pacientes se les reconoce autonomía para tomar las decisiones en salud si manifiestan capacidad para ello, es decir, actúan intencionalmente, en ausencia de influencias externas y expresan su voluntad tomando en cuenta las consecuencias que dichas decisiones tienen para su salud y para su vida futura. Frente a un paciente catalogado como incapaz para tomar decisiones, es necesario entregar el poder de tomarla a un tercero, generalmente a un familiar, ya sea en forma transitoria o en forma definitiva, dando lugar a lo que se denomina decisiones de sustitución o subrogadas que deben siempre responder al mejor interés del paciente, algo similar al interés superior del niño<sup>91</sup>.

La evaluación de la capacidad sanitaria resulta ser, en la práctica diaria, subjetiva y prudencial, pues aún no existen criterios (definición de habilidades y aptitudes a evaluar), estándares (grados de suficiencia a exigir) y protocolos (procesos para determinarla) consensuados para realizarla en forma objetiva y adecuada. En la práctica, esta evaluación resulta ser de responsabilidad del médico tratante, que sólo recurre a un médico especialista cuando tiene dudas<sup>92</sup>.

Desde la década de 1970 han surgido diversas propuestas para evaluar la capacidad, las que provienen casi todas de Estados Unidos, pero estas propuestas sólo se refieren a criterios para evaluar la capacidad y no a estándares que digan relación con las consecuencias de las decisiones.

---

<sup>91</sup> BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica actual y en el contexto del Consentimiento Informado. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>92</sup> BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica actual y en el contexto del Consentimiento Informado. Op. cit. [recurso electrónico].

Se requieren entonces tres elementos que resultan fundamentales para determinar si una persona es competente<sup>93</sup>:

- Una conciencia reflexiva que habilite la consideración de sí mismo. Ello hará racional al ser humano;
- La libertad que permitirá al ser humano elegir formas de comportamiento; y
- La posibilidad de comunicarse a través de un lenguaje con que exprese sus deseos.

Estos tres elementos nos permiten determinar, a juicio de Roberto Arribere, la competencia de los menores de edad para ejercer con autonomía su derecho a la salud. Sin embargo, podemos establecer un límite: mientras el niño no adquiera la posibilidad de comunicarse, en la más temprana edad, se encontrará imposibilitado de prestar un consentimiento informado. Sin embargo, esta imposibilidad irá cediendo a medida que el niño vaya expresándose verbalmente en forma clara y precisa de acuerdo al avance de su edad.

La capacidad que pueden evaluar los médicos es la capacidad de obrar natural que puede definirse como la aptitud de las personas para ejercer eficazmente sus derechos y cumplir con sus deberes<sup>94</sup>, que en Bioética se denomina competencia. Los profesionales no tienen la posibilidad de establecer por su cuenta la capacidad de obrar de un paciente<sup>95</sup>, puesto que son

---

<sup>93</sup> ARRIBERE, Roberto. Autonomía y Competencia de los Menores de Edad en Materia de Decisiones de Salud. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).

<sup>94</sup> LORDA, Pablo Simón "et al". La Capacidad de los Pacientes para Tomar Decisiones. Medicina Clínica. 117 (11): pág. 421, 2001. <<http://www.cspt.es/webcspt/ConsellProf/cea/Documents/La%20capacidad%20de%20los%20pacientes.pdf>> [consulta : 15 de agosto de 2006]

<sup>95</sup> La capacidad de obrar o de ejercicio se define como la aptitud de las personas para actuar válidamente por sí mismas, sin el ministerio o autorización de otro, lo que supone la existencia de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con libertad en actos jurídicos

cuestiones dadas por el ordenamiento jurídico. La evaluación y determinación de la competencia de un paciente es una tarea que entraña una enorme responsabilidad ética y jurídica, ya que determinar la incompetencia de un paciente es determinar que no puede ejercitar su autonomía moral ni su derecho legalmente reconocido de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, es decir, que no puede tomar por sí mismo una decisión sanitaria y que son otras personas las llamadas a consentir por él, lo que produce importantes problemas éticos y jurídicos en relación con la representación y con la sustitución de decisiones. No existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que establezcan explícitamente el deber de los médicos de determinar la capacidad de las personas, mas bien, el deber de los profesionales sanitarios sobre la evaluación de la capacidad nace del cuidado que tienen hacia sus pacientes en lo relativo al consentimiento informado, pues la posición de garante del profesional respecto de sus pacientes le obliga a velar por su salud y, por lo tanto, a evitar que tome decisiones sanitarias que puedan perjudicarles. En el caso que se trate de un paciente incapaz, por ejemplo un menor de edad, quienes deberán tomar las decisiones serán sus progenitores, por tener éstos el cuidado personal de la crianza de sus hijos. Sin embargo, el estar en presencia de un incapaz, como es el caso un niño, no exime al profesional de realizar un proceso de consentimiento informado, lo que cambia es el destinatario de dicho proceso que, en tales casos, serán los progenitores. Pero esto no quiere decir que el paciente no deba ser informado en función de su grado de comprensión, pues la opinión del niño será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

---

patrimoniales y extrapatrimoniales. Véase: BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica actual y en el contexto del Consentimiento Informado. Op. cit. [recurso electrónico].

El fundamento más importante de la obligación de valorar la capacidad de un paciente es el principio de no maleficencia, pues deben evitarse todas aquellas acciones que puedan generar un daño físico o moral a las personas.

El ordenamiento jurídico español contempla dos criterios complementarios para medir la capacidad de una persona: uno cognitivo (entendimiento) y otro volitivo-afectivo (voluntad)<sup>96</sup>. Sin embargo, como se dijo anteriormente, no existen los estándares ni protocolos que satisfagan de un modo adecuado la evaluación de la capacidad, dejándose al criterio de cada facultativo.

La transformación que están experimentando las relaciones sanitarias hacia los modelos deliberativos y participativos, cuyo eje es el consentimiento informado, requiere el desarrollo de nuevos procedimientos de evaluación de la capacidad, que tendrán que ser respetuosos de la autonomía de los pacientes cuando sean capaces y protectores de sus propias decisiones cuando no lo sean. Toda intervención médica debe basarse en la participación voluntaria, con la sola excepción de la emergencia. Cualquier acto médico que no reúna esta característica puede ser calificado de inmoral o ilegal. Esto encuentra sustento además en el principio bioético de la autonomía o autodeterminación, que respeta a la persona como agente moral y, por lo tanto, no se debe interferir en las acciones autónomas. Entonces, el consentimiento del paciente es un elemento que determina la licitud y eticidad de cualquier práctica médica.

---

<sup>96</sup> LORDA, Pablo Simón “et al”. La Capacidad de los Pacientes para Tomar Decisiones. Op. cit., pág. 421.

## **9. Solución planteada al problema de la capacidad**

Reconociendo la relevancia que tiene el interés superior del niño y el respeto que le deben como sujeto de derecho, tanto sus progenitores como todos aquellos que lo rodean, cuando un niño manifieste su voluntad o su opinión sobre una intervención médica que haya de efectuarse respecto de su persona siempre debe ser plenamente considerada por los progenitores y por el profesional de la salud, en función de su edad y madurez. Esto resulta al hacer extensible lo dispuesto en el artículo 242 inciso 2° del Código Civil que consagra como consideración primordial del juez, al adoptar sus resoluciones, el interés superior del niño, teniendo siempre en cuenta sus opiniones en razón de su edad y madurez, y los artículos 3, 12, 13, 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Especial mención requiere el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Así, teniendo presente el interés superior del niño y la necesidad de escuchar y considerar siempre y en todo caso sus opiniones, atendiendo a su edad y madurez, además de aceptarse legalmente la capacidad plena del niño para consentir en ciertos actos jurídicos, ha de reconocerse la facultad, al niño con suficiente juicio y discernimiento, de consentir o no una intervención de carácter médico respecto de su propia persona. Siguiendo la tendencia internacional sobre los derechos del niño, siempre ha de considerarse por los médicos

tratantes y sobre todo por sus progenitores, la opinión de todo niño respecto de una intervención médica a realizarse en su persona.

El artículo 242 inciso 2° del Código Civil debe interpretarse en el sentido que las condiciones de edad y madurez del niño se refieren a la capacidad concreta de entender, valorar y apreciar a cabalidad la información proporcionada por el facultativo médico en torno a la cirugía o tratamiento que ha de celebrarse respecto de su persona. Así, si de la intervención quirúrgica no depende la vida o la salud del niño y éste se opone al tratamiento o intervención, el padre o la madre no tienen facultad alguna para imponer su voluntad por sobre la del niño que comprende plenamente las consecuencias de dicha intervención, ni tampoco podrían invocar su deber de cuidado personal de la crianza sobre el hijo. En este caso el niño se ampara directamente en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. Pero si de la intervención quirúrgica dependiera la vida o integridad del niño y éste se negare a realizársela o no tuviera suficiente discernimiento para comprender la naturaleza de la intervención o tratamiento, deberá primar la voluntad del padre y/o de la madre por tener el deber de cuidado personal de la crianza del niño y de resguardar su derecho personalísimo a la vida y a su integridad. En este caso, son los progenitores quienes invocan directamente el artículo 19 N°1 de la Constitución Política. Sin embargo, cabe aclarar que en esta situación los progenitores no asisten a los hijos en su calidad de representantes legales, sino en cumplimiento de sus deberes de cuidado personal de la crianza.

Puede darse el caso que alguno de los progenitores por alguna creencia religiosa se opusiere a la intervención o tratamiento a realizarse respecto de sus hijos, como es el caso de los testigos de Jehová que se oponen a las transfusiones sanguíneas. Sin embargo, si los niños se manifiestan conformes con el tratamiento o intervención, deberá siempre primar la voluntad del niño,

aun cuando vaya en contra de la voluntad de sus progenitores. Esto, porque no debe privilegiarse la libertad de conciencia por sobre el derecho a la salud de los niños.

En conclusión, tanto desde el punto de vista de los derechos personalísimos como desde el punto de vista médico, es conveniente que los pacientes que carecen de capacidad legal participen estando informados y con conocimiento de la decisión a tomar respecto de su asistencia y colaboración en el tratamiento a implementarse, planteándose incluso que el niño manifieste su voluntad respecto del tratamiento que le será aplicado además del prestado por sus progenitores. Sin embargo, en ningún caso la voluntad de los progenitores puede reemplazar la voluntad de los hijos, ya que los primeros tienen el deber y el derecho de aconsejar, formar y educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones, las que no necesariamente pueden ser las del niño y no pueden impedirles resolver por sí un tema tan propio y privado. Este principio de la autodeterminación del niño en materia de salud favorece claramente el desarrollo de los niños y propicia un ambiente familiar igualitario, democrático y tendiente al respeto por los derechos humanos intrafamiliares.

Considerar a un menor de dieciocho años como carente de voluntad y sujeto a las decisiones de sus progenitores en materia de actos médicos, no se condice con la competencia que estos menores de edad han adquirido para decidir sobre su propio cuerpo, tal como lo evidencia, por ejemplo hoy en día, la opción de muchos adolescentes por utilizar métodos anticonceptivos sin el consentimiento de sus progenitores, ya que en la actualidad este acto se considera como una manifestación de la libertad de cada persona. Esta situación “debe encontrar un correlato en lo jurídico, pues de lo contrario se produciría una desconexión entre el Derecho y las realidades del tiempo de hoy, que imponen el establecimiento de reglas más democráticas y respetuosas de

los individuos como personas titulares de derechos personalísimos, que deben poder ejercer por sí mismos apenas superadas las necesarias limitaciones que se imponen para su protección y cuidado cuando aún no tienen la madurez necesaria para adoptar sus propias decisiones”<sup>97</sup>.

Antes que sugerir una reestructuración de la normativa relativa a la capacidad de los niños, sería suficiente, simplemente, considerar la posibilidad de un cambio de actitud, que considere al niño como sujeto de derecho y titular de los mismos derechos que los adultos, lo que sin duda, sería ampliamente beneficioso para el Derecho y para el interés superior de los niños.

Esta medida tan simple nos ayudaría a considerar a los niños como personas, a respetar su dignidad y cuerpo y a reconocerles autonomía para ejercer sus derechos personalísimos teniendo en consideración su edad y madurez. La regulación actual resulta inadecuada y ha caído en desuso por el desfase que experimenta con la realidad actual, en relación con las nuevas situaciones sociales, científicas y económicas del mundo actual, donde el niño tiene cada vez mayor protagonismo y donde no se le mira como persona incapaz. No se propone el otorgamiento de capacidad de ejercicio a los niños porque resulta lógico que como mecanismo de protección se aplique el régimen imperante, pero sí creo conveniente que ante el avance científico, el manejo de información con que hoy cuenta la niñez y los nuevos esquemas económicos, esta situación se modifique, ya que la mayoría de las situaciones que actualmente se dan en la realidad y donde participan los menores de edad, no están previstas por el Derecho.

---

<sup>97</sup> SANTI, Mariana. Derecho de Información y Consentimiento de los Menores Adultos para los Actos Médicos. Op. cit., pág. 57.

Además del cambio de actitud se hace necesario el reconocimiento de la realidad en que hoy vivimos, porque es cierto que nuestros niños pueden celebrar contratos de compraventa, pueden realizar transacciones electrónicas y pueden participar en la vida jurídica ganando cada día más terreno. ¿No sería mejor, permitir que los niños tengan total autonomía con consulta a los progenitores, para así aunar criterios, y prohibir expresamente aquellos actos que verdaderamente requieren la plena capacidad de ejercicio?<sup>98</sup>

Es necesario además de lo expuesto anteriormente, que existan los medios legales a disposición de los niños para acceder a la justicia de manera efectiva, ya no sólo en aquellas situaciones en que los niños entran en conflicto con sus progenitores por actos realizados por éstos últimos, como sería un desacuerdo en la forma en que se está llevando a cabo la administración de los bienes de los hijos, sino también cuando los niños o adolescentes, en función de su edad y madurez, aspiran a decidir en forma autónoma como ejercer sus derechos fundamentales, aun en contra de la voluntad de los progenitores<sup>99</sup>. Cabe preguntarse, ¿Cómo compatibilizamos la autonomía de los niños y adolescentes con un sistema legal que impone la representación de sus progenitores en materia patrimonial? y, ¿De qué sirve tener un catálogo de

---

<sup>98</sup> El Código Civil argentino, original de Vélez Sársfield, disponía en su artículo 55, como principio, la capacidad de los menores adultos quienes sólo eran “incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos”. De su actual redacción se concluye que para los niños de 14 años la regla es la incapacidad, ya que solo pueden por sí mismos, ejercer los derechos y contraer obligaciones que la normativa civil les reconoce. Véase: DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 549.

<sup>99</sup> A modo de ejemplo véase el artículo 61 del Código Civil argentino que dispone: “cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejen éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare”; y en el mismo sentido el artículo 162 del Código Civil español que señala en sus dos primeros incisos que se exceptúan de la representación legal: “a) Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; b) Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”.

derechos de los niños si éstos no cuentan con los medios necesarios para hacerlos efectivos cuando las decisiones de sus progenitores resultan contrarias a sus intereses?

## **10. El consentimiento informado<sup>100</sup>**

A partir del reconocimiento de la autonomía personal surge el concepto de consentimiento informado, desarrollado y consolidado en el campo de la Bioética, específicamente, en el estudio de la relación médico paciente. Tiene su origen en la concepción que la modernidad tiene del ser humano como sujeto moral racional, con autonomía para gobernar su propia vida, sus propias creencias religiosas y sus propias convicciones políticas<sup>101</sup>. La Bioética replantea la posición de la persona frente al acto médico, recuperando para el paciente el carácter protagónico del mismo. El consentimiento personal ante cualquier acto médico se ha configurado como un mecanismo de protección de la libertad personal y de la autodeterminación del paciente considerado como un derecho personalísimo inherente a la condición de persona humana. Esta afirmación encuentra sustento en el principio bioético de autonomía o autodeterminación que consiste en el respeto por la persona o agente moral del cual deriva el deber de no coartar o interferir en las acciones autónomas<sup>102</sup>. Sin

---

<sup>100</sup> El Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de las Personas en materia de Salud, Boletín N° 2727-11, de junio de 2001, no contempla la denominación "Consentimiento Informado" pues considera que es más apropiada la utilización del término "Decisión Informada", ya que ésta última denominación representa la manera más eficiente de insistir en la responsabilidad personal que dicha decisión implica y además considera que el uso del concepto jurídico "consentimiento" está relacionado con el Derecho Civil y Mercantil que implica un acuerdo de voluntades en torno a la celebración de un contrato.

<sup>101</sup> PEREZ, Curbelo. El Consentimiento Informado en el Menor de Edad: Revisión a la luz de la Nueva Normativa. [en línea]. Boletín de la Sociedad Canaria de Pediatría. 2003. Vol.27 (3) <<http://www.comtf.es/pediatria/Bol20033/Consentimiento%20informado...> (DCP).pdf.> [consulta: 20 septiembre 2006].

<sup>102</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 243.

perjuicio del absoluto consenso sobre ello, aparecen consideraciones sobre el consentimiento de los incapaces por entenderse que éstos carecen de la autonomía en sentido bioético<sup>103</sup>.

Puede definirse como la conformidad o asentimiento del paciente a recibir un procedimiento médico o intervención quirúrgica luego de haber receptado y entendido toda la información necesaria para tomar una decisión libre, inteligente, voluntaria y consciente. Desde el punto de vista de lo jurídico penal, el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*<sup>104</sup>. Está recogido en el artículo 15 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile en los siguientes términos: “En los casos en que fuera necesario recurrir a tratamientos que entrañen riesgos o mutilación grave para el paciente, el médico deberá contar con el consentimiento expreso, dado con conocimiento de causa, por el enfermo o sus familiares responsables cuando sea menor de edad o esté incapacitado para decidir. En situaciones de urgencia médica o en ausencia de los familiares responsables sin que sea posible tener comunicación con ellos o de no existir éstos, el médico podrá prescindir de la autorización que establece el inciso precedente sin perjuicio de procurar obtener la opinión favorable de otro colega al tratamiento”<sup>105</sup>. Al tenor de este artículo pareciera ser que sólo en los casos que entrañen riesgos graves o mutilación se aconseja aplicar las nociones de consentimiento informado, sin embargo, debe aplicarse a todo acto diagnóstico o terapéutico independiente de la magnitud del riesgo involucrado<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 238.

<sup>104</sup> EBERHARD, María Eliana- MORA, Ximena. Consentimiento Informado en Pediatría. [en línea] Revista Chilena de Anestesia- Sociedad de Anestesiología de Chile. 2003. Vol.32 (1) <[http://www.socanestesia.cl/rev\\_anestesia/0306/01-consentimiento.asp](http://www.socanestesia.cl/rev_anestesia/0306/01-consentimiento.asp)> [consulta: 20 septiembre 2006].

<sup>105</sup> Consultado En: Colegio Médico de Chile [en línea] < [www.colegiomedico.cl](http://www.colegiomedico.cl) > [consulta: 10 noviembre 2006].

<sup>106</sup> La Ley 19.451 sobre Transplantes y Donación de Órganos publicada en el Diario Oficial el 10 de abril de 1996 señala al respecto que toda persona legalmente capaz podrá disponer de su

El paciente en todo caso es titular de este derecho, incluso si es menor de edad o incapaz, sólo él personalmente puede otorgarlo, pero siempre que sea capaz de comprender el alcance de la intervención, pues su objetivo es involucrar al paciente en el proceso de diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y

---

cuerpo o partes de él con el objeto que sea utilizado para fines terapéuticos. La terminología utilizada por el legislador no resulta adecuada, pues mediante la "capacidad legal" se está haciendo alusión a la capacidad de ejercicio porque, tal como lo dispone Fernández Sessarego, la capacidad de goce está fuera del ordenamiento jurídico ya que la posee toda persona por el hecho de ser tal. En su artículo 6 recoge lo señalado respecto del consentimiento informado por cuanto dispone que el donante deberá manifestar el consentimiento requerido, señalando los órganos que está dispuesto a donar, de modo libre, expedito e informado, el que deberá constar en un acta firmada ante el director del establecimiento que deberá contener toda la información relativa a los riesgos de la operación y las consecuencias físicas y psicológicas que la extracción pueda ocasionarle. Sólo se refiere a la situación de los niños en el artículo 10 cuando se encuentran en estado de muerte y en vida no han expresado su voluntad de donar sus órganos. En este caso son los representantes legales o los parientes consanguíneos más próximos que se encuentren presentes los llamados a otorgar el consentimiento, erróneamente como lo señalamos con anterioridad, pues la representación legal deriva de la patria potestad que sólo se relaciona con el aspecto patrimonial de la relación filial. Este artículo no incorpora el principio bioético de la autonomía o de la autodeterminación del paciente, pues entrega tal decisión a los representantes legales o familiares que se encuentren presentes, transgrediendo, en el caso de los niños, los artículos 3, 12 y 14 de la Convención sobre Derechos del Niño y pasando por alto el hecho de que la representación, que no se aplica al caso, es un proceso deliberativo y participativo, donde se debe escuchar la opinión del niño según su edad y madurez. Esta ley no reconoce la voluntad de los menores de 18 años, debiendo los progenitores sustituir su consentimiento, resultando contradictorio que por un lado se requiera el consentimiento expreso del paciente que dona sus órganos y por otro, en el caso de los niños, este consentimiento deba otorgarse por sus progenitores, e incluso por cualquier familiar que se encuentre presente. En nuestro ordenamiento jurídico el niño no puede consentir la donación de un órgano ni el trasplante de un órgano en su cuerpo a pesar de la finalidad curativa del mismo. Esta situación afecta directamente a los niños, pues se está dejando al arbitrio de sus progenitores la disposición de su propio cuerpo. Por otra parte, el Código Sanitario en su Libro IX "Del aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo y de la utilización de cadáveres o parte de ellos con fines científicos o terapéuticos", al igual que la Ley de Trasplantes de órganos, no considera la voluntad de los niños en tales situaciones, dejando al cónyuge o a los parientes la decisión de disponer del cadáver o partes de él para ser utilizado con fines de investigación científica. También aquí puede observarse una situación de ambivalencia, ya que si bien exige en el artículo 146 que el sujeto sea plenamente capaz para consentir, a contrario sensu, los incapaces no podrán hacerlo por sí mismos quedando tal decisión en manos de sus progenitores, transgrediendo todas las normas de la Convención señaladas anteriormente, específicamente el derecho del niño a ser oído y a expresar su opinión en todos los asuntos que lo involucren, además del derecho a disponer del propio cuerpo. El Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de las Personas en materia de Salud dispone en su artículo 15, en relación con la investigación científica, sin hacer distinción alguna que toda persona tiene el derecho a ser informada y a consentir, libre y sin presiones, respecto de su incorporación a cualquier protocolo de investigación.

recuperación, aumentando su conocimiento sobre todos éstos a través de la información proporcionada por el profesional de la salud. Con el reconocimiento de la autonomía de los niños para decidir y consentir cualquier tratamiento o intervención médica no se hace más que cumplir con la labor formativa del niño, pues se le está dando la posibilidad de expresar su voluntad, lo que le permitirá prepararse para la toma de decisiones futuras dentro de un contexto de respeto hacia su persona y derechos.

Con relación a los denominados “menores”, que sí tienen discernimiento, nuestro Código Civil los considera incapaces en cuanto a las decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo, quedando éstas decisiones reservadas a sus representantes legales, lo que es totalmente erróneo pues, como se dijo anteriormente, la patria potestad según nuestro Código Civil sólo tiene relación con el aspecto patrimonial de la relación filial. Por esto, resulta necesaria una normativa que regule el asentimiento de los pacientes menores de edad en los actos relacionados con el cuidado de su salud. Esta normativa no hará más que plasmar en nuestro derecho interno el espíritu y la letra de la Convención sobre Derechos del Niño y de la propia Constitución Nacional<sup>107</sup>, y además será un reflejo de nuestra realidad actual que nos muestra que la madurez física y mental de los niños se ve adelantada por diversos factores que contribuyen a afirmar su competencia de forma precoz comparado con épocas anteriores.

La Bioética aporta un elemento clave al momento de apreciar si la expresión de la voluntad de los niños resulta legítima y ética, cual es el carácter de competente del paciente, lo que resulta contradictorio con el concepto cerrado de capacidad impuesto por la ley que toma la edad cronológica como único parámetro para reconocerla. Esta competencia está dada por las aptitudes que

---

<sup>107</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 238.

tenga la persona de entender, razonar y deliberar sobre bases conceptuales y cognoscitivas que, en un momento dado, le permitan tomar y comunicar decisiones adoptadas según valores propios<sup>108</sup>. De esto se concluye que mientras los niños no adquieran la capacidad de comunicarse están imposibilitados de prestar su consentimiento informado. Sin embargo, a medida que van expresándose verbalmente en forma clara y precisa esta denegación debería ir cediendo camino a la autonomía. Ello tendría sustento en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño que en su primer párrafo señala que una vez que el niño tenga la edad para formarse su propia opinión sobre los asuntos que lo afectan, deberá tener la oportunidad de expresar su punto de vista en función de su edad y su madurez, donde la expresión “todos los asuntos que lo afecten” no debiese limitarse por el intérprete, dejando la disposición del propio cuerpo y el derecho a la salud excluidos de la esfera de aplicación. Además, la Convención no ha puesto ninguna edad determinada para evaluar la opinión del niño y no ha hecho ninguna distinción, por lo tanto, no cabe al intérprete hacerlas y desnaturalizar el espíritu y fines de la Convención. Como conclusión, el derecho a ser oído y el derecho a expresar la opinión de los niños en todos los asuntos que los afectan no admitirá otras restricciones que las derivadas de la edad y madurez de los niños.

El consentimiento informado debe entenderse como “un proceso gradual y continuado de comunicación e información entre el profesional sanitario y el paciente, que permite que éste participe activamente en la toma de decisiones respecto del diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”<sup>109</sup>. La colaboración del

---

<sup>108</sup> ARRIBERRE, Roberto. Autonomía y Competencia de los Menores de Edad en Materia de Decisiones de Salud. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>109</sup> La Facultad de Ejercicio de los Actos de Disposición sobre el Propio Cuerpo. Consentimiento Informado de los Menores por Jorge J. A. DEL AZAR “et al”. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina), pág. 21.

paciente debe obtenerse sin coerción, es decir, el médico no debe sacar partido de su potencial dominación sociológica sobre el paciente.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de entregársele la suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se propone como medicamento aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Esta noción de consentimiento informado presenta dos aspectos: en primer lugar, el médico debe obtener el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento y, en segundo lugar, el médico debe revelar la adecuada información al paciente de manera tal que participe inteligentemente en la toma de la decisión acerca del tratamiento propuesto<sup>110</sup>. La información es el elemento básico y fundamental del consentimiento informado. Sobre este último punto se ha suscitado controversia en lo relativo a informar o no a aquellos pacientes que se encuentran en situación de enfermedad terminal, ya que mientras algunos estiman imperioso silenciar el estado de gravedad, otros consideran que al enfermo terminal hay que decirle en forma completa y fidedigna la verdad<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> HIGHTON, Elena – WIERZA, Sandra. La Relación Médico- Paciente: El Consentimiento Informado, 2° edición actualizada y ampliada. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 1. Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 462.

<sup>111</sup> El Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de la Personas en materia de Salud contempla en sus artículos 7 y 9 el deber del facultativo de proporcionar la información completa, oportuna, veraz y comprensible, respecto de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos, que existan en la práctica médica, sus beneficios, eventuales riesgos y complicaciones de acuerdo con su edad, condición personal o emocional. Sin embargo, cuando regula la situación de los menores de edad vuelve el legislador a caer en el error de entregar la información a los representantes legales, a los familiares directos o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, sin atender a que uno de los presupuestos básicos del consentimiento informado es la información que debe recibir el paciente y que el consentimiento informado es considerado actualmente como un derecho humano. En lo relativo al consentimiento informado, sólo contempla el caso de encontrarse la persona frente a una muerte inminente, situación en la cual podrá otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier intervención o tratamiento y, señala que cuando se trata de menores de edad igualmente se les debe informar y consultar su opinión, y aquí viene lo desastroso, sin perjuicio de que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal. Si bien en este último punto recoge lo

El consentimiento informado constituye un aporte relevante que el Derecho ha realizado a la Medicina, basado en la doctrina de los derechos humanos. Se ha señalado incluso por algunos autores que puede considerarse como un derecho humano<sup>112</sup>, principalmente por el cambio que ha experimentado la concepción del paciente, ya no sometido a la decisión del facultativo médico sobre el tratamiento a aplicarse, sino con derechos fundamentales como la autodeterminación y la libertad que resultan preponderantes al establecerse la relación médico – paciente, por lo que el derecho a la información resulta ser una manifestación concreta del derecho a la salud.

Se señala además que es un verdadero proceso integrado por distintas etapas, las que pueden ser alternativas, complementarias y excluyentes. Es la culminación de un proceso gradual en el cual el paciente acepta o no someterse a un procedimiento médico. El consentimiento del paciente debe manifestarse antes del acto médico y debe subsistir a lo largo de todo el procedimiento, de manera que pueda ser modificado a lo largo de éste, como en el caso de las enfermedades crónicas que requieran tratamiento en distintas etapas.

---

señalado respecto de la representación deliberativa y participativa respetando la dignidad de la persona del niño, pasa por alto el interés superior de éste en cuanto a la decisión de someterse a un determinado tratamiento o intervención, pues deja en un segundo plano la opinión que le merece al niño tal situación, cumpliendo sólo en la forma con el derecho impuesto por la Convención sobre Derechos del Niño en el artículo 12 de ser oído en todo asunto que lo involucre, de acuerdo a su edad y madurez. Hay que recordar que, en todos los casos, cuando los progenitores consienten intervenciones o tratamientos en la persona de sus hijos lo hacen en virtud del deber de cuidado personal de la crianza y no en virtud de la representación derivada de la patria potestad que sólo dice relación con los bienes de los hijos no emancipados.

<sup>112</sup> La jurisprudencia española en el fallo “Doña Enriqueta González contra don Carlos Vázquez” citado en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil N° 56, de septiembre a abril del 2001, Civitas, Madrid, pág. 719 y ss. dispone que, “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el mismo cuerpo”. Citado por DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María

Los presupuestos previos de este consentimiento son la información adecuada, la comprensión de esa información, la libertad del sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de decisiones. Es decir, el consentimiento informado lo otorga una persona capaz de recibir y entender la información, quien después de analizarla llegará a una decisión, sin que sea fruto de coacción, influencia indebida, inducción o intimidación de ninguna especie. Por lo tanto, se debe informar veraz y oportunamente de todo aquello que el paciente considere necesario para tomar su decisión, en un lenguaje sencillo y adaptado al paciente, debiendo recordarle su libertad para retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello signifique un perjuicio para él<sup>113</sup>. Las explicaciones deben adecuarse al nivel intelectual y cultural del paciente sin prescindir de su estado psíquico y se intentará usar la menor cantidad posible de palabras técnicas para no dar lugar a confusiones. Sin embargo, en el caso del deber de información de los niños en las cuestiones relativas a su salud, aparece limitado por la subsistencia de valores y creencias que privilegian la necesidad de protección del niño y subestiman su capacidad de comprensión, tratando de protegerlo de informaciones que puedan perturbarlo o producirle temor, pero se olvidan que existe una relación inversa entre el temor y la comprensión. Esta subestimación de la capacidad de comprensión de los niños se debe a una falta de reconocimiento de su capacidad de entendimiento y a las falencias del lenguaje utilizado por los adultos al transmitirles la información<sup>114</sup>. Los adultos seleccionan la información

---

Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 462 y 463.

<sup>113</sup> El Consentimiento Libre e Informado en Relación con los Transplantes de Organos por Manuel O. COBAS "et al". En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina), pág. 20.

<sup>114</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 242 y 243.

desde su posición y no entregan la información que el niño necesita saber para acceder a la comprensión.

La información que deberá proporcionarse deberá contener, como mínimo, la finalidad y naturaleza de la intervención o tratamiento, así como sus posibles riesgos y consecuencias, tanto generales como particulares de cada paciente, que se puedan derivar de sus circunstancias personales como el estado de salud previo, su edad, su profesión, etc., además del diagnóstico y las alternativas de tratamiento.

En este proceso del consentimiento informado el facultativo ha debido informar en cantidad y calidad suficiente sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del procedimiento, así como de sus posibles alternativas cuando existan varios métodos o técnicas de tratamiento. Se hace necesario que el médico transmita la información en palabras adecuadas al nivel de comprensión de la persona, ya que la capacidad de comprender la información necesaria para otorgar un consentimiento informado depende de la madurez del paciente, la instrucción y la capacidad cognitiva. Sólo en la medida que el niño haya podido comprender la información proporcionada sobre su salud, estará en condiciones de ejercer el derecho a expresar su opinión o deseo al respecto<sup>115</sup>. El facultativo deberá asegurarse que el paciente haya entendido satisfactoriamente la información por él entregada, dándole la oportunidad de responder sus dudas. En el caso del consentimiento informado pediátrico, el facultativo debe asegurarse de que los progenitores entiendan perfectamente bien la condición médica que ha motivado la necesidad de tratamiento o cirugía y lo que podría suceder si éstos no se realizan.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 243.

<sup>116</sup> EBERHARD, María Eliana- MORA, Ximena. Consentimiento Informado en Pediatría. Op. cit [recurso electrónico].

Como ya se señaló anteriormente cuando hablamos de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de capacidad no coincide con el bioético de competencia. La capacidad legal debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para procesar la información brindada respecto del acto médico y tomar una decisión en virtud de las distintas alternativas presentadas, los riesgos y beneficios. El consentimiento informado tiene una fisonomía particular que no permite confundirla con la capacidad contractual y que se vincula con la legitimación para disponer de derechos fundamentales, en particular, de los derechos personalísimos. Esta legitimación no se valora en un momento determinado, sino que se va formando a través de un proceso evolutivo. Por esto puede hablarse en Derecho Comparado de una “mayoría anticipada para el acto médico”<sup>117</sup>, ya que las personas adquieren conciencia de su propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad estipulada por la ley.<sup>118</sup>

El consentimiento informado es un requisito previo e ineludible para la realización de cualquier intervención o tratamiento médico. Es un derecho fundamental del paciente y un deber para el profesional de la salud<sup>119</sup>. Esta afirmación nos permite concluir que sólo podrá emitir su consentimiento quien es objeto de la intervención o tratamiento, por lo tanto, es un derecho personalísimo que, como se dijo anteriormente, requiere la capacidad de discernir de manera real y eficaz, salvo en aquellos casos en que la urgencia y la posibilidad de pérdida de la vida del paciente autorizan al facultativo a actuar

---

<sup>117</sup> El concepto tuvo su origen en Gran Bretaña en virtud del célebre caso “Gillick” que será comentado al momento de analizar la jurisprudencia.

<sup>118</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit. pág., 616 y 617.

<sup>119</sup> CASTRO, Sandra Beatriz- DEL RIO, María Cristina. El Consentimiento para la Intervención Médica en el Propio Cuerpo. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina), pág. 13.

lícitamente amparado en el estado de necesidad. En este último caso, la mayoría de la jurisprudencia reconoce que existe un consentimiento inferido o tácito<sup>120</sup>. Se señala además que hay otras situaciones que generan excepciones al consentimiento informado como son el grave peligro para la salud pública<sup>121</sup>, orden judicial e incompetencia o incapacidad del paciente cuando no se encuentran familiares que consientan por él o se niegan a prestar el consentimiento<sup>122 123</sup>.

En el caso de los menores adultos su opinión deberá ser oída, considerando su consentimiento como un factor determinante, proporcionalmente a su edad y a su discernimiento. Si bien la regla general nos lleva a indicar que la mayoría de las legislaciones nos remiten a la decisión de los representantes legales, recordando que Chile es el único país que mantiene separado en su legislación el tratamiento de lo personal de lo patrimonial, siendo la regla general en la legislación comparada que la patria potestad abarque lo relativo a la persona de los hijos, éticamente podemos afirmar que, previo a cualquier intervención, es preciso obtener el consentimiento del menor de edad. Es necesario legitimar la participación de los menores adultos en el proceso de consentimiento informado ya que si bien, desde el punto de vista legal, son relativamente incapaces pueden y deben considerarse idóneos de aceptar y consentir o rechazar por sí mismos ciertos tratamientos médicos<sup>124</sup>. En conclusión, los progenitores no

---

<sup>120</sup> EBERHARD, María Eliana- MORA, Ximena. Consentimiento Informado en Pediatría. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>121</sup> Frente a un grave peligro para la salud pública, como cuando la enfermedad de un sujeto hace peligrar la salud de la comunidad, es lícito imponerle, aun en contra de su voluntad, medidas terapéuticas o reclusión forzada. Esta excepción se sustenta en el deber constitucional del poder público de proteger la salud pública.

<sup>122</sup> EBERHARD, María Eliana- MORA, Ximena. Consentimiento Informado en Pediatría. Op. cit. [recurso electrónico].

<sup>123</sup> Típico es el caso del niño cuyos progenitores testigos de Jehová no permiten la administración de cualquier derivado sanguíneo, aunque se encuentre en una situación de peligro vital. En este caso, el médico tratante debe solicitar autorización judicial.

<sup>124</sup> La Facultad de Ejercicio de los Actos de Disposición sobre el Propio Cuerpo. Consentimiento Informado de los Menores por Jorge J. A. DEL AZAR “et al”. Op. cit., pág.22.

podrán tomar, a nombre de sus hijos, cualquier decisión médica, por cuanto los niños no son propiedad de ellos, sino que son una libertad y una autonomía en desarrollo, por lo que se deberá respetar el mejor interés del niño y estimular su participación responsable, reconociéndole el derecho de rechazar una intervención inútil o desproporcionada<sup>125</sup>. Hay que tener presente lo que prescribe la Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 12 al señalar que los Estados partes de la Convención garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar libremente su opinión sobre cada cuestión que lo afecte, debiendo la misma ser tomada en cuenta de acuerdo a su edad y madurez.

En cuanto al momento en que se debe entregar este consentimiento informado, no existe acuerdo en la doctrina, pero sí existe unanimidad en el hecho de que debe prestarse en cualquier momento antes del tratamiento o intervención, pudiendo otorgarse diez segundos o tres días antes. Sin embargo, si éste se entrega antes, dicha decisión debe mantenerse, a pesar de que puede ser revocado en cualquier momento. Podríamos entender, de lo expuesto anteriormente, que el acto de otorgar el consentimiento es informal, salvo en el caso de los trasplantes de órganos, pero, a mi parecer, un acto tan importante como consentir una intervención que puede cambiar nuestras vidas o incluso, en algunos casos, provocarnos la muerte por los riesgos que conllevan no puede tomarse a la ligera, debe necesariamente otorgarse por escrito, pues sólo de esta forma se estaría asegurando el objeto de este acto,

---

<sup>125</sup> Otros autores en una posición menos acertada, postulan que la preservación de la salud es uno de los deberes atribuidos a quien ejerza la patria potestad (sobre este punto es preciso recordar que nuestro Código Civil trata en forma separada el aspecto patrimonial, que denomina patria potestad, del aspecto personal, lo que denomina autoridad paterna). Los padres al consentir, cumplen el deber de curar al menor que les impone el ordenamiento legal, por lo que en los casos de incapacidad los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz y en el caso de los menores adultos, su consentimiento será suficiente tratándose de operaciones indispensables y urgentes y no hubiese tiempo de avisar a sus familiares. Véase: GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit., pág. 244.

cual es la aceptación del tratamiento o intervención médica después de haber sido informado del alcance y riesgo de los mismos. Pero tampoco debe consistir sólo en la firma de un informe resumido realizado por el profesional médico o en la suscripción de un formulario preimpreso al que sólo se le agregan los datos personales mínimos del paciente y de la intervención quirúrgica<sup>126</sup>. No debe entenderse como un formalismo diseñado para la prevención de demandas futuras, sino por el contrario, como una herramienta para velar por la vida e integridad física de los niños y adolescentes<sup>127</sup>.

Con todo lo anteriormente señalado podemos aventurarnos en dar una definición propia de qué debe entenderse por consentimiento informado como un proceso a través del cual un paciente adulto, niño o adolescente, es informado respecto de todos los alcances del o los procedimientos, diagnóstico, o intervenciones médicas que se le serán practicadas en su propio cuerpo y que le permitirá, en forma previa, decidir si los acepta o rechaza con total conocimiento de las consecuencias e implicancias de esta decisión que debe constar por escrito.

---

<sup>126</sup> El Consentimiento Libre e Informado en Relación con los Transplantes de Organos por Manuel O. COBAS "et al". Op. cit., pág. 19.

<sup>127</sup> La Facultad de Ejercicio de los Actos de Disposición sobre el Propio Cuerpo. Consentimiento Informado de los Menores por Jorge J. A. DEL AZAR "et al". Op. cit., pág. 23.

## CAPÍTULO IV

### ALGUNAS REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

#### 1. Jurisprudencia

La pregunta que debemos hacernos hoy es ¿Cuál es el parámetro que debe ser utilizado para determinar si un niño tiene el discernimiento suficiente conforme a la evolución de sus facultades, o bien, como señala la Convención sobre Derechos del Niño, si está en condiciones de formarse un juicio propio conforme a su madurez para ejercer autónomamente su derecho a la salud y a disponer de su propio cuerpo? En el contexto internacional la jurisprudencia nos ha entregado algunas luces sobre cómo enfrentar esta situación. Sin lugar a dudas fue el caso “Gillick vs. Norfolk and Wicbech Area Health Authority” de 1986 el que abrió la discusión sobre la autoridad parental y los derechos sexuales y reproductivos de los niños y adolescentes<sup>128</sup>, que llevado al tema que estamos analizando, nos permite dilucidar los criterios recomendables para aplicar a nuestra legislación y que servirían de base para una reforma del ordenamiento jurídico nacional<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> En el año 1980 el Departamento de Salud de Gran Bretaña emitió una resolución autorizando la prescripción y suministro de métodos anticonceptivos por parte de los profesionales médicos a los niños y/o adolescentes menores de 16 años que los hubieran requerido, recomendando obtener el consentimiento de sus padres. La señora Gillick, madre de 5 hijas menores de 16 años de edad, se presentó en la justicia argumentando que entregar métodos anticonceptivos a niños menores de 16 años era contraria a la ley penal e interfería en los derechos de los progenitores derivados de la responsabilidad parental. La Corte de los Lores rechazó por mayoría su petición.

<sup>129</sup> Este fallo ha sido comentado por variados autores, tales como DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Op. cit., pág. 627 y 628 y; GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. Op. cit. [recurso electrónico].

La doctrina del fallo en comento es de gran importancia, pues establece que “los médicos que prescriben métodos anticonceptivos a niños menores de 16 años no cometen delito alguno siempre que hayan actuado de buena fe y en el mejor interés de su paciente”, además de que “los derechos de los padres existen sólo para el beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes”. Esta afirmación tiene gran importancia pues recoge lo establecido por la Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 5, en lo relativo a que la tarea de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que ejerzan los derechos reconocidos en ella, debe realizarse en consonancia con la evolución de sus facultades, es decir, los derechos y deberes reconocidos a los progenitores jamás deberán constituir un obstáculo para el ejercicio de los derechos de sus hijos reconocidos en la Convención, reafirmando que tales derechos y deberes deben estar orientados directamente a la capacidad y autonomía progresiva de los niños. Hay que mencionar también que los progenitores realizan una labor complementaria de la voluntad de sus hijos cuando éstos tienen la edad y la madurez suficiente para decidir autónomamente sobre todos los asuntos que los involucran, mas nunca deben decidir por ellos, ya que sólo de esta forma se respeta al niño como sujeto de derechos y como autonomía en desarrollo, promoviendo relaciones democráticas y participativas dentro de la familia que aseguren el respeto de los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros. Además, señala el comentado fallo que “el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta”, y agrega que la competencia para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino también, de la madurez del niño y de la idoneidad para comprender las

consecuencias de su decisión<sup>130</sup>.

Cuando los progenitores toman decisiones sobre la salud de sus hijos lo hacen cumpliendo el deber que les impone nuestro ordenamiento jurídico del cuidado personal de la crianza, mas nunca, en virtud de la representación que deriva de la patria potestad como muchos autores lo sostienen, pues esta última sólo dice relación con el aspecto patrimonial de la relación filial y no con el aspecto personal donde se ubica el derecho a la salud de los hijos. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en *Planned Parenthood vs. Danforth* declaró como inconstitucional una ley del Estado de Missouri que requería que las mujeres solteras menores de 18 años obtuvieran el consentimiento de sus progenitores para practicarse un aborto, argumentando que el derecho a la intimidad de una menor de 18 años madura sobrepasa el interés que sus progenitores pudieran tener en que se practique un aborto, señalando que el hecho de declarar inconstitucional dicha norma no atentaría contra la unidad familiar ni contra la autoridad parental. Agregó el Tribunal Supremo, que si la niña es lo suficientemente madura como para comprender el procedimiento y sus consecuencias, el Estado no tiene la autoridad para delegar en un tercero la facultad absoluta de anular la decisión de la joven de terminar su embarazo<sup>131</sup>. Aunque este último caso está lejos de nuestra realidad, recoge todo lo expuesto en el capítulo III de la presente memoria, en cuanto sostiene que deberá evaluarse en cada caso la madurez y competencia de los niños involucrados para consentir por sí mismos, en forma autónoma, un tratamiento o intervención médica determinada, no bastando que

---

<sup>130</sup> DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2006, pág. 628 y 629.

<sup>131</sup> El mismo criterio tuvo el Tribunal Supremo Federal en *Bellotti vs. Baird* y en *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health* en atención a considerar la madurez que pudieran manifestar los niños al momento de aceptar un determinado tratamiento médico bajo lo que denomina doctrina del menor maduro. Véase el comentario de los fallos en DIAZ VASQUEZ, Zahira. El Menor Maduro en el Siglo XXI. En: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 73 (4): 2004, pág. 1073 y ss.

el legislador establezca un criterio rígido de edad, pues aun los que no han cumplido los 16 o 18 años según sea el caso, como lo exponen los fallos en comento, que cuentan con la madurez suficiente para ello pueden por sí solos, sin necesidad de contar con autorización parental, requerir y consentir un tratamiento o intervención médica, recogiendo también lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo expuesto nos permitiría afirmar que existe la posibilidad de que un niño, que cuente con el grado de madurez necesario y que se encuentre con la oposición de sus progenitores para someterse a la intervención médica, podría recurrir ante el juez competente para solicitar la correspondiente autorización. Además, reafirma lo expuesto en el capítulo anterior, pues mientras el niño tenga conciencia de la decisión que está tomando y pueda expresarla adecuadamente le asiste el derecho de recibir información respecto del cuidado de su propio cuerpo, pudiendo resolver si realmente quiere o no someterse a una determinada intervención quirúrgica o a un tratamiento médico específico. Las condiciones que deben darse se basan en ciertos criterios tales como la madurez, el entendimiento y en una evaluación del mejor interés del niño.

Por otra parte, es el derecho a la dignidad humana el que exige que se respeten las decisiones personales y el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí. Así, podemos plantear que el concepto de capacidad del Código Civil ha sido superado por el establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a que el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes se encuentra determinado por la evolución de sus facultades y por su desarrollo y madurez, promoviendo la participación de sus progenitores como complementaria a la de sus hijos.

Especial análisis requiere la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Colombiano relativa a la reasignación de sexo sufrida por un niño cuyos

genitales fueron cercenados en un accidente, dándole una orientación propia de una niña<sup>132</sup>. Presenta una riqueza jurídica que muy pocos fallos poseen y entre otras consideraciones dispone que, cuando está en juego en una intervención quirúrgica algo tan importante como el sexo de una persona, el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, quien debe recibir por anticipado toda la información pertinente en relación con los riesgos, las secuelas, los posibles resultados, etc., debido a que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo. Sin embargo, el consentimiento en este caso fue otorgado por los progenitores del niño. El médico debe contar siempre con el consentimiento informado de su paciente, ya que los tratamientos o intervenciones pueden afectar su dignidad humana, debiendo respetar siempre la dignidad y autonomía de los pacientes. Dispone que, sin perjuicio de lo anterior, los progenitores o el Estado pueden tomar ciertas medidas en favor de los niños, aun en contra de su voluntad, cuando éstos últimos no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Pero los progenitores no pueden tomar a nombre de su hijo cualquier decisión médica, pues los niños no son propiedad de sus padres, sino que son una libertad y una autonomía en desarrollo, por lo cual la autoridad parental debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los niños, según lo que se desprende del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La vida y la libertad de los niños son de su exclusiva autonomía, por lo que desde que la persona nace está en libertad. En conclusión, los progenitores no pueden alterar la identidad de sus hijos y los médicos no pueden basarse en el consentimiento de los progenitores para proceder a realizar el tratamiento o intervención, pues el interés superior del

---

<sup>132</sup> Sentencia N° 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima, 23 de Octubre de 1995. Publicado en "Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional" (Ensayos-Jurisprudencia), Comisión Andina de Juristas, serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Ciedla, Lima, 1997.

niño es siempre superior, es decir, siempre se impone por sobre otra consideración y es de obligatorio acatamiento por todos.

## **2. Estándares en el Derecho Comparado para determinar la capacidad y madurez de los niños y adolescentes**

Antiguamente los niños se consideraban propiedad de sus progenitores y a los sometidos a la autoridad parental no se les reconocía casi ningún derecho. Toda decisión quedaba al arbitrio de sus progenitores, el niño no tenía voz ni voto. Sin embargo, con el devenir de los años, esta situación cambió y se inició un movimiento para la protección de la niñez. Desde aquí se han ido reconociendo paulatinamente otros derechos a los niños tales como el derecho a la intimidad, a la libertad de expresión, etc., Sin embargo, como se señaló en los capítulos anteriores, todavía es un tema conflictivo el reconocimiento de autonomía en el ejercicio de tales derechos, aún más en aquellos niños sometidos a la autoridad parental. Como se dijo también, tradicionalmente se ha reconocido a los progenitores el derecho de tomar las decisiones en materia de salud de sus hijos, lo que se comprueba en el hecho de que es al progenitor que acompaña al niño a la consulta médica a quien se le dan todas las explicaciones relativas al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades sufridas por el niño, quedando éste relegado a un segundo plano dentro de la atención médica. Esto ha prevalecido porque se piensa que los niños son incapaces de tomar decisiones válidas en salud. Frente a esta situación, los tribunales puertorriqueños han reconocido tres excepciones a lo señalado anteriormente que son, las situaciones de emergencia, la emancipación y la doctrina del menor maduro. Como vimos, en las situaciones de emergencia el facultativo debe brindar al niño el tratamiento médico necesario, aun cuando éste no pueda consentir en ese momento. La excepción del niño emancipado

no requiere mayor análisis por lo que basta decir que debe tratarse como adulto. Finalmente, la doctrina del menor maduro permite que un niño pueda consentir un tratamiento médico siempre que sea lo suficientemente capaz para tomar la decisión por sí solo, por lo que el tribunal será el llamado a determinar si los niños comprenden cabalmente dicho tratamiento y sus consecuencias, debiendo atender a si poseen un buen juicio, habilidad y la educación necesaria para apreciar y sopesar los beneficios y riesgos del tratamiento en cuestión<sup>133</sup>. Sin embargo, es criticable esta doctrina en el hecho de que sean los tribunales de justicia los que determinen la madurez de los niños, pues es sumamente difícil que este tipo de conflictos entre padres e hijos llegue a su conocimiento, debiendo el propio facultativo médico ser el que, en consideración a lo que vió, escuchó y habló con el niño, finalmente determine si es competente para tomar la decisión de someterse o rechazar la intervención o tratamiento, pues algo tan cotidiano como esto no puede decidirse siempre en sede judicial. Lo que corresponde es un cambio de mentalidad en la sociedad hacia considerar a los niños como una autonomía en desarrollo que necesita de la orientación y guía de los progenitores, que sólo debe dirigirse al ejercicio pleno de sus derechos reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales.

Esta doctrina considera que los niños adquieren la capacidad necesaria para tomar decisiones en salud en diferentes etapas de su desarrollo, y dicha capacidad existe cuando tienen la habilidad para comprender y sopesar los riesgos y beneficios de su decisión, así como de apreciar la naturaleza y las posibles consecuencias de su conducta<sup>134</sup>. Sin embargo, esta doctrina sólo ha sido aplicada por los tribunales en aquellos casos en se rechaza un determinado tratamiento médico propuesto para el niño, sin haberse aplicado

---

<sup>133</sup> DIAZ VASQUEZ, Zahira. El Menor Maduro en el Siglo XXI. En: Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, Vol. 73 (4): 2004, pág. 1072.

<sup>134</sup> DIAZ VASQUEZ, Zahira. El Menor Maduro en el Siglo XXI. En: Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, Vol. 73 (4): 2004, pág. 1080.

aún en aquellos casos en que la decisión del niño es contraria a la de sus progenitores o en aquellos casos en que se quiere consentir un tratamiento o intervención quirúrgica. Pero ¿Cómo determina el juez si el niño tiene la capacidad y madurez necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento médico? La respuesta la encontramos al analizar algunos de los estándares que se han venido desarrollando para determinar dicha madurez, entre los que encontramos los estándares judiciales, la teoría cognoscitiva del desarrollo y los estándares de la comunidad médica. Cabe señalar que sobre la aplicación de estos estándares no existe acuerdo ni en la comunidad médica ni entre los estudiosos de la conducta social.

Los estándares judiciales van desde establecer un criterio cronológico, como es el caso de la regla de *sevens* que divide a los niños en tres grupos (algo así como lo que hace nuestro Código Civil) donde encontramos a los menores de 7 años que no tienen capacidad, a los mayores de 7 pero menores de 14 que no tienen la capacidad suficiente para tomar decisiones importantes, y a los mayores de 14 años que tienen la capacidad necesaria para tomar decisiones de envergadura; hasta examinar la habilidad del niño para entender y apreciar los riesgos, la naturaleza y las consecuencias de sus actos en relación con el tratamiento médico. Por otra parte, Jean Piaget, estudioso de la psicología infantil, señala a través de la teoría cognoscitiva del desarrollo que a los 15 años el niño ha alcanzado el grado de madurez necesario para tener un pensamiento análogo al de un adulto. Por último, la comunidad médica sostiene que hay que analizar cuatro elementos para determinar la madurez del niño que

son: la habilidad para razonar, el entendimiento, la voluntariedad y la naturaleza de la decisión<sup>135</sup>.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que la edad no determina necesariamente la capacidad suficiente para que los niños tomen decisiones en materia de salud, que los menores no son propiedad de sus padres, y que éstos no pueden tomar cualquier decisión en materia médica en virtud de la autoridad paterna y, más específicamente, en virtud del deber de cuidado personal de la crianza de que son titulares. Por otra parte, la no existencia de acuerdo en cuanto a la aplicación de los criterios que debe considerar el juez para determinar si un niño es maduro, nos hace presumir que este tipo de decisiones descansará en la discrecionalidad del tribunal, sin embargo, no son ellos los que están mejor capacitados para determinar la madurez de un niño, sino que son los propios facultativos médicos los que cuentan con las herramientas necesarias para llevar a buen fin esta tarea, pues comprenderán de mejor manera los atributos psicológicos y físicos que presenten los pacientes que se someterán a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica. Los médicos son los primeros llamados a determinar la madurez de los niños, debiendo acudir a los tribunales de justicia sólo en aquellos casos en que su decisión se contraponga con la de sus progenitores y cuando el niño se rehuse a someterse a determinado tratamiento o intervención poniendo en peligro su vida o integridad.

---

<sup>135</sup> DIAZ VASQUEZ, Zahira. El Menor Maduro en el Siglo XXI. En: Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, Vol. 73 (4): 2004, pág. 1083 y ss.

## CONCLUSIONES

La autoridad parental es una institución que debe y deberá ser siempre ejercida por los progenitores en beneficio de quienes están sometidos a ella. Ella mira hacia la formación, educación, protección y desarrollo integral de los hijos. Jamás puede considerarse como una prerrogativa de los progenitores, pues más que eso, es un deber, ya que son los primeros llamados a cumplir los deberes y funciones que la autoridad parental acarrea, entre los que se pueden mencionar el deber de cuidado personal de la crianza y el derecho función de cuidado personal o tuición. Sin embargo, hay que hacer hincapié en que el cumplimiento de estos deberes tiene alto contenido moral, pues los progenitores los cumplen en virtud de las relaciones de afecto que existen entre éstos y sus hijos. Incluso algunos autores consideran que es más apropiado denominarla “responsabilidad parental”, pues autoridad parental sigue denotando una especie de sometimiento de los hijos respecto de sus progenitores, lo que resulta contrario a los principios que informan el nuevo Derecho de Familia. Como la relación filial produce efectos de alto contenido moral, los deberes que ésta conlleva deben ser cumplidos por ambos progenitores, pues se les imponen por su condición de tales, en cualquier circunstancia en que se encuentren, ya que el divorcio, la separación o la situación económica de cualquiera de los cónyuges, no puede constituirse en un obstáculo para cumplirlos, pues tienen una finalidad de protección. Son estas razones las que llevaron tal vez al legislador a no desarrollar de manera tan clara el contenido de estos deberes morales, puesto que ellos se ejecutan y cumplen al impulso de sentimientos innatos hacia sus hijos, y que son consecuencia lógica de la relación paterno filial.

Si bien nuestro legislador civil no se preocupó de determinar dónde se ubica el derecho a la salud de los niños dentro de la relación paterno filial, después del análisis al Derecho Comparado realizado en el capítulo I de esta memoria, especialmente a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) de la República Bolivariana de Venezuela, podemos concluir que éste se enmarca dentro del deber de cuidado personal de la crianza que, como deber genérico dentro de la relación filial personal, abarca prestaciones de las más variadas índoles, relativas a todas las esferas de la vida de los niños, siendo en definitiva los progenitores los garantes inmediatos de la salud de sus hijos. En ningún caso los progenitores pueden evadir el cumplimiento de este deber.

En el nuevo régimen jurídico el niño es considerado sujeto de derechos, es decir, es titular de una serie de derechos tanto por su condición de niño, por la que merece protección especial, como por su condición de persona humana, que lo hace titular de todos los derechos reconocidos a las personas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado y que se encuentran vigentes. Entre estos derechos encontramos el mencionado derecho a la salud, que encuentra su consagración constitucional en el artículo 19 N° 9 y en los tratados internacionales que han sido incorporados a nuestro ordenamiento con rango constitucional, sin distinción alguna, lo que nos permite concluir que cuando el legislador asegura su ejercicio, lo hace respecto de toda persona y sobre todo respecto de los niños, dada su situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la regulación que realiza nuestra Constitución Política del derecho a la salud y la especial situación de los niños respecto de éste, es escueta en comparación con nuestros símiles latinoamericanos (téngase presente la Constitución colombiana que a mi parecer regula de la manera más completa la situación en que se encuentran nuestros niños hoy). Resulta así, necesaria la revisión de nuestro

texto constitucional de manera que se adecue su normativa a los requerimientos actuales de la niñez y se reconozca, entre otras cosas, que está dentro de los fines del Estado el garantizar la efectividad de los derechos y deberes de los miembros de la familia consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes; que se facilite y se asegure a través de una normativa adecuada la participación de toda persona en los asuntos y decisiones que las afecten, ya sea en su persona o bienes, y se haga efectivo el derecho del niño a ser oído en todo asunto que lo involucre, tal como lo consagra el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; se asegure expresamente, sin discriminación alguna, la titularidad de todos los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales a toda persona, expresando aquellos grupos de personas que requieren mayor resguardo por encontrarse con en situación de vulnerabilidad; se incorpore a la Constitución Política un catálogo especial de derechos donde se consagren de manera expresa los derechos fundamentales reconocidos a la niñez, para que no quepa duda acerca de su situación como titular de derechos; y por último, se establezca de forma expresa el deber de los progenitores de asistir y proteger al niño, de manera que se garantice su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, señalando de manera expresa que sus derechos prevalecen por sobre los de los demás. Nuestra carta fundamental dista de regular en forma completa lo relativo a la familia, la niñez y lo que dice relación con el reconocimiento expreso de su titularidad de derechos humanos. Sólo a través de esta revisión y reforma de la Constitución, siguiendo el ejemplo de las constituciones políticas analizadas, se despejarán las dudas actuales respecto de la situación de los niños, pues es la norma fundamental la que debe establecer los principios generales bajo los cuales se regirá nuestra legislación actual y futura. Se hace necesaria esta revisión también para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los nuevos principios establecidos a nivel internacional en materia de familia y niñez, como por ejemplo, la igualdad

de derechos entre todos los miembros de la familia, que desecha toda idea discriminatoria. Esta regulación no debiese generar relaciones conflictivas en la familia si delimita de manera clara las esferas de actuación de cada uno de sus miembros, aportando los elementos necesarios para resolver los conflictos que se dan normalmente en este ámbito de un modo más democrático y participativo, considerando al niño como lo que es, un sujeto de derecho y titular de derechos personalísimos al igual que el adulto.

Es a través de instituciones como la patria potestad y la autoridad parental que se vulneran los derechos humanos de los niños, pues se someten a la decisión de los adultos aquellos asuntos que tienen que ver con lo más íntimo de la persona de los hijos, como por ejemplo su salud y la disposición de su cuerpo. Actualmente, ante esta situación la única solución aceptable es la triple vía. Es nuestra tarea la de incentivar la aplicación directa de los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales por nuestros tribunales de justicia, pues la falta de desarrollo legislativo puede constituirse en una excusa para dejar en la más absoluta indefensión a nuestros niños, lo que no podemos permitir.

Nuestro Código Civil, ha unido a la capacidad con la edad obedeciendo a criterios naturales que fueron recogidos del Derecho Romano. Sin embargo, la distinción que realiza el artículo 26 entre infantes, impúberes y menores adultos, se encuentra derogada tácitamente por el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha igualado la situación de todos los niños menores de 18 años sin hacer distinción alguna. Hay que señalar que nuestro legislador civil sólo regula el tema de la capacidad desde el punto de vista patrimonial, lo que queda de manifiesto cuando señala, en el artículo 1447, que los absolutamente incapaces sólo pueden actuar a través de su representante legal. En conclusión, como la representación legal deriva de la patria potestad, que sólo

tiene relación con los bienes de los hijos no emancipados, según lo dispone el artículo 243 del Código Civil, en el aspecto personal debiera aplicarse un régimen distinto del establecido en el 1447. Se deduce que la severidad con que se descarta de plano cualquier asomo de autonomía a los niños reside, esencialmente, en la voluntad del legislador, por sobre las condiciones propias de cada sujeto. Es por esta razón que es necesario remecer al legislador para que tome conciencia de la realidad, los niños de hoy no son los mismos de 50 años atrás. Hoy la televisión y el Internet, que permiten un acceso más rápido y amplio a la información, los ha llevado incluso a perder la noción de lo bueno y de lo malo, el respeto por la autoridad parental y, ante todo, el límite de su capacidad, pues no es extraño que hoy en día los niños realicen todo tipo de transacciones, sobre todo a través de la red. El desfase entre el Derecho y la realidad se hace evidente, pues el ámbito donde los niños actúan con autonomía es cada vez más amplio, operando la costumbre como fuente primordialísima y justificante de la aceptación de tales actos. Sólo en el ámbito patrimonial se justifica en cierta forma la protección que da nuestro Código Civil a la niñez, a través de las normas sobre capacidad, pues los niños no están capacitados para administrar de la mejor manera su patrimonio. Sin embargo, la incorporación a nuestro ordenamiento de nuevos principios a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, no justificaría tal protección fuera del ámbito patrimonial, puesto que ésta promueve la interacción de los progenitores con sus hijos para así tender a que las relaciones sean más participativas y democráticas dentro de la familia, donde el niño pueda expresar su opinión y ésta sea tomada en cuenta en todo lo que afecte su persona, de manera de superar la noción de niño objeto de la autoridad y voluntad de sus progenitores que es producto del modelo de familia patriarcal en que se basa nuestro Código Civil.

Dada la separación que existe en el tratamiento que realiza nuestro Código Civil de la relación filial, diferenciando el aspecto patrimonial del personal, podemos concluir que la representación legal sólo tiene cabida dentro de la relación filial patrimonial, es decir, sólo dentro de la patria potestad. Jamás se aplicarán las reglas de la representación a la relación filial personal, ni menos aún, a lo que diga relación con el derecho a la salud de los niños y a la posibilidad de autorizar o consentir, por ellos, un determinado tratamiento o intervención médica, pues este deber de velar por la salud de los niños lo tienen los progenitores en virtud del cuidado personal de la crianza, que asiste a ambos, cualquiera sea su situación y que no pueden eludir. Sin embargo, en la práctica, la mayor parte de la sociedad tiene la concepción errada de que las normas de la representación se extienden a todo lo atinente a la vida de los hijos e incluso los establecimientos de salud, para autorizar una intervención quirúrgica en un menor de 18 años, requieren la autorización de sus representantes legales. Otro argumento para desechar la representación legal, es que ésta resulta incompatible con la protección integral de los derechos del niño que se traduce en su reconocimiento como sujeto de derecho, pues la representación entraña la idea de que se está actuando en lugar de otro, lo que resulta contrario a la concepción del niño como titular de una plena autonomía en función de su edad y madurez. Por lo tanto, debiese existir un sistema de representación que entrañe una asistencia o cooperación al niño, cumpliendo una función meramente complementaria de su decisión, respetando en todo caso el interés superior del niño y su derecho a ser oído en todo asunto que lo involucre.

Con todo lo expuesto, los progenitores pueden consentir un tratamiento o intervención quirúrgica en la persona de sus hijos cuando éstos no cuenten con la suficiente madurez y conciencia para valorar y entender la decisión que están tomando, aunque siempre, y en todos los casos, se deberá escuchar al niño y

tomar en cuenta su preferencia y opinión en consideración a su edad y madurez, lo que no implica necesariamente que se aceptarán sus deseos, sino mas bien, se considerará su opinión para que los progenitores se formen una idea de cual es su interés superior. En conclusión, los derechos personalísimos, como el derecho a la salud y a la disposición del propio cuerpo, jamás podrán ejercerse a través de un tercero y, menos aún, a través de un representante legal, pues el reconocimiento del niño como sujeto de derecho significa necesariamente el otorgarle la debida participación e integración en los procesos que conciernen a su vida y a su persona. Por lo tanto, se deben excluir de la representación, todos aquellos actos que digan relación con el aspecto personal de la relación filial y aquellos relativos a los derechos humanos de los niños, pues éstos se ejercerán autónomamente en función del desarrollo psíquico de éstos, dejando la labor del progenitor relegada a cumplir una función meramente complementaria respecto de la decisión del niño.

Ante cualquier conflicto que se suscite entre los progenitores y los hijos, en cuanto al ejercicio autónomo de sus derechos personalísimos, será el juez el llamado a resolver tales situaciones, en un proceso que garantice la participación activa del niño y donde sus opiniones y deseos sean el producto de una expresión libre y autónoma, lo que determinará el juez auxiliado por otros profesionales especializados que lo asesorarán para desentrañar la voluntad real del niño por sobre la expresada. Sin embargo, nuestra legislación, especialmente la Ley N° 19.968 que crea los nuevos Tribunales de Familia, no cuenta con una regulación exhaustiva del ejercicio del derecho a la salud de los niños y los conflictos que pueda suscitar su ejercicio cuando se encuentren sometidos a la autoridad parental. Ante esta situación, no queda más que concluir, que esta materia será conocida por los nuevos Tribunales de Familia a través del numeral 19 del artículo 8, que establece su competencia para conocer de toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.

Esta sería la única forma de incorporar esta materia dentro de su competencia, ya que, dada su trascendencia, este vacío legal no puede quedar sin solución, porque es la vida de los niños y su salud la que está en juego.

Un principio fundamental que rige las relaciones de los miembros de la familia es el derecho a la libertad de intimidad, entendida como la autonomía de los integrantes del grupo familiar en la toma de decisiones que a ellos les concierne y que tiene como límite el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas individuales que conforman la familia. Resulta necesario reformar nuestra normativa relativa a la autoridad parental, de manera que sea respetuosa de la individualidad de las personas y reconozca el efectivo ejercicio de los derechos personalísimos, sin que ello implique dejar de lado la autoridad parental, tratando de equilibrar los derechos de los progenitores con las garantías de respeto, consideración y dignidad que merece cada persona.

El niño atraviesa por distintas etapas en su evolución psico-física que determinan una graduación en el nivel de decisión al que pueden acceder. La mayor capacidad cognitiva le permite determinar sus necesidades y deseos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no regula el proceso evolutivo por el que atraviesan todos los niños a lo largo de su crecimiento, no encontrando un reconocimiento a los distintos niveles de discernimiento en el ejercicio de sus derechos personalísimos.

Nuestro sistema de reconocimiento de capacidad, basado en el establecimiento de una edad cronológica, está obsoleto, pues no analiza la capacidad efectiva de los niños, pudiendo darse la posibilidad de que un niño, sin contar con la edad que el ordenamiento jurídico establece para dar un consentimiento válido, pueda otorgarlo en función de su grado de madurez y

desarrollo. A mi parecer, sin perjuicio de este sistema de reconocimiento de capacidad, el derecho del niño a ser oído en las cuestiones atinentes a su propio cuerpo existe desde siempre, pudiendo opinar, en todo asunto que lo afecte, cuando cuente con el suficiente raciocinio y comprensión de la situación. En el caso de niños muy pequeños, no puede sostenerse que no son titulares de este derecho por no poder expresarse, ya que si bien, no pueden hacerlo verbalmente, sí pueden hacerlo a través de otras vías, como su comportamiento, sus gestos, dibujos, etc. Es por esto que los tribunales deben contar siempre con un órgano asesor interdisciplinario que los ayude a realizar su labor de la manera más eficiente posible, contando con la presencia de psicólogos que les puedan orientar sobre el interés superior del niño cuando éstos no puedan expresarse verbalmente, pues cada etapa presenta características comunicacionales propias que permiten a los adultos, muchas veces con ayuda de especialistas, decodificar sus verdaderas necesidades y deseos. El niño siempre tiene el derecho a ser informado y a participar de las decisiones que se tomen respecto de su persona.

La Convención sobre los Derechos del Niño adhiere a la capacidad del niño vista como un proceso, pues en su preámbulo y a lo largo de su articulado reconoce el derecho del niño a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad y amor para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, señalando también que deberá ser preparado para una vida independiente en sociedad, lo que queda de manifiesto en los artículos 5 y 12 de dicha Convención. El niño, para lograr su pleno y armonioso desarrollo psicológico, necesita un entorno familiar que satisfaga sus necesidades evolutivas, lo que significa reconocer su opinión y permitir su colaboración en todo lo que afecta a su persona, haciéndolo reflexionar sobre las consecuencias de sus actos. Debemos comprender que los niños son personas distintas a nosotros, que no nos pertenecen, sino que son nuestra responsabilidad. Sólo cuando logremos

entender esto, vamos a valorar sus opiniones y decisiones. Nos corresponde, como padres, la difícil tarea de guiarlos y entregarles las herramientas necesarias para que sean personas de bien y sus acciones se orienten por el buen camino. Nuestros niños hoy, tienen la suficiente comprensión de su persona y cuerpo, de sus derechos y de sus opciones para tomar decisiones importantes, por lo que el reconocimiento de la autonomía en el ejercicio de sus derechos sólo se logrará en la medida que exista respeto recíproco entre los progenitores y sus hijos. El compromiso de los progenitores debe ir dirigido a orientar a sus hijos hacia la autonomía, pues los deberes que el ordenamiento jurídico les encarga cumplir están orientados a la crianza y formación del niño.

Con todo lo anteriormente dicho, en materia sanitaria los niños que no cuenten con la suficiente madurez y discernimiento para tomar decisiones respecto de su salud, deberán siempre prestar su asentimiento informado asistido por el de quienes ejercen su cuidado personal de la crianza, de manera que según su desarrollo individual se le dará la oportunidad de expresar su voluntad, proyectándolo para la toma de decisiones y permitiéndole afirmar su identidad individual en estas situaciones de singular relevancia. En el caso de los que sí cuentan con la suficiente madurez, si bien el ordenamiento jurídico les reconoce plena capacidad para realizar ciertos actos, la realidad actual nos muestra que la madurez física, mental y emocional de los adolescentes se ve adelantada por factores de carácter biológico, emocional y cultural que contribuyen a formar una competencia precoz, por lo que debemos considerarlos como personas competentes para tomar decisiones autónomas respecto de su salud, excepto en aquellos casos en que es manifiesta la irracionalidad de la decisión. En los casos en que el tratamiento o intervención requerida es riesgosa para la vida de los niños, se debe privilegiar igualmente su voluntad, pues la dignidad de toda persona se debe asegurar estableciendo

las condiciones necesarias para permitir que el paciente tome sus decisiones de forma autónoma.

Los criterios para determinar la capacidad sanitaria hacen referencia a las aptitudes de los pacientes para decidir, comprender y procesar racionalmente la información que entrega el facultativo médico, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente, resultando la evaluación de la capacidad por parte del facultativo médico, en la práctica diaria, un proceso subjetivo y prudencial. Los modelos deliberativos y participativos en que se basan actualmente las relaciones sanitarias a través del consentimiento informado, requieren de nuevos procedimientos de evaluación de la capacidad que respeten la autonomía de los pacientes, cuando sean capaces, y protejan las decisiones propias, cuando el paciente no lo sea, pues toda intervención médica debe basarse en la participación voluntaria del paciente, con la sola excepción de la emergencia, donde se presume un consentimiento en virtud del estado de necesidad en que se encuentra el paciente, lo que se basa en los principios bioéticos de la autonomía y autodeterminación.

Por lo tanto, teniendo presente el interés superior del niño y su derecho a ser oído y a expresar su opinión en todo asunto que lo afecte según su edad y madurez, ha de reconocerse la facultad de todo niño, con suficiente juicio y discernimiento, de consentir o no una intervención o tratamiento médico en su persona. Además siempre se tendrá como criterio fundamental la opinión del niño. En ningún caso la voluntad de los progenitores podrá reemplazar la voluntad de los hijos, salvo en aquellos casos en que del tratamiento o intervención dependa la vida del niño y éste se niegue a aceptarlo. La regulación resulta inadecuada y ha caído en desuso debido el desfase que experimenta con la realidad actual, donde el niño tiene cada vez más protagonismo y donde no se le mira como persona incapaz.

El consentimiento personal ante cualquier acto médico se ha configurado como un mecanismo de protección de la libertad personal y de la autodeterminación del paciente, considerándose como un derecho personalísimo inherente a su condición de persona humana. Incluso se ha llegado a considerar como un derecho humano. El consentimiento informado es un derecho que en todo caso tiene el paciente, incluso si es menor de edad, ya que sólo puede otorgarse personalmente, siempre que la persona sea capaz de comprender la naturaleza y consecuencias de la decisión que está tomando. La competencia para tomar decisiones en salud, está dada por las aptitudes que tenga la persona de entender, razonar y deliberar sobre bases conceptuales y cognoscitivas que le permitan tomar y comunicar una decisión en un momento determinado. Sólo en la medida en que el niño haya podido comprender la información proporcionada sobre su salud, estará en condiciones de ejercer en forma autónoma su derecho a decidir sobre su salud y su cuerpo. En conclusión, el concepto jurídico de capacidad no coincide con el bioético de competencia, pues este último pone énfasis en el discernimiento que debe tener una persona para procesar la información y tomar una decisión en virtud de las alternativas, riesgos y beneficios presentados. El consentimiento informado se vincula con la legitimación para disponer de los derechos fundamentales, que se va formando a través de un proceso evolutivo. Incluso se ha propuesto en el Derecho comparado una especie de mayoría anticipada para el acto médico, haciendo clara alusión a la posibilidad de que un niño que no cumpla con los requisitos de edad para otorgar un consentimiento válido, sí comprenda la naturaleza de la intervención o tratamiento a través de la información proporcionada, evalúe los riesgos y tome una decisión determinada porque cuenta con la suficiente madurez para disponer de su salud y de su propio cuerpo.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

1. ABELIUK M., René. La Filiación y sus Efectos, Vol. 1. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
2. CORREA ESCOBAR, Ana Carolina- VALDIVIA BARRÍA, Javier Felipe. El Contrato de Servicios Médicos. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000.
3. CIENFUEGOS, Santos. Elementos de Derecho Civil, Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
4. D'ANTONIO, Daniel. Derecho de Menores. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1994.
5. D'ANTONIO, Daniel. Convención sobre los Derechos del Niño: Análisis de su contenido normativo. Aplicación Jurisprudencial. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 2001.
6. DOMINGUEZ, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I y II. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2006.
7. ELISEO SOLARI, Néstor. La Niñez y sus Nuevos Paradigmas. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, Argentina, 2002.
8. FELDMAN, Gustavo E. Los Derechos del Niño. Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

9. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.
10. FUEYO L., Fernando. Derecho Civil, Tomo1 y 3, Volumen VI, Imp. y Lito. Universo. S.A., Santiago, Chile. 1959.
11. GARECA, Luis. Derecho Familiar, práctico y razonado. Editorial Lillal, Oruro, Bolivia, 1987.
12. GROSMAN, Cecilia. Los Derechos del Niño en la Familia. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998.
13. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 6° edición. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972.
14. LATHROP GOMEZ, Fabiola Esther. El Derecho del Niño a ser Oído en el Nuevo Derecho de Familia. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.
15. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de Familia. 3° Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
16. MIZRAHI, Mauricio L. Familia, Matrimonio y Divorcio. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2001.
17. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 5° edición, Vol. 2. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2005.
18. SALAZAR CASTILLO, Luis Rodrigo. La Culpa Médica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

19. SCHMIDT HOTT, Claudia- VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Editorial Cono Sur, Santiago, Chile, 2001.
20. SCHMIDT HOTT, Claudia. De las Relaciones Parentales conforme al Nuevo Estatuto Filiativo. En: SCHMIDT H., Claudia et al. Instituciones de Derecho de Familia. Santiago, Chile. Lexisnexis. 2000.
21. VIAL DEL RIO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. 4° edición, Vol. I. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2000.

### **TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS) NACIONALES E INTERNACIONALES**

1. Código Civil. 14° edición oficial, aprobada por Decreto N° 803, de 29 de agosto de 2000, del Ministerio de justicia. Editorial Jurídica de Chile, 2002.
2. Código de Ética del Colegio Médico de Chile. [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl>> {consulta: 17 octubre 2006}.
3. Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 18 agosto 2006].
4. Constitución Política de la República de Chile. Edición oficial aprobada por Decreto N° 100 de 17 de septiembre de 2005 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Editorial Jurídica de Chile. 2005.
5. Constitución de Colombia. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 2 septiembre 2006].

6. Constitución Política del Perú. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/peru/consper.HTM>>. [Consulta: 2 de septiembre de 2006].
7. Constitución de la Nación Argentina. [en línea]. <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. [consulta 2 de septiembre de 2006].
8. Constitución de la República del Ecuador. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 2 septiembre 2006].
9. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 2 septiembre 2006].
10. Constitución Política del Estado de Bolivia. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/consper.HTM>>. [consulta 2 septiembre 2006]
11. Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada Pacto de San José de Costa Rica. Texto promulgatorio. Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial N° 33.860, 5 de enero de 1991.
12. Convención de Viena. Texto promulgatorio Decreto N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores. [en línea] <<http://www.bcn.cl/portada.html>> [consulta: 20 octubre 2006].
13. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Texto promulgatorio Decreto N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial N° 33.542 del 9 de Diciembre de 1989.
14. Convención sobre los Derechos del Niño. Texto promulgatorio, Decreto N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial N° 33.779, 27 de septiembre de 1990.

15. Declaración de los Derechos del Niño. [en línea]. <<http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/tratados/onu-derechos-nino.pdf>> [consulta: 20 octubre 2006].
16. Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. [en línea]. <[http://www.fadu.uba.ar/derechos\\_humanos/doc\\_nin\\_24.html](http://www.fadu.uba.ar/derechos_humanos/doc_nin_24.html)> [consulta: 20 octubre 2006].
17. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, N° 8069/90. [en línea]. <[http://www.abrapia.org.br/homepage/estatutolei\\_n\\_8069.html](http://www.abrapia.org.br/homepage/estatutolei_n_8069.html)>. [consulta: 31 agosto 2006].
18. Ley N° 19.451 sobre Transplantes y Donación de Órganos, Diario Oficial de 10 de abril de 1996.
19. Ley N° 19.585 sobre El Nuevo Estatuto Filiativo, Diario Oficial de 26 de octubre de 1998.
20. Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil, Diario Oficial del 17 de mayo del 2005.
21. Ley N° 19.968. crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial N° 37.949, 30 de agosto del 2004.
22. Ley N° 20.086. Introduce modificaciones a la aplicación de los procedimientos de la Ley de Tribunales de Familia, 15 de diciembre de 2005.
23. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformaciónporPaises.htm>> [consulta: 18 agosto 2006].

24. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Texto promulgatorio, Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial N° 33.360, 29 de abril de 1989.
25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Texto promulgatorio, Decreto N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial N° 33.382, 27 de mayo de 1989.
26. Proyecto de Ley sobre Derechos y Deberes de las Personas en materia de Salud. Boletín N° 2727-11. Cámara del Senado, de junio de 2001.
27. Proyecto de Ley sobre Protección de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Boletín N° 3792-07. Cámara del Senado, 19 de enero de 2005.

## **CONGRESOS Y PONENCIAS**

1. ARRIBERRE, Roberto. Autonomía y Competencia de los Menores de Edad en Materia de Decisiones de Salud. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10°: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
2. BENITEZ HAURO, Nancy. El Derecho del Niño (como Sujeto de Derecho) a ser Escuchado, su Participación, su Opinión. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10°: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
3. CRESPO, María Cristina- PEREZ MANRIQUE, Ricardo. El Niño como Sujeto de Derecho. El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10°: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
4. DIAZ SIERRA, María del Carmen. El Derecho del Niño a ser escuchado en el marco del principio rector del “Interés Superior del Niño”. En: X Congreso

Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. ( 10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).

5. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. El Derecho del Niño a ser Oído en las Cuestiones Atinentes al Cuidado de su Salud y su propio Cuerpo. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
6. GORVEIN, Nilda- POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
7. MALUF DE CHRISTIN, Silvia Susana- LEYBA, María Angélica. El Niño como Sujeto de Derecho. El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de Septiembre 1998: Mendoza, Argentina).
8. MOREDA CERREZO, Liliana Alicia. El Derecho del Niño a ser Oído. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. (11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
9. ROSSIN, Susana M.- GALLO TAGLE, Marcelo. El Niño como Sujeto de Derecho. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
10. ALVAREZ, Ignacio J. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Derechos de la Niñez y la Adolescencia: algunas experiencias relacionadas con la situación en Colombia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).

11. APFELBAUM, Leticia B. Los Niños nos Miran: Convención Internacional de los Derechos del Niño en la Argentina. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
12. ARNAUD, Andre. Internacionalización de los Derechos del Hombre y Derechos de Familia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
13. BELLESTEROS BELTRAN, Jaime. El menor Impúber y su Capacidad Negocial. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
14. BOTERO GONZALEZ, Juliana María. La Dinámica de los Derechos de los Niños en el Entorno Familiar. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
15. CADENA NAVIA, Lucero. Derechos de la Niñez y Política Social. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
16. ESCOBAR DE HERRERA, Eysa. Derechos Humanos y Derecho de Familia. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
17. ESPIN CANOVAS, Diego. Los Derechos Humanos y la Evolución del Estado Civil. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
18. FERNANDEZ DOMINGO, Jesús I. El Poder Discrecional del Juez de Menores, un Limite a la Efectividad de su Labor. En: XI Congreso

Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).

19. FERNANDEZ DOMINGO, Jesús I. El Principio del “Favor Filii” en el Derecho Familiar Español. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
  
20. GUITRON FUENTEVILA, Julián. Análisis de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
  
21. MONTECINO CAMPOS, Amparo- GUTIERREZ PARDO, Mercedes. Derecho Constitucional a la seguridad Social, la Familia y el Menor. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
  
22. PALENZUELA PAEZ, Luis L. Dominio de los Contenidos Legislativos sobre Protección y Formación de los Menores en sus Representantes Legales. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
  
23. UBALDO, Edson N. Aspectos Constitucionales de los Derechos Fundamentales: Los Derechos de la Infancia en la Constitución Brasileña, el Papel del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Abogacía en la Garantía de los Derechos de los Niños y de los Adolescentes. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Familia “Familia de Hoy y Familia del Futuro”. ( 11º: 3-7 de Septiembre 2000: Bogotá, Colombia) (recurso electrónico).
  
24. CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).

25. DUQUE, Ingrid. La Autonomía Privada en el Derecho de Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).
26. ESTRADA VELEZ, Sergio. Los Derechos Fundamentales de la Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).
27. MORALES, Georgina. El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).
28. MORENO NAVARRETE, Miguel Angel. La Capacidad Natural y la Imputabilidad de los Actos Jurídico-Privados. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).
29. TAPIA MEJIA, Juan. La Voluntad del Menor sería Determinante para Resolver la Situación Jurídica, en Base a que “Los Menores no quieren decir, si no dicen”. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. (12º: 22 a 27 de Septiembre 2002: La Habana, Cuba) (recurso electrónico).
30. BASSO, Silvina Mariana- URRIO, Eligabe. La Participación de los Niños, Niñas y Adolescentes en los Procesos de Familia. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 a 22 de Octubre 2004: Sevilla y Huelva: España) (recurso electrónico).
31. GONZALEZ MARTIN, Nuria. La Protección Internacional del Menor en el Ambito Americano: Especial Consideración de los CIDIPS. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 a 22 de Octubre 2004: Sevilla y Huelva: España) (recurso electrónico).

32. RAVETLLAT BALLESTE, Isaac. El Interés Superior del Menor. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13°: 18 a 22 de Octubre 2004: Sevilla y Huelva: España) (recurso electrónico).
33. CASTRO, Sandra Beatriz- DEL RIO, María Cristina. El Consentimiento para la Intervención Medica en el Propio Cuerpo. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
34. DELLARQUA, Mabel- CROVI, Luis Daniel. Una Propuesta de Cambio en Pro de la Tutela de los Derechos Fundamentales. A Propósito del Consentimiento Presunto en Materia de Transplantes de Organos. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
35. El Consentimiento Libre e Informado en Relación con los Transplantes de Organos por Manuel O. COBAS “et al”. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
36. GANC, Diana. Reflexiones sobre los Actos de Disposición del Propio Cuerpo. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
37. GIANFELICI, Roberto- GIANFELICI, Mario. Cuerpo Humano y Derechos de la Personalidad. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
38. La Facultad de Ejercicio de los Actos de Disposición sobre el Propio Cuerpo. Consentimiento Informado de los Menores por Jorge J. A. DEL AZAR “et al”. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).

39. LLOVERAS, María E.- PLOVANICH, María C. Disposición del Propio Cuerpo. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
40. PEREZ DE LEAL, Rosana. Disposición del Propio Cuerpo en el Marco del Contrato de Asistencia Médica. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
41. REYNA, Carlos, WAGNER DE TIZON, Claudia, DEPETRIS, Carlos. Derechos Personalísimos. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
42. SANTI, Mariana. Consentimiento del Menor y de los Padres. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
43. SANTI, Mariana. Derecho de Información y Consentimiento de los Menores Adultos para los Actos Médicos. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
44. SAUX, Edgardo I.- FABIANO, Aidilio G. La Capacidad Requerida para los Actos de Disposición Corporal. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
45. VERDE DE RAMALLO, Susana. Disposición del Propio Cuerpo. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18º: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).
46. SCHMIDT HOTT, Claudia. Estatuto de la Persona Natural en el Código Civil. En: Seminario sobre Modificaciones a los Códigos Civil y de Comercio, en

homenaje y recuerdo del Profesor Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas. (12°, 2002, Santiago, Chile).

## **REVISTAS, SEMINARIOS Y DOCUMENTOS**

1. BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia, Derecho a tener Derecho. En: UNICEF/IIN, Montevideo, 1998. (Hipervínculo: [http://www.iin.oea.org/infancia\\_democracia\\_A.\\_Baratta.pdf](http://www.iin.oea.org/infancia_democracia_A._Baratta.pdf)) (Recurso Electrónico).
2. BERRO ROVIRA, Guido. El Consentimiento del Adolescente: Sus Aspectos Médicos, Éticos y Legales. Archivos de Pediatría del Uruguay. Vol. 72 (1): 45-49, Marzo 2001. (Hipervínculo: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-05842001000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-05842001000100008&lng=es&nrm=iso))
3. BORDA, Guillermo. El Consentimiento Informado. Tema de estudio en la obra "Enciclopedia de la Responsabilidad Civil", Tomo II. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
4. BORQUEZ, Gladis- RAINERI, Gina- BRAVO, Mireya. La Evaluación de la Capacidad de la Persona: en la Práctica Actual y en el Contexto del Consentimiento Informado. Revista Médica de Chile. Vol.132 (10): 2004. (Hipervínculo: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872004001000013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872004001000013&script=sci_arttext))
5. BURDILES, Patricio. Consentimiento Informado en Cirugía. Revista Chilena de Cirugía. Vol. 56 (2): abril 2004.
6. DIAZ VASQUEZ, Zahira. El Menor Maduro en el Siglo XXI. En: Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, Vol. 73 ( 4):2004.
7. EBERHARD, María Eliana- MORA, Ximena. Consentimiento Informado en Pediatría. Revista Chilena de Anestesia- Sociedad de Anestesiología de Chile. Vol.32 (1): 2003. (Hipervínculo: [http://www.socanestesia.cl/rev\\_anestesia/0306/01-consentimiento.asp](http://www.socanestesia.cl/rev_anestesia/0306/01-consentimiento.asp))

8. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La Capacidad de Goce: ¿ Admite Excepciones?. Revista de Jurisprudencia Argentina (6185): marzo 2000.
9. La Capacidad de los Pacientes para Tomar Decisiones por LORDA, Pablo Simón “et al”. Proyecto de Bioética para Clínicos del Instituto de Bioética de la Fundación de Ciencias de la Salud. Madrid, 2001. (Hipervínculo: <http://www.cspt.es/webcspt/ConsellProf/cea/Documents/La%20capacidad%20de%20los%20pacientes.pdf>).
10. MAGISTRIS, Gabriela Paula. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derecho. Tensiones y Compatibilidades. En: Anales del XIX Congreso Panamericano del Niño. (Hipervínculo: [http://www.iin.oea.org/anales\\_xix\\_cpn/docs/presentaciones\\_ganadores\\_concurso/gabriela\\_magistris-argentina/trabajo\\_gabriela\\_magistris.doc](http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/presentaciones_ganadores_concurso/gabriela_magistris-argentina/trabajo_gabriela_magistris.doc)). (recurso electrónico).
11. PEREZ, Curbelo. El Consentimiento Informado en el Menor de Edad: Revisión a la luz de la Nueva Normativa. Boletín de la Sociedad Canaria de Pediatría. Vol.27 (3): 2003. (Hipervínculo: [http://www.comtf.es/pediatria/Bol-2003-3/Consentimiento%20informado...\(DCP\).pdf](http://www.comtf.es/pediatria/Bol-2003-3/Consentimiento%20informado...(DCP).pdf)).
12. Revista de Derecho Puertorriqueño, IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Atlapa, Panamá, vol. 35 (3). 1996.
13. SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. Derecho a la Información y Consentimiento de los Menores en el Ámbito de la Salud. Publicaciones on line del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. Oct. 2003. (Hipervínculo: <http://www.hospitalninojesus.com/DerechoALaInfo.php>)
14. Sentencia N° 477/95, Proceso de Tutela, Sala séptima, 23 de octubre de 1995. Publicado en “Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional” (Ensayos – Jurisprudencia), Comisión Andina de Juristas, serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Ciedla, Lima, 1997.

15. UNICEF. Manual de Aplicación de La Convención sobre los Derechos del Niño. Ginebra. En: pagina UNICEF. (Hipervínculo: [http://www.unicef.org/spanish/publications/index\\_5598.html](http://www.unicef.org/spanish/publications/index_5598.html))

16.1 Encuentro Internacional de Defensores del Menor Iberoamericanos. “Declaración de Madrid: Por los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”. Madrid, 27, 28 y 29 de Septiembre 2004. (Hipervínculo: [http:// www.dmenor-mad.es/](http://www.dmenor-mad.es/))

## **DICCIONARIOS**

1. Diccionario de la Real Academia Española. [en línea] <[http://:www.rae.es](http://www.rae.es)> [consulta: 20 octubre 2006].