

El menor maduro, XIV Ateneo de Bioética

Lydia Feito

Departamento de Medicina Preventiva, Salud Pública e Historia de la Ciencia, Facultad de Medicina, UCM, Madrid

Sevilla, 25 de junio de 2013

Desde el año 1998, la Fundación de Ciencias de la Salud viene organizando con periodicidad anual los Ateneos de Bioética. El objetivo es analizar en profundidad algunos de los temas de mayor importancia o más actuales en esta disciplina. No pretende realizar una función divulgativa ni docente, sino permitir a los profesionales interesados, con formación en bioética, realizar una reflexión crítica sobre un tema de calado.

En esta ocasión el Ateneo se organizó en colaboración con la Escuela Andaluza de Salud Pública, y revisó el problema del menor maduro, un tema importante y que preocupa a los profesionales por lo que afecta a la labor asistencial.

El menor maduro y el derecho

La primera ponencia, dedicada a la exposición de los problemas legales, estuvo a cargo de Francisco Oliva, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, quien habló de "El menor maduro ante el derecho".

Su exposición comenzó afirmando que no encontramos en nuestro derecho una regulación específica sobre el menor maduro, no existe como categoría, aunque sí hay actos posibles a realizar por parte de menores considerados maduros. En el derecho, ser menor de edad supone estar sometido a la patria potestad de los progenitores (o tutela), quienes están obligados a velar por el menor. No existe un derecho subjetivo de los progenitores o tutores, sino una obligación jurídica de cuidar de los menores, buscando su bien, pero también respetando su personalidad moral.

Conviene tener en cuenta que antes de la mayoría de edad legal (18 años) existe un reconocimiento de derechos para los menores. Por ejemplo, pueden contraer matrimonio con una dispensa judicial a partir de los 14 años, también a esta edad pueden otorgar un testamento, firmar un contrato laboral o decidir si desean la nacionalidad española. Pero los derechos que más nos importan en el ámbito de la bioética son los derechos de la personalidad, dentro de los que se incluye el consentimiento informado, que es un derecho fundamental.

Recorriendo algunos documentos importantes, se pueden citar los siguientes: la Convención de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas (1989), reconoce que los niños (en función de su edad y madurez) tienen derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que les afecten (Art.12), y tienen también derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art.14).

La Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor establece que los menores son los titulares de los derechos, aunque la posibilidad de su ejercicio se reconoce de modo progresivo, según van desarrollando su personalidad.

El Código Civil (Art.162) afirma que, en los actos relativos a los derechos de la personalidad, son los menores quienes tienen que decidir, a pesar de que los padres tengan la patria potestad.

Esto nos permite obtener una primera conclusión: los menores son los titulares de los derechos, tienen la capacidad jurídica, y es la madurez la que determina el ejercicio concreto de los derechos en cada caso (capacidad de obrar). No se establece cuándo se logra esta madurez, pero según los documentos de nuestro ordenamiento jurídico, es claro que se comienza a alcanzar entre los 12 y los 14 años.

En cuanto a la toma de decisiones en el ámbito sanitario, la Ley 41/2002 de autonomía del paciente distingue tres supuestos: (a) menores de 16 años sin capacidad natural de obrar, (b) menores de 16 y 17 años emancipados, (c) menores de 16 años con capacidad natural de obrar.

En el primer caso (a) se entiende que no hay capacidad, por lo cual son los progenitores o tutores quienes tienen que tomar las decisiones por sustitución. A pesar de ello, si el menor tiene 12 años, ha de ser oído (Art. 6.2 del Convenio de Oviedo). Y en el caso de que haya discrepancia de criterios, prevalece la opinión del progenitor, ya que se supone que el menor no puede comprender el alcance de la decisión.

En el segundo caso (b), se trata de adolescentes de 16 o 17 años emancipados, que son los que tienen plena capacidad para decidir. La única excepción es una actuación de grave riesgo, a juicio del facultativo, en cuyo caso habrá que tomar en consideración el parecer de los progenitores. Obviamente queda muy oscura la interpretación posible de esa consideración del parecer de los progenitores, que, en opinión de Oliva, pretende promover una comunicación entre los menores y sus progenitores, y no usurpar la decisión del titular, que es el menor.

En el último supuesto (c), los menores tienen capacidad suficiente para entender las consecuencias de la decisión a tomar, y por tanto deben ser quienes presten consentimiento. Lo importante en este caso reside en la evaluación de dicha capacidad.

Existe una situación particular, que se expresa en una Circular de la Fiscalía 1/2012, relativa a los Testigos de Jehová, pero que afecta en general a todos los menores: las decisiones cuyo resultado sea la muerte o un grave perjuicio a su salud. En este caso el dictamen parte de un supuesto contrario a lo mencionado anteriormente: que los menores están en proceso de formación y no han alcanzado plena capacidad, por lo cual no se pueden tener en cuenta las decisiones propias —ni las de sus progenitores—, si su resultado es un grave daño. Esto está en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la privación de la propia vida, o la aceptación de la propia muerte, no es un acto prohibido por la ley. E igualmente que imponer coactivamente un tratamiento contra la voluntad de la persona es un acto inaceptable por interferir en el derecho de autodeterminación (STC 154/2002). El rechazo de un tratamiento es un derecho del paciente, que se recoge también en la legislación autonómica sobre muerte digna.

Como excepciones a este tipo de planteamientos pueden citarse: (1) la interrupción voluntaria del embarazo, que es decisión de la mujer con 16 y 17 años (Art.13 de la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), aunque se indica que es necesario informar a uno de los representantes legales. (2) La investigación biomédica y la donación de órganos y tejidos, donde son los representantes legales quienes toman la decisión (Art.4 Ley de Investigación biomédica).

La conclusión final de Oliva fue que la madurez suficiente del menor garantiza, como mínimo, el ejercicio de todos los derechos de la personalidad, salvo en aquellos casos en que la legislación establezca lo contrario.

La capacidad de los menores

Uno de los problemas más importantes en relación a los menores es la evaluación de su capacidad para tomar decisiones. A este aspecto se refirieron Mercedes Navío, Coordinadora asistencial de la Oficina Regional de Coordinación de Salud Mental del Servicio Madrileño de Salud, y Tirso Ventura, Psiquiatra del Hospital Miguel Servet y Profesor Asociado de la Universidad de Zaragoza, cuya intervención llevó por título “La evaluación de la capacidad y sus problemas”.

El paso del paternalismo a la autonomía en el ámbito pediátrico es el marco en el que se sitúa la cuestión de la valoración de la capacidad, esencial para la toma de decisiones y para otorgar un consentimiento informado. La capacidad tiene que ver con aptitudes psicológicas de tipo cognitivo, volitivo y afectivo que permitan gestionar la información para tomar una decisión. Esto supone, entre otras cosas, poder entender la información, y poder apreciar las consecuencias de la decisión.

El desarrollo cognitivo y moral de los niños supone el paso desde un estadio “amoral” hasta otro de respeto a la autoridad, como estudiaron psicólogos como Piaget y Kohlberg. Este tránsito desde la heteronomía hasta la autonomía, un estadio postconvencional que no todos los adultos llegan a lograr, supone articular contradicciones y superarlas asumiendo la responsabilidad por las decisiones.

Desde el punto de vista clínico, la evaluación de la capacidad se realiza a través de un test, que, a modo de diagnóstico, trata de distinguir y evitar falsos positivos y falsos negativos. El juicio que se haga sobre la capacidad tendrá siempre carácter probabilístico y debe realizarse con prudencia, pues las pruebas no son infalibles ni ofrecen certeza.

La determinación de la capacidad tiene que establecerla el médico responsable en cada caso, contando con el concurso de otros profesionales que también están implicados. Para ello no existen criterios objetivos en el derecho, ni procedimientos estandarizados, se trabaja desde la experiencia profesional. Son necesarios métodos de evaluación. Entre los intentos existentes se puede mencionar la perspectiva neurológica de Alexander, o la de Freedman, Stuss y Gordon, ambas poco operativas; algunos tests de capacidad como el de Roth, Meisel y Lidz (1977), el de Appelbaum y Roth (1982), los criterios para valoración de la competencia de la Canadian Psychiatric Association (1990), o el *MacArthur Competence Assessment Tool* de Appelbaum y Grisso (MacCAT), que es el considerado hoy más adecuado. También hay escalas de evaluación de riesgo-beneficio, como la de escala móvil de J. Drane, que es importante porque permite graduar la capacidad en función de la decisión a tomar y sus consecuencias, pero puede deslizarse hacia un criterio convencional que insiste en la beneficencia.

La evaluación de la capacidad de los menores para la toma de decisiones requiere tener en cuenta varios aspectos: la evaluación del estadio de madurez, conforme a criterios eficaces (como los de Appelbaum y Roth); la valoración de la gravedad de las decisiones a tomar; y la consideración de los factores situacionales o contextuales.

En el intento de validación de herramientas de evaluación, destaca el MacCAT (específicamente en su forma T, relativa a tratamiento), como herramienta estandarizada que trata de evitar una aproximación excesivamente racionalista o cognitivista —como se manifiesta en otras evaluaciones—, insistiendo en el elemento de apreciación. Precisamente uno de los elementos más valiosos de MacCAT es esta importancia concedida a la apreciación.

La propia conciencia de enfermedad es esencial para poder tomar una decisión, lo que, en los trastornos psiquiátricos –como en los trastornos alimentarios– se hace muy evidente.

Esta herramienta está en proceso de validación en España. Algo que resulta imprescindible para poner a disposición de los clínicos e investigadores los instrumentos para medir la capacidad y, por tanto, para poder realizar plenamente un consentimiento informado.

Las dos formas más utilizadas del test MacCAT, tratamiento (T) e investigación (CR), revisan cuatro habilidades necesarias en el proceso de tomar una decisión: expresar una elección, comprender la información relevante, apreciar la situación, razonar sobre la información y la valoración. Interesará analizar distintos aspectos, dependiendo de si el marco es de decisión de tratamiento o de investigación. Esta prueba ofrece una guía de evaluación de las habilidades para tomar una decisión en el ámbito del consentimiento, que debe integrar otros datos de antecedentes clínicos, la consideración del contexto, etc., aunque no ofrece una puntuación específica que se traduzca directamente en capacidad o incapacidad legal. Ventura presentó cómo se ha realizado el proceso de validación de esta herramienta en España.

En el caso de los menores hay una inversión de la carga de la prueba en relación a la capacidad: se supone que son incapaces y lo que es necesario demostrar es la capacidad, al revés de lo que ocurre en los adultos. Por eso la evaluación de la capacidad en el menor maduro es esencial. Dicha evaluación, que trata de determinar la madurez, tiene que ver con tareas específicas, en unas circunstancias concretas y valorando sus consecuencias. No obstante, conviene tener en cuenta que la mayor parte de los adultos tampoco consigue superar la fase convencional, por lo que se podría estar exigiendo mayor capacidad en los menores que la que podríamos suponer en los adultos.

La evaluación de la capacidad es esencial, también como un modo de fomentar la responsabilidad, pues cuanto antes se pueda hacer cargo el sujeto de sus propias decisiones, será mejor para su desarrollo y para su autonomía. La evaluación supone tener en cuenta los valores implicados, lo que exige el desarrollo de instrumentos adecuados, educación sanitaria, y vías de promoción de la responsabilidad.

La realidad clínica de los adolescentes

La siguiente ponencia atendió a la situación específica de los adolescentes, la realidad clínica que se encuentran los profesionales que deben atenderlos. La encargada de la presentación fue M^a Isabel Parra, Pediatra en el Centro de Salud Barrio del Pilar de Madrid, y Experta en Metodología de Intervención Comunitaria.

Parra comenzó exponiendo las dos características esenciales que definen el pensamiento de los adolescentes: la impulsividad y una suerte de pensamiento mágico que les hace pensar que son invulnerables. Estos rasgos les llevan a desarrollar conductas de riesgo que pueden poner en peligro su salud. Por supuesto, los factores ambientales y contextuales influirán también de modo importante en esos rasgos y en las conductas de los adolescentes.

En el marco de un centro de salud de la zona norte de Madrid que atiende a adolescentes, el primer reto, según Parra, era lograr hacer un seguimiento hasta los 16-18 años en la consulta de pediatría. Esto permitió analizar las conductas de los adolescentes y atender a los jóvenes desde la cercanía y la cordialidad, a pesar de que ellos no acudían con excesiva frecuencia al centro. Esta fue la razón de poner en marcha programas de atención y prevención, y también de educación para la salud.

En un estudio realizado en 2000-2002 se revelaba que la mayoría de las consultas eran relativas a trastornos psiquiátricos, patología ginecológica, obesidad y problemas familiares o

escolares, problemas todos ellos que son más o menos similares a los que se encuentran actualmente los pediatras.

Una de las iniciativas realizadas en este centro fue salir a los institutos, a fin de poder realizar actividades de educación para la salud. Uno de los resultados obtenidos fue detectar las preocupaciones de las jóvenes, ofreciendo clarificación, por ejemplo, sobre temas de trastornos de la alimentación. Según algunos estudios presentados por la ponente, los datos en cuanto a la realización de dietas entre 1996 y 2011 no han cambiado: el 30% de las jóvenes realizan dietas, aunque sólo el 13% de ellas tenía problemas de sobrepeso. Esto les llevó a seguir investigando en los modelos y las ideas que resultaban más influyentes en la visión de los jóvenes (rechazo a la pobreza, a la excesiva riqueza, a los estereotipos de belleza y al maltrato y acoso entre niños y jóvenes).

En cuanto al consumo de drogas, los datos de 2010, según encuestas del Ministerio de Sanidad, llevan a la conclusión de que es un problema grave en los adolescentes, especialmente en cuanto al consumo de alcohol, que se produce en un 60% de los jóvenes, y que ha generado situaciones como el *binge drinking*, un tipo de consumo de alcohol de gran cantidad en poco tiempo, con consecuencias graves para la salud. Llama la atención que este tipo de problemas llega escasamente a los centros de salud, siendo los padres quienes solicitan ayuda para manejar esta situación.

En el ámbito de la sexualidad se perciben diferencias de género y existe una vinculación entre el consumo de alcohol, las relaciones sexuales y la anticoncepción de emergencia. No hay datos fiables en cuanto a la edad de inicio de las relaciones, aunque parece situarse entre los 15-17 años. El uso del preservativo, que es el método anticonceptivo más utilizado por los adolescentes, también ofrece datos poco claros en las encuestas, situándose entre un 85-97%. Los centros para jóvenes, donde se ofrecen anticonceptivos e información sobre sexualidad, tienen más éxito en cuanto a la fidelización en la asistencia a las consultas que los centros de salud.

Mención aparte merecen el tema de la violencia sexual, con mayor incidencia en la población latinoamericana, y el embarazo adolescente junto a la interrupción voluntaria del embarazo.

La concurrencia de factores de riesgo es un problema a analizar, pues produce una mayor vulnerabilidad, que según los datos se manifiesta especialmente en los jóvenes extranjeros con mala situación económica.

Un elemento importante en la relación clínica es el respeto a la confidencialidad, lo que resulta de especial relevancia en las situaciones de embarazos no deseados.

Un equipo liderado por la Dra. Parra realizó un estudio de los factores que influyen en la decisión de interrumpir el embarazo en jóvenes de 16 a 18 años, prestando especial atención al problema de la confidencialidad. El objetivo era conocer las motivaciones y vivencias de las adolescentes al enfrentarse a este problema. Los resultados provisionales apuntan a que más de la mitad le habían comunicado a sus padres el embarazo y quienes no lo hacían lo justificaban por no perder la confianza de sus padres o por tener miedo a los malos tratos o al abandono. En cuanto a la decisión de interrumpir el embarazo, estaba causada principalmente por falta de recursos o por pérdida de posibilidades de futuro.

La clave en el manejo de todos estos problemas está en la educación para la salud y en una asistencia coordinada de modo global entre los médicos, los padres y la sociedad en general.

Alcanzar la autonomía

La última de las ponencias, titulada “Madurez, capacidad y autonomía” estuvo a cargo de Pablo Simón, Médico de Familia y Profesor de la Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada.

Lo específico de los seres humanos es el espacio de la libertad, que exige la toma de decisiones, es el lugar de la moral, en el que es preciso optimizar los valores, o lo que es lo mismo: realizar lo que deberíamos hacer, o, en ciertas ocasiones, justificar excepciones. Esta vida moral tiene que ver con la deliberación, en la que operan principios prudenciales como los de pertinencia, necesidad, finalidad, precaución, proporcionalidad, etc.

La diosa Némesis que castiga la imprudencia nos recuerda que es necesario vivir con mesura. Y la toma de decisiones no puede prescindir de ella. La pregunta es si los adolescentes viven y toman decisiones de este modo.

Las condiciones para tomar decisiones son la libertad, la información y la capacidad. Pero también se necesita tener un reconocimiento ético y jurídico. Y resulta también necesario tener experiencia en la ejecución de esta tarea. Estos son los puntos esenciales que Simón abordó en su exposición.

Entre las condiciones mencionadas para tomar decisiones, tiene especial relevancia la capacidad. La evaluación de la capacidad más relevante es la que hace referencia a tomar decisiones morales. El desarrollo moral ha sido estudiado por la psicología desde el siglo XIX: Wundt, el psicoanálisis, el conductismo y otras tantas teorías llegarán hasta la pregunta sobre de dónde nace lo que somos. Pregunta a la que se responde desde los factores internos y los externos que influirían en este desarrollo.

En este segundo grupo que enfatiza los factores externos se sitúa E. Durkheim, quien enfatiza que la educación supone un proceso de internalización de las normas sociales. Frente a él se sitúa J. Piaget que considera que existe una evolución en el desarrollo moral, cuyas etapas son correlativas a los estadios de desarrollo cognitivo. Piaget habla de tres fases del desarrollo moral: moral convencional heterónoma, fase intermedia y una moral racional autónoma, que, a partir de los 13-14 años, supone la aceptación autónoma de las normas tras un proceso de crítica.

El discípulo de Piaget, L. Kohlberg, profundiza en este estudio que considera algo esquemático, impreciso y simplificado. Su investigación le lleva a encontrar una serie de fases del desarrollo moral en una secuencia invariante, irreversible y consecutiva, en la que se van produciendo saltos cualitativos. Una de las conclusiones de Kohlberg es que la mayoría de las personas se quedan en el estadio convencional. Hacia los 12-15 años ya se han adquirido las estructuras cognitivas fundamentales, pero además existe un aparente sesgo de género, quedando las mujeres en estadios inferiores.

A esta afirmación de diferencias de género responde C. Gilligan, quien también habla de un desarrollo moral diferente que, sin embargo, no supone una maduración menor en las mujeres, sino dos lógicas distintas en el modo de aproximación a los juicios morales: la de la justicia y la del cuidado. Obviamente, la toma de decisiones exige las dos lógicas para ser completa.

Otros dos autores importantes a mencionar son G.H. Mead y L. Vygotsky. Mead considera que el proceso de adquisición de maduración moral exige el reconocimiento del otro

en la relación con nosotros mismos. Por eso los procesos sociales y el uso del lenguaje, la comunicación, son esenciales para la construcción de la propia identidad. Esto quiere decir que la idea de autonomía tiene que revisarse.

Por su parte, Vygotsky considera que las experiencias interpsicológicas son las iniciales para dar después paso a los procesos intrapsicológicos. Menciona la zona de desarrollo proximal que explica cómo el nivel de desarrollo real necesita de otros para lograr el nivel de desarrollo potencial. Esto puede ser importante para afirmar la necesidad de colaborar con los adolescentes para fomentar su desarrollo y su autonomía.

Como se ha mencionado, el medio es esencial para el desarrollo del individuo. Sin embargo, los indicadores apuntan a que el bienestar del menor ha ido empeorando en los últimos diez años. La percepción de los menores no es negativa, a pesar de ello. Pero que el medio se deteriore puede llegar a afectar a las estructuras de red que sirven de soporte a los adolescentes. Es posible generar políticas hacia los menores que contribuyan a mejorar esta situación.

Esto también tiene que ver con el mencionado reconocimiento ético y jurídico de los derechos de los menores. Poco a poco se ha ido reconociendo el desarrollo de los menores, asumiendo que en torno a los 16 años las capacidades básicas están adquiridas.

Más relevante es tener en cuenta la necesidad de la experiencia: los adolescentes pueden tener las capacidades, pero falta experiencia, lo cual también influye en la toma de decisiones prudentes.

Sólo en un marco de deliberación con los padres, con la sociedad, se puede lograr este acompañamiento y promoción de la autonomía de los adolescentes.

Esta es la línea que parece más adecuada, un modelo deliberativo de promoción de la autonomía, desde la prudencia. El tema del menor maduro, como resumió Diego Gracia en esta interesantísima sesión, es esencial en tanto que la falta de madurez en la capacidad para decidir supone la imposibilidad para hacerse cargo de la propia salud y la vida, esto es, para poder ser un sujeto autónomo. No obstante, a pesar de la dificultad de evaluación de la capacidad, para la toma de decisiones son necesarios, además de un desarrollo cognitivo, otros dos vectores, esenciales para los proyectos humanos: el emocional —que tiene que ver con una madurez afectiva y estimativa—, y el volitivo —que hace referencia a las preferencias, y a la capacidad para detectar y elegir los cursos de acción posibles—. La madurez en estos tres ámbitos es la clave para tomar decisiones, independientemente de que los contenidos de la decisión parezcan razonables a quienes evalúan. El análisis de los tres vectores es esencial para que este juicio sobre la madurez sea más adecuado. Evidentemente, esta evaluación genera cierta angustia e incertidumbre, y no existen guías o recetas infalibles para realizarla, pero sí es posible encontrar una vía de análisis, de comunicación con los adolescentes y de búsqueda de un proceso de maduración moral y fomento de la autonomía.