

EL MENOR EN EL AMBITO SANITARIO**Juan Siso Martín****E. Mail: juan.siso@salud.madrid.org****Teléfono: 625 555 266****1.- Presentación**

El término "niño" es anterior al de "menor" en su aparición en las declaraciones de derechos de las personas que se encuentran en esta etapa de la vida. Aparece en 1924 con la Declaración de Ginebra, sobre los derechos del niño. La Convención de Ginebra, de 1989, tiene la misma orientación pero supuso un avance cualitativo trascendental al referirse al niño como sujeto de derechos, en lugar de hacerlo como objeto de derechos.

Abren estos instrumentos una etapa decidida de concienciación social y progresiva sensibilización sobre los problemas de la infancia. He de decir, sin embargo, que esperó demasiado tiempo para llegar este reconocimiento: 12.000 años de evolución cultural de la Humanidad y aún no hace 15 que apareció la antes citada Convención sobre los derechos del niño. No es posible olvidar que, hasta hace dos siglos, con el avance cultural de la Ilustración, la infancia no adquirió consideración de su condición humana, de su integridad de derechos, en definitiva.

2.- Concepto legal de menor

Se contiene en el artículo primero de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección jurídica del menor (que transcribe, a su vez, casi literalmente, el artículo 1 de la mencionada Convención de Naciones Unidas de 1989) cuando se refiere a las personas menores de 18 años, salvo que se encuentren equiparadas a mayores de edad por alguna norma aplicable. Este es el caso, con las matizaciones que haré, en el ámbito sanitario al alcanzar la capacidad de decidir a los 16 años.

3.- El Menor como sujeto de la asistencia

Se garantiza su acceso a la misma, con carácter general, por la normativa aplicable a los adultos: Artículo 43 de la Constitución y Ley General de Sanidad, en la extensión prestacional fijada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de Enero, la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y disposiciones concordantes.

La regulación específica de la asistencias sanitaria para menores se contiene en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, ratificada por España en 1990 y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor. Si la persona de menor edad que precisa asistencia no tiene la nacionalidad española recogida para ella, con marcado afan proteccionista, el Reglamento de Extranjería de 1996 (de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985) el derecho a la asistencia sanitaria para cualquier menor que se encuentre en territorio español, decía el citado precepto.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid se reconoce el derecho de los menores a recibir asistencia por la Ley 6/1995, de 28 de Marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en dicha Comunidad.

Establece esta Ley en su artículo 41 el derecho absoluto de libre acceso a la asistencia sanitaria pública para todos los menores residentes en la Comunidad de Madrid. Se les reconoce, igualmente, el derecho a la rehabilitación (en todas sus variantes) cualquiera que sea la causa que la haga precisa.

Respecto de la hospitalización de menores determina que habrá de sujetarse, en todo caso, a lo prevenido en la Carta Europea de los niños hospitalizados, que recoge entre otros derechos los siguientes:

- ◆ A no ser hospitalizado más que cuando no haya otra alternativa.
- ◆ A ser hospitalizado, en la medida de lo posible, junto con otros niños.
- ◆ A utilizar la fórmula de hospitalización diurna si fuere factible.
- ◆ A recibir información adecuada a su edad, sobre la asistencia que recibe.
- ◆ A disponer de libros y juguetes idóneos a su edad y desarrollo.
- ◆ A no interrumpir su formación escolar en caso de estancia prolongada.

Con la misma finalidad de protección a la infancia se ha desarrollado en esta Comunidad la Tarjeta TIERI (Tarjeta Infantil de Exposiciones a Radiaciones Ionizantes) que dispone de un registro en el que se van anotando las sucesivas sesiones que recibe el menor.

El uso de las radiaciones es un inestimable instrumento diagnóstico, pero es incuestionable su pernicioso efecto acumulativo y éste es, precisamente, el

sentido de este elemento de protección. En fase de implantación la TIERI se limita actualmente a siete centros hospitalarios

4.- La autonomía del menor en la Ley 41/2002

El supuesto básico para la toma de decisiones en el ámbito sanitario es el de un sujeto consciente y capaz, siendo casos especiales los de inconscientes, personas privadas de razón y los menores. A ello voy a referirme en el planteamiento que respecto de los mismos hace la Ley que acabo de citar.

El límite de edad de 18 años, marcado como la mayoría de edad por la norma civil, no es aquí coincidente con el límite para tomar decisiones en el menor pues admite la casuística que enseguida voy a mostrar. En razón a la edad y otras circunstancias puede ser suficiente la voluntad del menor o ha de ser necesario suplirla por la de sus padres o representantes legales.

Se utiliza para la evaluación de la capacidad, bajo criterios de Medicina Legal, un doble criterio:

- **Cognitivo:** Si el individuo concreto posee inteligencia y discernimiento en el momento de la valoración.
- **Volitivo:** Si el individuo dispone de libre albedrío para elegir sus acciones.

El tratamiento concreto que la vigente normativa a la que me refiero hace respecto de los menores se hace mediante la exposición de tramos de edades y su combinación con las acciones clínicas a acometer, en la siguiente forma:

- ✓ Menores de 12 años: Decide, libremente, su representante legal
- ✓ Menor de edad pero mayor de 12 años: Ha de ser oído el menor
- ✓ Mayor de 16 años o emancipado: Decide libremente el menor
- ✓ Si concurre grave riesgo, en el caso anterior, los padres han de ser informados y oídos
- ✓ Es necesario contar con 18 años para ser sometido el menor a: IVE, reproducción asistida y ensayos clínicos.

Quiero dejar constancia de que las condiciones de la información a suministrar al menor son las mismas que para un adulto: Verdadera, adecuada a las necesidades del proceso y comprensible. No cabe duda que cobra especial importancia esta última cualidad para adaptarla al estado de desarrollo mental y emocional de quien la recibe.

5.- Cuando hay discordancia entre el menor y sus padres

No quiero dejar pasar la oportunidad de hacer unas breves matizaciones en estos problemáticos casos en los que se encuentra el profesional con criterios enfrentados, entre el menor y sus padres, respecto de la asistencia a prestar a aquel.

Tengo que enfatizar los principios recogidos en la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en lo referente al reconocimiento como preferente del interés del menor cuando entra en colisión con otros intereses. Supone ello que ha de prevalecer sobre la autoridad paterna cuando el ejercicio de esta se pretenda hacer en perjuicio del menor, en lo que respecta a sus derechos básicos: vida, integridad física y moral, intimidad etc.

Este planteamiento trae consigo la obligación del profesional sanitario de ejercer de defensor del menor cuando sea preciso proteger el interés de éste y sea contrapuesto al de sus padres, sin perjuicio de solicitar la intervención del Ministerio Fiscal, cuando ello fuere posible.

La situación es compleja pues el profesional ha de detectar:

- La existencia de la contraposición de intereses
- El grado de perjuicio que ello puede deparar al menor
- Qué derecho o interés de los contrapuestos ha de proteger

6.- Protección de la información del Menor

En el curso de la asistencia que cualquier usuario recibe del Sistema de Salud, se genera un cúmulo de información respecto de aquel, que se incorpora a los archivos (convencionales o informatizados) de los centros sanitarios y que es objeto de especial protección respecto de adultos y menores.

Ocasionalmente sucede que sean los primeros los que quieran acceder a la información que exista en el Sistema Sanitario (o determinado centro) respecto de los segundos, pudiendo producirse una colisión, entre los derechos a la información (del adulto) y el de la confidencialidad (del menor), que es preciso solventar.

Amparan el derecho a la información el Real Decreto 63/1995, de 20 de Enero en su anexo primero, y el derecho a la confidencialidad (y el correlativo deber de la Administración Sanitaria de preservar la información) el artículo 18 de la constitución, la Ley General de Sanidad en sus artículos 10 y 61 y la Ley 15/1999 de Protección de Datos. Actualmente se refiere a ambos derechos la recién vigente Ley 41/2002, de 14 de Noviembre.

Quiero resaltar aquí el caso de que alguien quiera acceder a los datos de la Historia Clínica de un menor, en cuyo caso el Sistema Sanitario habrá de

adoptar las necesarias precauciones para que puedan coexistir los dos derechos antedichos: información y confidencialidad.

El informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1997 cita el caso de un Centro de Salud que facilitó la Historia Clínica de un menor (de dos años de edad) a quien decía ser su padre, aportando tan sólo el nombre y la fecha de nacimiento de la criatura, si efectuar comprobación alguna de identidad del solicitante y su vinculación con el menor.

Conforme a la interpretación de la normativa vigente (Ley 41/2002 y Código Civil) debemos de concretar que:

- ✓ Corresponde obtener la información que atañe a los menores a los padres que ostenten la patria potestad o a quienes tienen atribuida la tutela o guarda legal del menor, mientras éste no obtenga la mayoría de edad o la emancipación.
- ✓ En supuestos de separación judicial o divorcio la información ha de facilitarse a quien ostente la custodia, conforme a la sentencia judicial.

Este planteamiento se refiere, evidentemente, a situaciones normales, pero puede considerarse la posibilidad de que en un caso de urgencia vital del menor pueda trasladarse la información a la persona que en ese momento se encuentre a cargo del menor, sin olvidar la atención que éste merece, conforme a la normativa vigente y que con anterioridad he expuesto.

Hay que destacar que el hecho de que los padres del menor se encuentren separados no afecta a los derechos y obligaciones en materia de patria potestad, cuando la sentencia de separación reconozca el ejercicio compartido (y mucho más, evidentemente, si no hay sentencia). En este sentido el artículo 92 del Código Civil declara la pervivencia de las obligaciones de los padres para con sus hijos aún en los casos de separación, nulidad o divorcio.

A nadie se le oculta la especial dificultad de acometer, de común acuerdo, decisiones trascendentales acerca de su hijo por una pareja en estas circunstancias, con frecuencia bajo condiciones de crispación. Ha de ser de común acuerdo, sin embargo, mientras que no exista pronunciamiento judicial de atribución del ejercicio de la patria potestad en exclusiva para uno sólo de los cónyuges.

Se deriva de lo expuesto la obligación de los centros sanitarios de:

- 1.- Asegurarse de la identidad de quien solicite información que, respecto de un menor, se encuentre en poder del Sistema Sanitario que tiene obligación legal de preservar.
- 2.- Informar a ambos padres de la situación del menor, cuando sea preciso tomar alguna decisión al respecto, aún en caso de separación, nulidad o divorcio: salvo constancia de atribución de la patria potestad

en exclusiva a uno sólo de ellos (en cuyo caso será éste el interlocutor con el Sistema Sanitario).

3,. Existencia, en razón a lo antedicho, de una presunción (juris tantum) de ejercicio de patria potestad de quien solicita la información y acredita la condición de padre o madre del menor a quien se refiere dicha información. Es importante, por último destacar que la carga de la prueba, respecto de la carencia de la patria potestad, corresponde al Sistema Sanitario, pues aquella se presume.

Juan Siso Martín

E.Mail. juan.siso@salud.madrid.org

Madrid – Enero de 2004