APUNTES LEGALES PARA LA ATENCIÓN SANITARIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MENTAL INFANTO JUVENIL.

Fruto de la preocupación de los profesionales de la salud mental infanto juvenil, por los aspectos legales que afectan al ejercicio de sus funciones, en el año 2016 fue requerido del Servicio Jurídico del SESPA, informe relativo a la actuación legalmente procedente en relación con la atención a menores en el ámbito de la salud mental. Dicha consulta culmina con informe de fecha 14-06-2016 (Informe 39/2016), que genera en los profesionales la necesidad de profundizar en el conocimiento de las materias legales que afectan a su ejercicio profesional.

En este contexto la Coordinación de Salud Mental, recopila de las distintas áreas sanitarias una serie de dudas y supuestos concretos que se les presentaron en su práctica diaria, respecto de los cuales desconocían la actuación legalmente procedente. Se mostraron particularmente interesados en la normativa que afecta a los menores de edad. A la vista del cuestionario recabado, se articula a través de la Secretaría General del SESPA, la coordinación con el Servicio Jurídico con el fin de llevar a cabo un trabajo que sirviese de herramienta a los profesionales para guiarse en relación con los aspectos legales que afectan al ejercicio de sus funciones.

Como resultado de dicha colaboración, se elabora el presente documento, que tiene como propósito, orientar, ofrecer pautas legales y ayudar a los profesionales a la comprensión de la materia jurídica aplicada a su ámbito profesional. En este sentido, el documento no pretende dar solución, por ser ello imposible, a toda la casuística que existe en este ámbito. Se trata, por contra, de un instrumento de ayuda y consulta donde a través de supuestos concretos resueltos y de la exposición de la teoría general, se entienda la aplicación de esta, a aquella. De manera que cualquier supuesto que se presente pueda resolverse con la aplicación de las reglas jurídicas de carácter general que se han plasmado en el documento.

La sistemática utilizada varía en función de la naturaleza de las dudas planteadas, pudiendo referirse a cuestiones generales o casos particulares. Encontrándose estructurada por bloques que se pueden agrupar en torno a conceptos tales como:

1.- OBLIGACIONES DEL PERSONAL SANITARIO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

2.- ACCESO A LA INFORMACIÓN CLÍNICA DE MENORES.

3.- FORMA DE PROCEDER EN RELACIÓN CON LOS PADRES SEPARADOS.

4.- DERECHOS DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO SANITARIO: EN PARTICULAR: INFORMACIÓN, CAPACIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS.

5.- ACCESO A HISTORIA CLÍNICA DE MENORES Y CESIÓN DE DATOS.

6.-SECRETO MÉDICO E INTERVENCIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN INSTANCIAS JUDICIALES.

7.- TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.

8.-INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSIQUICO.

Deseando que el documento cumpla la función de ayuda con el que ha sido concebido, nada impide que si las circunstancias lo requieren pueda verse ampliado o complementado oportunamente.

En Oviedo, 15 de noviembre de 2018

SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
UNIDAD DE COORDINACIÓN

José Angel Arbesu Prieto
Responsable Unidad Coordinación Programa Marco Salud Mental

SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
DIRECCIÓN DE ATENCIÓN Y EVALUACIÓN SANITARIA

Victoria Játiva Quiroga
Directora de Atención y Evaluación Sanitaria

Coautoras:

Dª Belén Cuba Vila, Técnico de la Función Administrativa UCOSAM
Dª Elena Díaz García, Letrada del Servicio Jurídico del SESPA

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 1/2018: Si un menor relata haber sido víctima de abuso (sexual) en el pasado y sus progenitores no quieren denunciar ¿hay que respetar en todo caso la decisión de los tutores?, ¿hay alguna excepción?. Algunos de los menores que padecen estas situaciones sea en su círculo familiar, educativo o social, acuden a consulta y tratamiento en los centros sanitarios de la red de salud mental lastrando esta problemática. Antes de abordar el tema del maltrato, violencia y abuso sexual sobre menores, conviene comenzar por determinar cuándo estamos ante un menor de edad y por aludir al principio básico que preside la regulación de los derechos de los menores y que no es otro que el del interés superior del menor.

CUANDO HAY UN MENOR	INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
A los efectos civiles: 1.- La mayoría de edad empieza a los 18 años, tal como prevé el art. 12 de la Constitución Española (CE) y el art. 315 del Código Civil (CC). 2.- El menor de edad lo es hasta los 18 años de edad, sin perjuicio de la emancipación que puede alcanzarse a partir de los 16 años - arts. 319 y 320 CC -.	STS 47/2015, de 13 de febrero, se refiere a él como un *"interés prevalente del menor"*, *"la suma de distintos factores"*, *"el de un menor perfectamente individualizado con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible si ello le es beneficioso, no bastando el interés abstracto"*. Es todo aquello que le beneficia, entendido en el sentido mas amplio posible y no solo de orden material, también social, psicológico, moral, todo lo que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales. Y todo ello, mas allá de las preferencia personales de sus padres, tutores, guardadores, médicos o administraciones públicas. **CRITERIOS DE DETERMINACIÓN:** - La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. - La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

A los efectos sanitarios: 1.- La mayoría de edad médica se alcanza a los 16 años. 2.- Menor maduro es el legalmente menor de edad, de entre 12 y 16 años, con capacidad suficiente para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención que se le va a realizar, y por ende de involucrarse en la toma de decisiones que afecten a su salud.	- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. - La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. **CRITERIOS DE PONDERACIÓN:** **a)** La edad y madurez del menor. **b)** La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. **c)** El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. **d)** La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. **e)** La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. **f)** Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. **NOTAS ACLARATORIAS:** 1.- Los anteriores elementos de ponderación deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de

Y, a los efectos penales: 1.- El menor de edad es el mayor de 14 años y menor de 18 años que se sujetará al Código Penal (C.P.) 2.- El menor de 14 años se regirá por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 3.- La edad para consentir libremente la realización de actos sexuales se sitúa en los 16 años. 4.- En el caso de menores de 16 años se presume la falta de capacidad para consentir relaciones sexuales. 5.- No obstante, el C.P. en su art. 183 quater abre la puerta a la exoneración de responsabilidad cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez y consienta libremente un menor de 16 años. En estos casos el autor habrá de acreditar factores diferenciales que determinen que no hay una explotación de la vulnerabilidad del menor que implique una clara situación de abuso, por ejemplo: la madurez individual, no solo la edad cronológica sino también la acusada diferencia de edad, y otros factores singulares.	forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 2.- En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. 3.- En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. 4.- Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL A MENORES DE 16 AÑOS

- La distinción esencial entre el abuso y la agresión sexuales estriba en el empleo o no de violencia o intimidación:

a) El abuso sexual de menores comprende los actos que realiza cualquier persona, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento por parte de quien los sufre, que atenten contra su libertad sexual.
b) La agresión sexual comprende aquellos actos que realiza cualquier persona, con

violencia o intimidación que atenten contra la libertad sexual de la persona que sufre la agresión.

- Tanto si es una conducta de abuso sexual como si se trata de una conducta de agresión sexual la pena se agrava cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima o el hecho de padecer un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de 4 años.

- Asimismo se castiga, la conducta de hacer presenciar a un menor de 16 años - sin necesidad de intervención de las tecnologías de la información (TIC) - actos o abusos sexuales.

- La incorporación de las nuevas tecnologías a nuestra sociedad presenta también una vertiente como instrumento para la comisión de conductas delictivas. En este sentido se prevé el delito de embaucamiento a través de las TIC con fines sexuales, las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un menor de edad con el fin de preparar el terreno para cualesquiera actos de naturaleza sexual. Recuérdese que el consentimiento del menor excluye la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al mismo con las peculiaridades ya vistas respecto a acreditar esos factores diferenciales.

- También se castiga en el C.P. el acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a prostitución, explotación sexual y corrupción de menores.

- El legislador dirige una especial atención al castigo de la pornografía infantil, que podría definirse como aquel material de contenido sexual (pornográfico) en el que aparezcan menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, constituyendo conductas criminalizadas, entre otras, los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las TIC. Las penas se agravan cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona familiar, conviviente o no, encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, en atención al disvalor de la conductas que tantas veces se menciona por cuanto impregna el espíritu y realidad de ley respecto de este colectivo de personas.

¿EXISTE OBLIGACIÓN DE DENUNCIARLO?

- Existe un deber especial de denuncia para quienes por su profesión o función detecten

una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, que habrán de comunicarlo a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise (art. 13 LPJM).

- Es más, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 262 LECR) prevé esa obligación de denuncia para todos los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, que están obligados a denunciarlo inmediatamente al ministerio fiscal, al tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

¿HAY ALGUNA EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIARLO?

- La obligación legal de denunciar los hechos delictivos, especialmente cualificada cuando se trata de personal sanitario, no es disponible ni esta sometida al consentimiento y/o autorización de otros, en este caso, los representantes del menor.
- Se trata de una obligación del profesional y debe cumplir con ella. Máxime cuando tal negativa de los padres puede estar encubriendo situaciones de maltrato o violencia sobre los menores.
- En realidad no existe ninguna excepción a la obligación de denunciar si creemos que se ha cometido un delito y lo que el menor relata tiene desde el punto de vista profesional credibilidad.

SITUACIONES DE RIESGO

a) Qué se entiende por situación de riesgo en general:

Aquella en la que el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos, que no llega a la declaración de desamparo o tutela por ministerio de la ley, donde es precisa la intervención de la administración, sin tener que separarlo de su entorno familiar. Se establece que la intervención en esta situación corresponde a la administración, en coordinación con:

- Los centros escolares
- Los servicios sociales
- Los servicios sanitarios
- Las entidades colaboradoras

b) Se define como situación de riesgo en particular:

- La negativa de los progenitores o tutores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. Las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento del juez o ministerio fiscal, tales decisiones, a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.

- El riesgo prenatal respecto de la que la norma exige que los servicios de salud colaboren con la administración competente en la prevención, intervención y seguimiento de estas situaciones, notificando esta situación tanto a aquella como al ministerio fiscal. Tras el nacimiento se mantiene la intervención con el menor, para, si es necesario, se declare el desamparo.

EL DESAMPARO

Se considera en situación de desamparo a aquellos menores que sean objeto de:

- Malos tratos físicos graves
- Abusos sexuales
- Negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud.
- Un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo, u otras conductas adictivas, de manera reiterada por el menor, con el conocimiento, consentimiento o tolerancia de los progenitores.
- Perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.
- Riesgo para la salud mental del menor, debido al maltrato psicológico continuado, o la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas.
- Incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda.
- Inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, o cualquier otra explotación del menor.
- La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada al centro educativo, la permisividad o inducción al absentismo escolar.
- Cualquier otra situación gravemente perjudicial que traiga causa en el incumplimiento o inadecuado o imposible ejercicio de la patria potestad.

CONCLUSIÓN

- Existe una obligación general de denuncia, dado que toda persona que detecte una situación de maltrato, de riesgo o de desamparo de un menor, incluida la existencia de un menor no escolarizado o la inasistencia al centro de manera habitual y sin justificación, debe comunicarlo a la autoridad o a los agentes más próximos sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.
- Y esta obligación de denuncia es especialmente cualificada para aquellas personas que por su profesión y función detecten esas situaciones, y uno de estos ámbitos es el sanitario.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 2/2018: Sobre acceso a la información del menor. Historia clínica e informes clínicos respecto de menores de 16 años no emancipados de sus progenitores separados en régimen de custodia compartida.

Si uno de los progenitores solicita un informe clínico de su hijo, ¿es necesario informar al otro progenitor de la existencia de este informe y facilitarle una copia?. En algunos casos uno de los progenitores del menor solicita copia de la historia clínica de su hijo a través del Servicio de Atención al Usuario (SAU). ¿que documentos le facilita el SAU? y ¿deberá el SAU informar al clínico de la petición del progenitor y no enviar los documentos hasta que sean revisados por el clínico hasta que este oculte aquellos datos de la historia clínica que puedan representar un perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos y/o un perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración a la reserva de sus anotaciones subjetivas.?

La familia como construcción social está en continuo cambio, aumentan las situaciones de conflictos judicializados y ello afecta a los profesionales que atienden a menores.

PATRIA POTESTAD	GUARDA Y CUSTODIA
- Es el dato principal a tener en cuenta en la consulta. - Se refiere a la representación legal de los hijos. - Otorga derechos a los progenitores en temas de información sanitaria y deberes para con los hijos. - Ante una ruptura matrimonial, lo habitual es que ambos progenitores mantengan la patria potestad lo que deberá acreditarse con la sentencia o auto que apruebe el convenio regulador. - Es importante acreditarlo porque por resolución judicial el juez también puede acordar privar de la patria potestad a alguno de los progenitores lo que implica la pérdida de la representación legal del menor y con ello dejará de	- La guarda y custodia se centra en los aspectos de la convivencia ordinaria o habitual con los hijos. - Los jueces pueden atribuir la custodia a uno sólo de los progenitores o decidir que sea compartida. Y en algunos casos incluso otorgarla a un tercero, abuelos, otros familiares, tutor o institución a tal efecto. - Al concederla a uno de los progenitores, aquél que no tenga consigo de forma habitual a los hijos gozará del derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Es el régimen de visitas que puede ser: 1. Pactado por los progenitores. 2. Y, a falta de acuerdo el juez fijará un mínimos a favor del progenitor que no ostenta la custodia así como tiempo, modo y lugar para su ejercicio, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que lo aconsejen y si se incumplieran de forma grave o

tener acceso a los datos de su hijo sin el consentimiento del otro progenitor o autorización judicial.	reiterada los deberes impuestos por la resolución judicial.

DERECHO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS PROGENITORES

Efectuada la principal distinción entre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, ante la petición de los progenitores, separados o divorciados, de datos de salud acerca de un hijo menor:

- En toda situación, ordinaria o grave, los profesionales que se ocupan de los menores tienen la obligación de suministrar tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre sus hijos, si son ambos titulares de la patria potestad.

- Salvo que se solicite expresamente, la información proporcionada a uno de los progenitores es suficiente.

- Se presume que el progenitor va a cumplir con su deber de informar al otro dado que ambos son responsables en interés de los hijos de cuanto les afecte de forma relevante y tienen el deber de informarse entre sí, siempre que el conocimiento de la información no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía del menor en el momento en que la situación se produzca.

- Ese deber de información recíproca no es obligado en el caso de cuestiones médicas ordinarias, tales como revisiones, información banal, calendario de vacunación oficial, entre otros aspectos.

- Por lo tanto, si no lo solicitan expresamente no existe el deber de informar sistemáticamente a ambos progenitores ni de hacer informes por duplicado.

- Los profesionales tienen derecho a mantener fuera del conocimiento de los paciente sus anotaciones subjetivas, en los términos que se señalarán.

- No es lo mismo la información que la autorización para llevar a cabo cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica extraordinaria o grave, donde ambos progenitores deben intervenir necesariamente, con las puntualizaciones que en la cuestión planteada 3 de este documento se señalarán.

HISTORIA CLÍNICA Y SERVICIO DE ATENCIÓN AL USUARIO (SAU)

- Interesa partir de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula los usos de la historia clínica (HC).

En este sentido nos remitimos al documento ya publicado *"Recordatorio sobre accesos a la historia clínica."*

- El SESPA es quien ostenta los deberes de custodia y conservación de la HC en condiciones que garanticen la seguridad, integridad, confidencialidad y seguridad de las mismas.

- El servicio de atención al usuario o SAU (también denominado servicio de atención al paciente) de los hospitales y los servicios de atención e información al usuario en los centros de salud son los órganos encargados de facilitar la información que se solicite respecto de las historias clínicas cumpliendo una serie de requisitos y dentro de unos plazos preestablecidos.

- Esta obligación que corresponde al SAU resultaría de difícil cumplimiento si cada uno de los profesionales sanitarios pudiese hacer entrega de la HC de la forma que estimase más conveniente.

- Ahora bien, aunque no son los profesionales los que pueden hacer entrega de la HC eso no significa que no tengan un determinado control sobre el modo en que se hace entrega de esa información.

ANOTACIONES SUBJETIVAS EN LA HISTORIA CLINICA

- La HC se compone de datos objetivos, clínicos y también de datos que consisten en impresiones, comentarios, hipótesis no contrastadas o sospechas de hechos, de comportamientos, de incumplimientos terapéuticos, etc, tan frecuentes en las distintas fases del tratamiento, que se engloban bajo la común denominación de anotaciones subjetivas.

- Las anotaciones subjetivas no son anotaciones privadas en el sentido de que sean de conocimiento exclusivo de uno mismo.

- Constituyen campos reservados a los que no tiene acceso el paciente ni sus representantes legales, salvo que consienta su consulta, pero a las que sí tienen acceso otros profesionales sanitarios.

- Los profesionales sanitarios, entre otros derechos, tienen el derecho a oponerse a la entrega de sus anotaciones subjetivas.

- Con independencia de cómo se haya establecido en cada área sanitaria el procedimiento para garantizar a los profesionales el ejercicio de reserva respecto de sus anotaciones subjetivas, lo idóneo y operativo es hacer uso del campo reservado a este tipo de anotaciones para que el SAU cuando haga las entregas de las historias a los pacientes no tenga la necesidad de consultar con los profesionales implicados para que identifiquen de entre los documentos de la historia cuáles consideran que son anotaciones subjetivas y por tanto deben excluirse del conocimiento del paciente.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 3/2018: En este bloque de cuestiones se plantean una serie de preguntas relacionadas con el ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos en los casos de separación o divorcio, en los supuestos de **intervención sobre los menores en el ámbito de la salud.**

Si en la cuestión planteada 2 se daban la claves para distinguir estos conceptos - patria potestad, guarda y custodia - ahora para ofrecer una adecuada respuesta a las preguntas que se engloban en esta cuestión debe partirse de una breve referencia a las normas que establecen las pautas jurídicas generales y necesarias para resolver tanto los supuestos planteados como otros que pudieran presentarse.

MENORES Y SALUD: PUNTO DE PARTIDA JURÍDICO GENERAL

REGLA GENERAL: La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, tal como establece el art. 92.1 del Código Civil.

OBLIGACIONES DE LOS PROGENITORES: La máxima expresión de estas obligaciones es la titularidad y ejercicio de la patria potestad, cuyo contenido se define en el art. 154 del Código Civil:

«Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.
La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.
Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

Es obvio que el cuidado de la salud de los menores forma parte del núcleo irreducible de la patria potestad. Si bien, en los casos de separación, nulidad o divorcio, en la sentencia el Juez podrá acordar la privación de la patria potestad o que esta sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, tal comos señalan los apartados 3 y 4 del art. 92 del Código Civil. Por lo tanto, en estos supuestos SERÁ NECESARIO COMPROBAR LO QUE DISPONGA LA SENTENCIA.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: Se regula en el art. 156 del Código Civil:

«La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

MENORES Y SALUD: CONCLUSIONES MARCO JURÍDICO

1.- Como regla general, se suele acordar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, la guarda y custodia se atribuye a uno de los cónyuges o a ambos. Esto último procederá cuando medie acuerdo entre los cónyuges o así lo decida el juez si estima que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, según resulta del art. 92 apartados 5 y 8 del Código Civil.

2.- En cualquier caso, para los padres separados la guardia y custodia del menor nunca será simultánea: cuando esté atribuida a un solo progenitor, este no la tendrá en el tiempo de las

visitas que correspondan al otro; y si se ha establecido una guarda y custodia compartida su ejercicio se dividirá en función de los periodos que correspondan a cada progenitor.

3.- Esta circunstancia permite diferenciar el ejercicio ordinario de la patria potestad del extraordinario. El primero corresponderá al progenitor custodio (que es tanto el que ostenta la guardia y custodia, como el que tiene al menor en régimen de visita) quien podrá decidir, por sí solo, sobre las cuestiones cotidianas que afecten a la vida del menor y no tengan mayor trascendencia. También en relación a las que sean urgentes y no admitan ninguna dilación.

4.- El ejercicio extraordinario de la patria potestad corresponderá a ambos progenitores, con independencia de quien tenga atribuida la guarda y custodia de los menores o de quién la este ejerciendo en un momento concreto, salvo que por sentencia judicial se haya privado a alguno de ellos de la patria potestad o se hayan distribuido las funciones entre los cónyuges. Forma parte del ejercicio extraordinario de la patria potestad, en lo que aquí interesa, los tratamientos médicos no banales, los urgentes y los tratamientos psicológicos.

5.- No es el facultativo el que tiene la obligación legal de informar al progenitor no solicitante sobre la petición de consulta que haya recibido, puesto que no podrá darle curso hasta que no cuente con el consentimiento conjunto de ambos progenitores. Si bien, si lo estima conveniente en atención al interés del menor podrá ponerse en contacto con él para recabar o asegurarse que ha prestado el consentimiento a la asistencia del hijo menor.

6.- No obstante, debe tenerse en cuenta la excepción que se establece en el penúltimopárrafo del artículo 156 del Código Civil según el cual la patria potestad podrá ser ejercida por uno solo de los progenitores, en defecto, por ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro. Si bien, estas circunstancias deberán ser acreditadas fehacientemente por el progenitor y documentarse en la historia clínica. Y en todo caso, si la intervención fuese clínicamente urgente, de modo que no admita demora, será válida la actuación de uno solo de los progenitores.

7.- El progenitor no solicitante puede negarse a la intervención sanitaria (diagnóstica o terapéutica) consentida por el otro. Ante la discrepancia, cualquiera de los progenitores podrá dirigirse al juez para que este, tras oírles a ellos y al hijo si tuviera suficiente madurez —siempre si es mayor de doce años— atribuya la facultad de decidir a uno de los dos progenitores.

8.- En todo caso, si el profesional sanitario considera que resulta necesaria la intervención clínica para proteger el interés del menor, podrá ponerlo en conocimiento del juez de primera instancia del domicilio o residencia del menor, o del ministerio fiscal, para que puedan adoptarse las medidas de protección de acuerdo con el art. 158 del Código Civil.

9.- La reciente modificación operada por el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de mediadas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, introduce una importante previsión, en materia de consentimiento para la atención y asistencia psicológica. De manera que, en los casos en que se halla iniciado procedimiento penal, o condenado penalmente a uno de los progenitores por delitos de atentado contra la vida, la

integridad física, la libertad la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de sus hijos comunes menores de edad, o contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste, en todo caso, debe informarse previamente al otro progenitor. Si se trata de mayores de 16 se precisa en todo caso el consentimiento expreso de estos.

¿Es responsabilidad del pediatra y/o médico de Atención Primaria solicitar el consentimiento expreso del progenitor no solicitante (PNS) antes de derivar al menor mediante una interconsulta?

Se trata de un asunto de organización interna y es opinable pero parece que dado que la mera derivación no implica la intervención sobre el menor, ni siquiera la evaluación para determinar si necesita tal intervención, sean los profesionales de salud mental, que van a llevar a cabo la evolución, y en su caso, intervención, los que procedan a recabar el consentimiento. Ahora bien, el consentimiento a recabar será el del progenitor solicitante, dado que obtener el del no solicitante, es competencia del primero, en los términos que hemos señalado en los antecedentes a esta contestación. Lo que no se puede es iniciar ninguna intervención sin contar con el consentimiento de ambos.

En caso que el menor ya hubiese sido derivado al centro de salud mental, ¿se puede demorar la realización de la 1ª consulta con el clínico sine die hasta que se reciba consentimiento del PNS?

Como ya se ha señalado anteriormente se debe contar con el consentimiento de ambos progenitores, salvo en los supuestos de inicio de procedimiento penal o condena de unos de los progenitores, previsto en el artículo 156, pero en principio la responsabilidad sobre el cumplimiento de esta obligación pesa sobre el progenitor que lo solicita, que debe ponerse de acuerdo con el otro progenitor para obtener dicho consentimiento. Y en su defecto acudir a la Juez competente para que determine lo que proceda en interés del menor. El profesional, también en interés del menor, y si la clínica lo demanda puede accionar el mecanismo judicial, pero en principio se trata de una cuestión privada que deben resolver los padres.

En caso que el PNS se niegue a consentir que su hijo sea evaluado, ¿se podrá sostener una entrevista con el progenitor solicitante (PS) sin el menor para evaluar si el menor se puede encontrar en un supuesto de urgente necesidad?

Se entiende que sí, pues se trata de una actuación en interés del menor.

¿Se puede delegar en el PS el deber de informar al PNS y advertir que en caso de ausencia o rechazo del consentimiento no se iniciará la evaluación?

No solo se puede sino que es lo que se debe hacer.

¿Qué ocurre si uno de los progenitores y titular de la patria potestad en un determinado momento se niega a que un profesional determinado siga tratando a su hijo y pide un cambio, ¿se avisa al otro progenitor?, ¿se obtiene un nuevo consentimiento, expreso o tácito?
Se trata de una decisión con repercusión sobre el tratamiento del menor para lo que se debería obtener nuevo consentimiento expreso recayendo de nuevo la obligación de obtenerlo en el progenitor solicitante.
En caso que esté vigente una orden de alejamiento entre progenitores o uno de ellos se encuentre ingresado en prisión, ¿hasta dónde tiene que encargarse el equipo del CSMIJ para contactar con el PNS?
En este caso podemos considerar que nos encontramos ante el supuesto que se apuntaba en el punto de partida jurídico general al referirse al ejercicio de la patria potestad, previsto en el párrafo cuarto del artículo 156 del Código Civil: *"En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro."* Con las salvedades introducidas por el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en aquel artículo. Por tanto se dejaría en manos del progenitor no custodio el eventual contacto con el otro progenitor "ausente", sin que los profesionales deban llevar a cabo ninguna labor de búsqueda de dicho progenitor.
En aquellos casos que la dinámica relacional entre progenitores sea un factor de riesgo de sufrimiento psíquico del menor y el PNS se negase expresamente a la evaluación, ¿en que supuestos se puede justificar la comunicación al juez y/o fiscal para adoptar las medidas necesaria para salvaguardar del interés del menor?
Siguiendo las pautas que hemos visto en relación con la definición y aplicación legal del concepto de interés del menor, podría comunicarse siempre que este interés se vea afectado por esa dinámica relacional.
Si en el momento de advertir al PS de la necesidad de consentimiento del otro progenitor, este nos advierte de los riesgos que puede suponer para el menor la reacción del PNS, ¿se puede justificar la evaluación del menor sin conocimiento ni consentimiento del PNS para salvaguardar el interés superior del menor?
Si va a existir un riesgo para el menor por la reacción del progenitor no solicitante, ante una solicitud de asistencia sanitaria, probablemente estamos ante un supuesto en que debemos proteger el interés del menor, de manera que, bien el otro progenitor o nosotros excepcionalmente, promoveremos la autorización judicial que corresponda. Pero la mera manifestación de un progenitor de la hipótesis de que la solicitud del consentimiento va a llevar consigo un riesgo para el menor, no justifica que podamos prescindir de dicho consentimiento.

Varón de 5 años, padres separados, vive con la madre. Niño atendido en una ocasión en una primera consulta (julio 2016), en la que se avisa a la madre de la obligación de contactar con el padre, por lo que la siguiente consulta se le da al niño cuando está de vacaciones con el padre (agosto 2016) para que pueda acompañarlo, ampliar la información y hacerle partícipe de la intervención. No acude a la cita. Se da nueva cita en octubre, pero no acude. Se le llama por teléfono (oct 2016) y y dice que no entiende el motivo de la consulta y que ve al niño bien y que el problema es que con la madre no hay normas. Pide informe a través del atención al usuario (nov 2016) y respuesta por escrito. En febrero de 2017 el facultativo recibe de la comisión deontológica del colegio de médicos por carta certificada requerimiento solicitando información y alegaciones de los hechos que el progenitor denuncia en el referido colegio por posible falta de consentimiento.
En este supuesto concreto parece que se ha actuado correctamente al no iniciar la intervención hasta contar con la autorización de ambos padres, haciendo recaer en la madre la obligación de obtenerla. Parece que la madre hizo dejación de sus funciones en este particular, y el padre no lleva al niño a consulta a su criterio. No hubo consentimiento ni intervención con el menor, imagino que se contestaría al colegio en tal sentido tras la denuncia del padre. Siempre existen posibilidades de disconformidad con respecto a nuestro trabajo pero con independencia de que el padre presentase una denuncia la actuación fue la correcta.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 4/2018: Sobre la valoración de la madurez del menor. Sobre el derecho a ser escuchado de los menores de entre 12 y 16 años no emancipados de sus padres separados en régimen de custodia compartida. Y, la edad relevante a efectos de la protección de datos.

- En caso que el menor pidiese ser escuchado por el clínico de salud mental en contra de la decisión del PNS, ¿cómo se podrá evaluar la madurez del menor, requisito fundamental para tener derecho a ser escuchado de acuerdo a la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor?.

- En caso que el menor pidiese ser escuchado por el clínico de salud mental sin el conocimiento del PNS, ¿se puede sostener una entrevista de evaluación, en estos casos, considerado como parte del ejercicio extraordinario de la patria potestad?.

Las preguntas que se plantean en este bloque están relacionadas con los derechos de los menores en el ámbito sanitario, para lo que haremos referencia a su capacidad de obrar En primer término se distinguirá la capacidad jurídica de la capacidad de obrar. Se analizará también el consentimiento por representación, cuando y en qué condiciones debe este otorgarse; así como a otra edad de interés, la relevante a los efectos de la protección de datos.

¿QUÉ ES LA CAPACIDAD JURÍDICA?	¿QUÉ ES LA CAPACIDAD DE OBRAR ?
- Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, va unida a la personalidad. - De tal forma que, todas las personas tienen capacidad jurídica. - Pero, no todas las personas pueden ejercitar esos derechos de la misma manera.	- La capacidad de obrar determina la eficacia de los actos realizados por una persona y está vinculada a las condiciones que deben concurrir en ella para poder ejercitar tales derechos por sí misma. - Entre las causas por las que puede verse limitada la capacidad de obrar está la minoría de edad. - Los menores de edad no pueden realizar todos los actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse este defecto de capacidad de obrar mediante la patria potestad o a otras instituciones de apoyo de la capacidad como pudiera ser la tutela.

RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL	QUÉ DICE LA LEGISLACIÓN SANITARIA
- La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre: a) en interés de los hijos, b) de acuerdo con su personalidad, c) y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. - La responsabilidad parental no puede convertirse en una fuente incesante de problemas que cronifique la judicialización de la vida de los progenitores e incida negativamente en la estabilidad del menor. - Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. - Se exceptúan: • **1.º** Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. OBSERVACIONES: • Los derechos de la personalidad son, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la seguridad y a la libertad, al honor e intimidad personal y familiar y propia imagen. • Y, menor maduro es: a) El legalmente menor de edad, de entre 12 y 16 años.	- La mayoría de edad médica se alcanza a los 16 años. Como excepciones la de la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida que: *"se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación."* - Para los menores con edades comprendidas entre los 12 y 16 años, es necesario establecer el grado de madurez en cada caso individual. - La valoración de la madurez recae en el juicio del facultativo sanitario. - La valoración de la madurez es un juicio clínico. - Tal es así que cuando un juez necesita aclarar estos extremos se vale del peritaje de expertos, normalmente médicos o psiquiatras forenses. - No existen criterios jurídicos para determinar las condiciones de madurez de un menor, queda en manos de la evaluación del facultativo. - Aún cuando el contexto de la psiquiatría se maneje en situaciones transitorias, con lo subjetivo, prudencial y probabilísto que ello comporta, lo importante es asegurarse de que se ha realizado al menor algún tipo de examen de madurez. - Criterios orientativos para la consideración de madurez del menor, a modo de ejemplo: • Que el menor posea una serie de aptitudes cognitivas que le permitan entender la

b) Con capacidad suficiente para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención que se le va a realizar. c) Y, por ende de involucrarse en la toma de decisiones que afecten a su salud. • **2.º** Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162 C.C.) - Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Este derecho se analiza con más detalle a continuación. - Casuística: 1.- Cómo valorar la madurez si el PNS se niega. No se valorará. Se necesita el consentimiento de los progenitores. 2.- Cómo valorar la madurez si el PNS no tiene conocimiento. Es responsabilidad de los progenitores informarse el uno al otro de cuanto afecte a la salud de sus hijos. Ahora bien, si el PNS acude a los profesionales sanitarios para manifestar expresamente esta circunstancia - que no conocía y que no está de acuerdo - , los progenitores deben acudir a instancias judiciales lo que implicará un STOP en cuanto al tratamiento hasta que se resuelva judicialmente el conflicto, salvo que por ello resulte grave perjuicio para la salud de menor en cuyo caso se pueden accionar los mecanismos oportunos ante la Fiscalía de Menores.	información que le proporciona el médico y la situación en que se encuentra. • Que el menor posea una serie de aptitudes volitivas y afectivas que le permitan valorar y gestionar adecuadamente la información. • Que el menor posea una serie de aptitudes afectivas que le permitan gestionar debidamente la información. • Que dé motivos razonables que fundamentan su decisión. • Que sepa ponderar los riesgos y beneficios de las diferentes opciones. - En materia de derechos de los menores, hay que tener en cuenta la figura del ministerio fiscal que puede intervenir en defensa de los derechos del menor cuando exista conflicto incluso con los intereses de sus padres, tutores o guardadores.

DERECHOS DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL DERECHO A SER OÍDO. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

- Es incuestionable que TODOS los menores de edad tienen derecho a ser oídos. Así lo prevé el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM): *"El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias."*

- Debido a que la capacidad sanitaria depende del grado de madurez no se determina el alcance o el valor jurídico que tiene su opinión, por lo que para ello habrá de estarse al régimen legal del consentimiento por representación, regulado en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de documentación e información clínica (LBAP):

1. Cuando nos encontremos ante menores maduros, de entre 12 y 16 años, capaces de comprender intelectual y emocionalmente el alcance del tratamiento o de la intervención, o ante mayores de 16 años no emancipados, habrá de estarse a lo que decidan ellos mismos. Su consentimiento libre y consciente es válido y suficiente excepto en el caso en que nos encontremos ante intervenciones o tratamientos en una situación que la ley denomina de grave riesgo para la vida o la salud del propio menor a juicio del facultativo que lo atiende, en cuyo caso la decisión corresponderá a los representantes legales con independencia de que éste se oído y tenida en cuenta su opinión.

2. Cuando estemos ante un menor no maduro o ante un menor mayor de 16 años, que no fuesen capaces ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance del tratamiento o de la intervención, no nos encontraríamos ante un menor con capacidad para adoptar decisiones en el ámbito sanitario y habría que solicitar el consentimiento de los progenitores, una vez oído el menor.

3. Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia también habrá que solicitar el consentimiento por representación.

- Pese a lo anterior, ESCUCHAR la opinión del menor puede ser un elemento muy importante por sí solo. Puede ayudar a detectar si nos encontramos ante un supuesto en que la decisión de los representantes legales no atienda al mayor beneficio para la vida o salud mental del paciente, en cuyo caso puede ponerse el asunto en conocimiento de la autoridad judicial, en los términos previstos en la norma, si las circunstancias lo permiten o si lo hacen actuar en beneficio del paciente amparándose en el cumplimiento de un deber o estado de necesidad.

SINGULARIDADES DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

- Aunque siempre que sea posible el paciente participará en la toma de decisiones hay situaciones, como se ha visto, en que su voluntad va a complementarse porque o bien es dada por un tercero - por ejemplo, en el caso de la capacidad judicialmente modificada - o bien simplemente ha sido oído y escuchado. Se trata de salvaguardar el cumplimiento de las obligaciones legales en coherencia con la realidad clínica y la posición de garante del facultativo respecto de la salud e integridad del paciente, que nos trae hasta aquí.
- Cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, que es en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del art. 9 LBAP:

    a) La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender.

    b) La decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal.

- Aquellas decisiones o consentimientos dados por representación que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del ministerio fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que concurran razones de urgencia, tal como se detalla a continuación.

INTERVENCIÓN DE LOS FACULTATIVOS SIN NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO

- Con independencia de la madurez y/o de la edad del paciente, hay una serie de supuestos en los que los facultativos están habilitados para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento. Esos casos son:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley.

En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo

permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

EDAD RELEVANTE EN MATERIA PROTECCIÓN DE DATOS

- El consentimiento informado sanitario no es lo mismo que el consentimiento a los efectos de protección de datos.

- El consentimiento expreso, inequívoco y específico propio de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) se refiere a la habilitación necesaria para el acceso, el tratamiento o la cesión de datos de salud del paciente, menor de edad, en este caso.

- Respecto de la información que ha de facilitarse para la validez del consentimiento para el tratamiento de esos datos, el artículo 12.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD (RLOPD) se refiere de forma cumulativa a la finalidad concreta y el tipo de actividad del cesionario, en los siguientes términos:

"Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo."

- ¿Cuál es la edad clave?. La edad del menor comienza a ser relevante a los efectos de protección de datos a partir de los 14 años.

- El artículo 13 del RLOPD de desarrollo de la LOPD, estipula que:

"Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en lo que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores."

- El menor de edad podría ejercer el derecho de acceso a sus datos de salud a partir de los 14 años, sin necesidad de consentimiento de sus progenitores.

- Al respecto de la edad, véanse los Informes de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) nº 525/2009 y 222/2014.

- Ahora bien, el derecho de acceso de los menores, lo es sin perjuicio de que también los padres que ostentan la patria potestad puedan acceder a esos datos en el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, de manera que no sería oponible a este acceso la mera voluntad del menor sometido a la patria potestad.

- Con independencia de la regla general de consentimiento inequívoco para el tratamiento de datos de carácter personal que prevé artículo 6.1 de la LOPD, el apartado 2 de este mismo precepto dispone que no será preciso el consentimiento cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7.6 de la misma ley que alude al *"interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento."*

- Asimismo, podrán ser objeto de tratamiento, sin consentimiento, los datos de carácter personal concernientes a la salud cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta a una obligación equivalente de secreto. Subyace, en estos casos, la prevalencia del derecho a la vida sobre el derecho a la intimidad o a la protección de datos personales con el fin de proporcionar servicios de salud preventivos, de diagnóstico, terapéuticos o de convalecencia y a los efectos de gestión - tales como la planificación o las estadísticas - de estos servicios.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 5/2018: En relación con la cesión de datos a otros profesionales de servicios sociales o de educación, lo que se viene denominando coordinación entre profesionales o bien la cesión de datos de profesionales de la red pública a profesionales privados, normalmente psicólogos:

- ¿Bastaría hacer constar en la historia clínica que los padres consienten verbalmente y una sola vez al inicio del proceso asistencial para la realización de futuras coordinaciones?.
- ¿Necesita consentimiento expreso?.
- ¿A quién dar información y por qué vía?.
- Otro ejemplo en esta línea que empieza a suceder que la unidad de policía judicial, su departamento de mujer y familia, se persone en el centro de salud mental para recabar información de un determinado menor; en fin, situaciones nuevas que demandan respuestas.

DATOS DE SALUD EN GENERAL	DATOS DE SALUD DE MENORES
• Artículo 7 LOPD, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD): los datos de salud merecen la calificación de especialmente protegidos. • Artículo 4.15 RLOPD, Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, afina un poco más en la definición datos relativos a la salud:	• En 2015 se produjo una reforma de calado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) a través de estas leyes: – Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. – Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La redacción de LOPJM con arreglo a las modificaciones introducidas a través de estas dos leyes se efectuó con el fin de: - Hacer primar la protección integral de los menores sobre el derecho fundamental a la protección de datos.

"datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud." NOTA: Este reglamento de 2016, en vigor desde el 28 de mayo de 2018, deroga la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (el hasta ahora reglamento general de protección de datos).	• Tres son los destinatarios de esta habilitación para tratar sin consentimiento del interesado sus datos de carácter personal: 1.- Los centros escolares. 2.- Los servicios sanitarios. 3.- Y, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías Autonómicas o Locales.

CONSENTIMIENTO

- El Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, viene a ofrecer un mayor detalle y garantías a este respecto.

- El consentimiento tiene que reflejar una manifestación de voluntad:

1. **LIBRE.** Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento
2. **ESPECÍFICA.** El silencio o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse específicamente para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines; y si tuviese varios para todos ellos.
3. **INFORMADA,** para evitar un desequilibro claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública.
4. **E, INEQUÍVOCA** del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal. Lo inequívoco va desde marcar una casilla de un sitio web en internet, a escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales.

- En conclusión, el consentimiento puede consistir en:

    - Una declaración por escrito.
    - Un acto de voluntad expreso o afirmativo claro, no necesariamente escrito pero del que debe quedar SIEMPRE constancia en la historia clínica.

- Bastaría que se diese al principio del tratamiento para todas las actividades del mismo o con los mismos fines.

A continuación se verá cómo se ha de materializar el consentimiento en función de si nos movemos en el ámbito público o privado.

CESIÓN DE DATOS ENTRE PROFESIONALES DE LA RED PÚBLICA

1. *Entre los profesionales de la red con la cesión de datos a otros profesionales de la red pública de servicios sociales o educación, lo que se viene denominando coordinación entre profesionales, se comunicarán los datos precisos para el tratamiento de forma que garantice la seguridad de los datos.*

2. *Ahora bien, este tratamiento de datos sin consentimiento del interesado es excepcional y la ley lo ampara para los fines y condiciones que prevé de manera que cualquier actuación que se desvié de ella puede constituir delito.*

3. *Con arreglo al artículo 22 quáter de la LPJM:*

*"**1.** [...] las Administraciones Públicas competentes podrán proceder, sin el consentimiento del interesado, a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social.*
Los profesionales, las Entidades Públicas y privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Administraciones Públicas los informes y antecedentes sobre los menores, sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, que les sean requeridos por ser necesarios para este fin, sin precisar del consentimiento del afectado.
***2.** Las entidades a las que se refiere el artículo 13 podrán tratar sin consentimiento del interesado la información que resulte imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho precepto con la única finalidad de poner dichos datos en conocimiento de las Administraciones Públicas competentes o del Ministerio Fiscal.*
***3.** Los datos recabados por las Administraciones Públicas podrán utilizarse única y exclusivamente para la adopción de las medidas de protección establecidas en la presente ley, atendiendo en todo caso a la garantía del interés superior del menor y sólo podrán ser comunicados a las Administraciones Públicas que hubieran de adoptar las resoluciones correspondientes, al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales.*
***4.** Los datos podrán ser igualmente cedidos sin consentimiento del interesado al Ministerio Fiscal, que los tratará para el ejercicio de las funciones establecidas en esta ley y en la normativa que le es aplicable.*
***5.** En todo caso, el tratamiento de los mencionados datos quedará sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposición de desarrollo, siendo exigible la implantación de las medidas de seguridad de nivel alto previstas en dicha normativa."*

4. Las entidades naturalmente competentes para la recepción de los datos personales de menores de edad son:

4.1.- Los Servicios Sociales dependientes de las Administraciones Locales.

4.2.- Los Servicios de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas.

5. Si bien funcionalmente ese ámbito subjetivo se ve ampliado por el artículo 13 de la LOPJM que permite tratar los datos de carácter personal del interesado sin su consentimiento a tres grupos de destinatarios, dos de los cuales se detallan a continuación:

5.1.- Los centros escolares.

5.2.- Los servicios sanitarios, a través de los facultativos que detecten hechos que pudieran constituir no solo maltrato sino también delitos contra la indemnidad sexuales y en general cualquier incumplimiento de los deberes de atención a menores o hechos que perjudiquen su integridad física o psicológica.

6. Cuándo:

   - Cuando por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor.

   - La situación de riesgo se define por el artículo 17 de la LOPJM de forma imprecisa abarcando un abanico de información casi imposible de delimitar: "*aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan*"

   - Se considera en situación de desamparo, con arreglo al artículo 18 de la LOPJM *"la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material."*

   - El tratamiento sin su consentimiento incluye también los supuestos en que se detecten hechos que puedan constituir delitos contra la indemnidad y libertad sexuales.

   - Y, en general cualquier situación incumplimiento de los deberes de atención a menores o hechos que se estime perjudiquen su integridad física o psicológica.

7. Qué información y para qué:
    - La información que resulte imprescindible con la única finalidad de poner dichos datos en conocimiento de las Administraciones Públicas competentes o del Ministerio Fiscal, en aplicación del artículo 22 quater de la LPJM.
8. Con qué fin último:
    - Con el fin último de prevenir, detectar, reparar situaciones de riesgo, de salvaguardar el adecuado ejercicio de la guarda y la asunción de tutela de menores en desamparo.

CESION DE DATOS A LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Además de los centros educativos y sanitarios, el tercer grupo de destinatarios a los que la LPJM permite tratar los datos de carácter personal del interesado son:

- Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías Autonómicas o Locales, y dentro de ellos se encuentran las Unidades de Policía Judicial correspondientes.

1. En relación con ellas debemos mencionar que la reciente Instrucción nº 1/2017, de 24 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior), por la que se aprueba el *"Protocolo de Actuación Policial con Menores"*, que define los conceptos de riesgo y desamparo de forma no coincidente con los de la LOPJM y así, respecto al primero de ellos, establece en su art. 8.1.2. que a los solos efectos de actuación policial, se entiende "*que un menor está en aparente situación de riesgo cuando al ser detectado o tener conocimiento los agentes de policía, existen indicios racionales de peligro, inminente o no, a su integridad física, psíquica o moral, debiendo valorar su edad, estado y las circunstancias del entorno en casos de absentismo escolar, posible fuga domiciliaria, consumo de alcohol o estupefacientes, mendicidad voluntaria u obligada, vagabundeo y otras situaciones de desvalimiento*".

2. La cesión a las Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado estaría amparada por la investigación policial, para lo que el art. 16.3. de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP) únicamente exceptúa de la obligación de preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los clínico asistenciales (cuando se trate del acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia), en los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico asistenciales.

CESIÓN DE DATOS AL ÁMBITO PRIVADO

- Para que pueda operar la cesión de datos del interesado menor de edad desde la red pública a cualquier profesional de la red privada - normalmente psiquiatras o psicólogos - ha de existir un CONSENTIMIENTO EXPRESO.
- PARA QUE ESE CONSENTIMIENTO EXPRESO TENGA VALIDEZ debe hacerse constar en la historia clínica que se consiente la cesión a un profesional determinado, es decir, la identificación concreta del profesional privado para el que el progenitor/representante legal del hijo consiente esa cesión de datos personales. Es imprescindible.
- La vía de comunicación de esos datos ha de garantizar la seguridad de los mismos.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 6/2018: El secreto profesional y la intervención de los profesionales sanitarios en instancias judiciales.

SECRETO PROFESIONAL	SECRETO MEDICO
Es el secreto que se conoce o al que se tiene acceso por razón de una relación profesional del que deriva el deber de sigilo y reserva que se traduce en: • La obligación de mantener ocultos los datos y hechos que el profesional conoce en el ejercicio de su profesión • La obligación de no divulgar las confidencias que recibe por los servicios prestados en el ejercicio de la profesión.	Es una modalidad del secreto profesional cuya importancia está no tanto en la eficacia y eficiencia de la actividad sanitaria sino en dos derechos: • A la intimidad del paciente como derecho fundamental (artículo 18 CE), y • A la confidencialidad de sus datos de salud (artículo 10 LGS). Estos derechos no son absolutos, ceden en casos concretos: • Y se permite la aportación de dicha información al proceso, en unos casos debido a un imperativo legal, en otros mediando la autorización expresa del paciente o, finalmente, cuando la autoridad judicial, ponderando los intereses en conflicto acuerda motivadamente la necesidad de incorporar documentación clínica al proceso que se inicia o se encuentra en curso.

CONFLICTO entre ética personal/profesional y legalidad, pugna entre el deber de secreto profesional y el **DEBER DE COLABORACIÓN con la ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** (artículo 118 CE):

- Existe una obligación jurídica reforzada de denuncia (parte de lesiones) para los que por razón de su cargo, profesión u oficio tuvieren noticia de algún delito (artículo 262 LECR) más allá de la obligación genérica de denuncia para todo ciudadano (artículo 259 LECR).

- Y, en los procesos médico-legales cuando es citado judicialmente. El profesional

sanitario puede llegar a instancias judiciales ante diversas jurisdicciones y a petición propiamente judicial o ser consecuencia de una petición de las partes implicadas que buscan la aportación de datos.

- ¿Qué hay que saber de las citaciones judiciales?:
  - Las citaciones judiciales son órdenes de obligado cumplimiento.
  - Recibida la citación el profesional tiene la inexcusable obligación de asistir cualquiera que sea la jurisdicción a la que se le llame – civil, penal, contenciosa o laboral – so pena de obstrucción a la justicia.
  - Esa cédula de citación viene firmada por el Letrado de la Administración de Justicia (antiguo Secretario Judicial), y contiene una serie de elementos a apreciar:
    a) La identificación del profesional por sí o a través del puesto en la institución para la desempeña su trabajo.
    b) El día, hora y lugar de citación y comparecencia ante la instancia judicial que se señale.
    c) El apercibimiento de inasistencia y sanción económica aparejada si no acude a declarar sin motivo fehaciente o acreditado.
    d) Y, la calidad de intervención del facultativo en dicho proceso, que está íntimamente relacionada con la prueba y sus distintos medios en derecho: la prueba pericial y subsiguiente intervención en calidad de perito, la prueba testifical y correlativa intervención en calidad de testigo; y la prueba mediante la figura del testigo-perito y consiguiente intervención en esa calidad.

EL PROFESIONAL SANITARIO EN CALIDAD DE PERITO

¿En qué consiste la prueba pericial?

En acreditar extremos o demostrar afirmaciones sobre los puntos litigiosos que se relacionan con su especialidad, saber o experiencia y para las que jueces y magistrados necesitan asesoramiento técnico/sanitario con el fin de que se exponga el resultado de ese análisis técnico mediante informe o dictamen pericial.

¿Qué principios rigen su intervención juicio?

- Deberá prestar juramento o promesa de decir verdad.
- Debe manifestar que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible.
- Y que lo hace y hará tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Asimismo, referirá conocer las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

¿Qué es la abstención, la recusación y la tacha? La falta de objetividad e imparcialidad se corrige a través de estas figuras jurídicas: la abstención, la recusación y la tacha. Las causas de abstención (artículo 219 LOPJ) recusación y tacha de los peritos son las que ponen en tela de juicio esa imparcialidad (artículos 105, 124 y 343 LEC). Así, por ejemplo, son causas de recusación de los peritos:

1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.

2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.

3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Solo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente. En cambio, los no designados judicialmente - los peritos no recusables - podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes y dentro del segundo grado de sus abogados o procuradores.

2.º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

3.º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.

4.º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.

5.º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional

¿Cómo actúan las incompatibilidades?

Deontológicamente no puede realizarse una labor asistencial y pericial respecto de un mismo paciente, debe tenerse presente el marco jurídico acerca de las incompatiblidades y el específico de su puesto de trabajo - Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás concordante de aplicación así como por las normas específicas previstas en la Ley 55/2003, de 17 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

¿Cómo llega al proceso judicial?

- Pericial de parte con perito designado por las partes: en ella de forma libre y directa las partes designan al perito que desean e incorporan al proceso el dictamen que emita al inicio con la demanda o con la contestación, en su caso.
- Pericial de parte con perito designado por el juzgado/tribunal: a falta de acuerdo entre las partes sobre la persona o entidad que realizará la pericia se hará por sorteo y a partir de la primera designación de cada especialidad por lista corrida u orden correlativo. Los juzgados disponen de unas listas de peritos dispuestos a trabajar ante ellos.
- Pericial designada de oficio: cuando el juzgador considere que hay una insuficiencia probatoria de los hechos puede solicitar por sí mismo, de oficio y de manera directa durante el proceso como diligencias finales el dictamen pericial, sobre todo en asuntos que versen sobre la capacidad de los personas o en procesos matrimoniales, que como regla general suele recaer en los médicos forenses, como cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia con funciones de asistencia técnica, emisión de informes y dictámenes médicos legales en el marco del proceso judicial (artículo 479 de la LOPJ).

Deberes del perito y máximas principales en su intervención:

- Elaborar y presentar su informe, en tiempo y forma.
- Ratificarlo y comparecer en el juicio en caso de ser citado (artículo 347 LEC). En ocasiones solo se requiere al perito para que ratifique en juicio su informe en cuyo caso basta con su visualización y respuesta afirmativa una vez preguntado por su señoría si se afirma y ratifica en el contenido de tal informe de su autoría. En este caso entiende que es el autor del mismo y que está conforme íntegramente con su contenido y conclusiones
- No será necesario que tenga que acudir al juicio oral cuando tras la ratificación de su informe las partes considerasen que no es necesaria su presencia en la vista, y así lo manifestasen: esto sucede cuando el informe ratificado es sobradamente claro y las partes no necesitan someter a interrogación al perito; si bien, puede ser el propio juzgado o tribunal el que decida la necesidad de su presencia en la vista para el mejor entendimiento y valoración de su dictamen.
- La máxima principal en el curso de un interrogatorio o vista es que el facultativo ha responder (verbalmente o por escrito) con la mayor claridad posible. Asimismo, y dado que no es un experto en derecho si no comprendiere las preguntas de quien las formula, sean las partes o el propio juzgador, puede y debe preguntar para entender el significado para ofrecer así la respuesta correcta y adecuada a los términos de la pregunta.
- Debe ofrecer una respuesta desde el punto de vista estrictamente profesional, reflejo de la realidad que se somete a su consideración huyendo de apreciaciones subjetivas o juicios de valor dado que no hay olvidar que en todo caso las partes defienden sus posiciones encontradas y lo aséptico y neutral es lo que más garantías ofrece al juzgador a la hora de obtener una valoración conjunta de toda la prueba que se practique.
- Su misión con su informe y/o respuestas en la sala es contribuir a esclarecer los hechos objeto de un juicio pero no juzgar, no determinar responsables ni culpables, ayudar

auxiliando al juzgado o tribunal con su argumentos técnicos; es de este modo cómo el carácter técnico-objetivo ha de guiar su intervención ante juzgados y tribunales.

- A la hora de dictar sentencia el juez no está vinculado por el dictamen pericial:

1.- No solo no está vinculado por ninguno de estos informes periciales sino que puede discrepar de ellos si lo hace de un modo fundado y basado en la reglas de la sana crítica

2.- Que son las que, asimismo, emplea cuando hay varios dictámenes periciales sobre el mismo objeto. En estos caso es el órgano judicial el que decide cuál ha de prevalecer conforme a las directrices de la lógica partiendo de las consecuencias plasmadas por los peritos y sentando sus conclusiones a partir de un fundado razonamiento, son las reglas de la sana crítica.

3.- Pese al carácter público e imparcial del informe del perito judicial ello no quiere decir que a priori tenga más valor en detrimento de los demás. Se pondrán ejemplos más adelante.

4.- En definitiva, el órgano judicial gozará de libertad de valoración teniendo en cuenta también el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento y haciendo una valoración conjunta de todas ellas.

EL PROFESIONAL SANITARIO EN CALIDAD DE TESTIGO

¿Quién puede ser testigo?. Una persona observadora directa de un hecho - testigo directo - o poseedora de un conocimiento del hecho por terceras personas, por ejemplo a través de la actuación de un compañero - testigo de referencia -.

¿Cuáles son sus obligaciones?

1.- Obligación de comparecer: el no hacerlo en la fecha, lugar y hora indicada puede conllevar la imposición de una multa e incluso entenderse como desobediencia a la autoridad.
2.- Obligación de prestar juramento o promesa: antes de declarar prestará juramento o promesa de decir verdad, recibiendo la advertencia de las penas establecidas para el delito de falso testimonio (artículos 458 y siguientes CP)
3.- Obligación de declarar: su incumplimiento puede dar lugar a la comisión de un delito de desobediencia . No obstante, el artículo 371.1 de la LEC prevé en el caso de testigos con deber de guardar secreto que: *"Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta."*
4.- Obligación de decir verdad: tiene obligación de decir verdad y debe de ser claro y conciso en su declaración, ya que si altera los hechos o los silencia puede incurrir en un delito de falso testimonio.

Máximas principales de su intervención:

- Declararán separadamente y no se comunicarán entre sí ni podrán asistir, en principio, unos a las declaraciones de los otros.
- A cada testigo se le formulan las preguntas generales de la ley que cuestionarán entre otros asuntos el grado de relación con los litigantes, abogados o procuradores, si presta servicio a alguno de ellos o mantiene relaciones susceptibles de provocar intereses de cualquier índole con advertencia en todo caso de la ya mencionada obligación de decir verdad so pena de incurrir en falso testimonio, así lo recuerda el artículo 365.1 de la LEC: "*Antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas.*"
- De su intervención se tienen en cuenta tres factores: la razón de su ciencia - el cómo, cuándo y dónde se percibió lo que se declara -, las circunstancias concurrentes - verosimilitud, rotundidad, contradicciones, subjetividades, etc -, y las tachas formuladas (artículo 377 LEC) que les relacionan con las partes y con el objeto del proceso (se valoran previamente en los procesos civil y penal y en fase de conclusiones en los procesos contencioso administrativo y laboral)
- Como ocurría con la prueba pericial se ve cómo la prueba testifical no se agota en sí misma con el propio interrogatorio del testigo sino que forma parte de un todo en el que cualesquiera connotaciones que se produzcan dan lugar a una interiorización y reflexión que el juzgador tendrá en consideración cuando se enfrente al proceso de la valoración conjunta de los hechos constatados a través de toda la actividad probatoria

EL PROFESIONAL SANITARIO EN CALIDAD DE TESTIGO PERITO

¿Cuándo surge la figura del testigo-perito?

Cuando el testigo propiamente dicho posee un conocimiento científico de la realidad de acerca de la que comparece judicialmente en cuyo caso podrá acercarse a esos datos observados y directos con un perfil profesional (artículo 370.4 LEC)

¿Qué lo caracteriza?

Que participa de características del testigo y del perito:

- Por un lado, es un testigo presencial porque guarda una relación directa con los hechos y por ello declarará sobre los que conoció por percepción común.
- Y, por otro lado, la peculiaridad especial que lo define reside en que previamente poseía unos conocimientos científicos que le permitirían interpretar de algún modo la realidad de lo que conoció como testigo.

¿Cómo llega a instancias judiciales?

Puede que el profesional sea llamado al proceso judicial en calidad de testigo perito o bien que el juez en el mismo momento de realizar una declaración testifical admita su declaración profesional, no ya por tanto de su papel en el hecho que conoce sino acerca de las consecuencias que a su criterio médico pudieron derivarse.

¿Qué obligaciones tiene?

- Si es llamado al proceso como testigo perito tiene la obligación de referir lo que recuerde de los hechos y de las cuestiones de interpretación médica tiene el deber de con su saber específico ayudar a mejorar la comprensión de los hechos, sin perjuicio de que ello no sirva, formalmente, a modo de informe o conclusión técnica.
- En los casos de cambio de rol de testigo a testigo perito en el mismo acto de la declaración testifical, el facultativo debe contestar a lo que recuerde sobre los hechos pero respecto de las cuestiones que requieran una interpretación de ciencia médica puede excusarse por ser éstas propias de un perito y no de un testigo, en la medida en que la citación formal lo es en calidad de testigo.

PUESTA EN VALOR DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN INSTANCIAS JUDICIALES: EXTRACTOS DE SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 2015, Sala Civil, Sección 1ª, nº de recurso 2158/2014, sobre nombramiento de curador.

Se discute acerca de la modificación judicial de la capacidad y la institución protectora adecuada. La graduación de la capacidad de las personas se plantea como un traje a medida y

para resolver acerca de ella veremos cómo fue esencial el informe pericial. Sobre la base del informe pericial en la sentencia se razona en los siguientes términos:

"El informe del psiquiatra que la viene tratando es contundente en el inadecuado comportamiento de la demandada a consecuencia de su enfermedad, pero de él también se infiere que tan graves acciones en detrimento de la convivencia vecinal, familiar e incluso propio, por sus intentos de suicidio, traen causa naturalmente de su enfermedad pero también de la falta de tratamiento de ésta, como reconoce cuando afirma que acude a su consulta con bastante irregularidad."

Y finalmente el Tribunal Supremo resuelve en coherencia con lo informado:
"En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, de 19 de octubre de 2017, Jurisdicción Civil, Sección 7ª, nº de recurso 417/2017, sobre la capacidad para testar.

Se plantea la capacidad cognitiva y volitiva de una persona para otorgar válidamente un testamento abierto. En esta sentencia se aprecia no solo que el informe pericial de los profesionales sanitarios deviene determinante sino que además es una prueba de mayor valor que la pericial de parte debido a su especialidad, objetividad e imparcialidad.

"Tampoco puede concluirse con certeza, como sostiene el apelante al amparo de la prueba pericial practicada a su instancia, que el trastorno psicótico crónico que presentaba la testadora cuando ingresó en febrero de 2015 [...] falleciendo al mes siguiente ante la gravedad de las patologías que presentaba pueda extrapolarse a dos años atrás, coincidente con el momento en el que otorga testamento, sobre la base de que la calificación de cronicidad presupone un proceso diagnosticado e instaurado temporalmente por período de unos dos años, extremo en el que fueron coincidentes los tres peritos intervinientes, toda vez que tal diagnóstico prospectivo - como sostuvieron los otros dos peritos especializados en psiquiatría [...] -, en contra del anteriormente citado – no deja de ser una mera especulación más arriesgada aún en un ámbito como el de la psiquiatría, cuando - como es el caso – no existe dato objetivo alguno en la historia clínica de la paciente donde se aluda a ningún tipo de trastorno psicótico, salvo el puntual en el año 1998 y, por ende, hemos de añadir en el momento de otorgar testamento en el mes de enero de 2013. Es más, sendos psiquiatras puntualizaron que el hecho de que una persona padezca un trastorno piscótico tampoco comporta, sin más, su falta de capacidad para otorgar testamento ya que depende del tipo de delirio que afecte al enfermo. No sirviendo tal diagnóstico prospectivo para desvirtuar la presunción iuris tantum de capacidad para testar establecida en el artículo 662 CC."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 30 de junio de 2015, Jurisdicción Civil, Sección 2ª, nº de recurso 159/2014, sobre la modificación de medidas adoptadas en un divorcio.

El núcleo de la controversia giraba en torno a si la enfermedad mental que padece la madre la incapacita para poder desempeñar adecuadamente la custodia de sus hijos menores.

Al tiempo del divorcio, en 2011, se estableció un régimen de custodia exclusiva paterna. En 2014 la madre, ante la evolución de su situación psiquiátrica, solicitó la modificación de esas medidas y se resolvió pasar a un régimen de custodia compartida. El padre recurrió esa resolución judicial pretendiendo que se mantuviese el régimen de custodia exclusiva paterna y para el caso de que no fuese así, exigía se resolviese que los informes trimestrales sobre el seguimiento del trastorno bipolar de la madre se emitiesen por un perito judicial psiquiatra. En esta sentencia se vuelve a ver con nitidez la relevancia del informe pericial de los profesionales sanitarios y su mayor peso respecto de otras pruebas periciales de parte.

"Los informes de la psiquiatra de la Sra. [...] (doctora [...]) – de 3 de abril de 2012, folios 52 a 54, de 5 de noviembre de 2013, folios 324 y 325, completados por las explicaciones ofrecidas en la vista de la primera instancia – resultan claros en el sentido indicado. En el último informe escrito puede leerse: se orienta como un trastorno bipolar en tratamiento de mantenimiento con litio y quetiapina, con adecuada adherencia terapéutica y adecuado soporte familiar. Cumple estrictamente con su tratamiento y realiza las analíticas y visitas médicas periódicamente [...] En las diversas exploraciones no se constata ninguna psicopatología que sugiera limitación alguna para el desarrollo de sus actividades laborales o para el cuidado de sus hijos y la toma de decisiones que esto supone.

Y en el mismo sentido se viene pronunciando la Doctora [...] (especialista en psiquiatría) – informes de 28 de octubre de 2013, folios 317 a 323, y de 12 de abril de 2012, folios 53 a 59-, y la psicóloga Dª. [...] – informes de 11 de enero de 2011, folios 43 a 51, y de 25 de octubre de 2013, folios 309 a 315.

Frente a dichos informes, entendemos que los mismos no pueden entenderse desvirtuados por los de la psicóloga sra.[...]. Se trata de una pericial de parte, en la perito se muestra partidaria de continuar con el régimen de custodia exclusiva del padre, dada la buena adaptación y resultados de los menores en el mismo [...] (informe de 30 de octubre de 2013, folio 302).
Entendemos que el perito que está en mejores condiciones para supervisar y evaluar la evolución de la enfermedad de la madres es su psiquiatra habitual, en su condición de especialista que la lleva tratando continuadamente desde hace años."

Y, tampoco accedió el juzgador a la petición subsidiaria del padre acerca de que los informes trimestrales sobre el seguimiento del trastorno bipolar de la madre se emitiesen por un perito judicial psiquiatra. En base a todo lo informado y aclarado en la vista por los psiquiatras y psicólogos del servicio de salud correspondiente razonó que:

"No se considera conveniente sustituir dicho tratamiento, que viene funcionando con buenos resultados; ni adicionar, al tratamiento y supervisión que la madre tiene con su psiquiatra habitual, otro tratamiento o control por otro psiquiatra de designación judicial o por el médico forense."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 5 de diciembre de 2016, Jurisdicción Penal, Sección 2ª, nº de recurso 24/2016, sobre descubrimiento y revelación de secretos por parte de una funcionaria del sistema de salud: eximente de obcecación.

Con esta sentencia se trata de poner de manifiesto cómo la pericial médica es una prueba trascendente en el proceso penal y se trae a colación porque ofrece una perspectiva distinta de las anteriores, por el sujeto activo, en la medida en que se acusa de delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos a una funcionaria pública profesional del sistema de salud.

El informe técnico certifica que la acusada presenta:

"[...] un proceso adaptativo con ánimo bajo y ansiedad, secundario a problemas familiares, que requirió tratamiento con ansiolíticos y antidepresivos e incapacidad laboral del 1 de octubre de 2010 al 20 de enero de 2011."

Dicho informe no fue impugnado por los querellantes y sirvió de fundamento para apreciar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la atenuante de obcecación (art. 21.3 C.P.), al entender que la acusada a lo largo de los años:

"de forma continuada vino accediendo a los historiales clínicos de los querellantes, haciéndolo ya de una forma que no cabría sino calificar de obsesiva y propia de una fijación cuasi enfermiza."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 8 de mayo de 2018, Jurisdicción Penal, Sección 3ª, nº de recurso 21/2012, sobre responsabilidad penal de un menor.

Una de las premisas de la prueba pericial es su valoración, y por ello también en sede de jurisdicción penal se cita esta sentencia para hacer énfasis en la valoración que hace el órgano judicial cuando hay varios informes periciales y en la importancia de todos ellos a la hora de construir el juzgador el iter de su razonamiento, las reglas de la sana crítica.

Tres son los informes periciales obrantes en los autos:

1.- La pericial médico forense pone de manifiesto que *"padece un trastorno paranoide de responsabilidad, que se caracteriza por presentar suspicacia, sentimiento de perjuicio y referencias crónicos. Que en el curso de dicho trastorno se produce un cuadro delirante agudo inducido por consumo de cocaína durante el cual se producen los hechos enjuiciados, que reúnen las características propias de una acto psicótico"*

2.- La pericial del centro penitenciario no apreció los síntomas en el momento que vio al procesado, a lo que la pericial médico forense aludió basándose en que probablemente no pudo apreciarlos porque el brote psicótico producido por el consumo duró poco tiempo.

3.- Los informes médicos del servicio de salud de 2011, año en que sucedieron los hechos enjuiciados, refieren su estado de salud mental sin que conste que haya sido sometido a deshabituación de tóxicos ni que su trastorno de personalidad paranoide haya sido objeto de tratamiento a fin de asegurar el debido control y seguimiento.

Como en la anterior sentencia, la pericial médica resultó crucial, un solo informe en aquella y una pluralidad de ellos en ésta ofrecieron base suficiente para que el juzgador razonase en conjunto y concluyese la concurrencia también de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en este caso una eximente completa de anomalía o alteración psíquica.

Por ello, en el fallo razona que:

"[...] el delito cometido tuvo lugar bajo un brote psicótico agudo de la enfermedad trastorno paranoide que sufría agravado por el consumo de tóxicos, la cual le alteraba profundamente su personalidad y hacía que no fuera capaz de controlar sus facultades cognitiva y volitiva, al suceder los hechos aquí enjuiciados [...] El lugar del internamiento será un establecimiento adecuado al tipo de anomalía psíquica apreciada."

Insiste además en que dado que no consta esté sometido a tratamiento alguno en virtud del cual se verifique que tome la medicación que se le recete y se observe la evolución del tratamiento que se le vaya pautando, por su alta peligrosidad con posibilidades de descompensación inducida por continuar consumiendo cocaína, según relatan los informes técnicos, la medida deberá cumplirse en establecimiento penitenciario, máxime cuando consta en autos el quebrantamiento de otras medidas y requisitorias en vigor.

Absuelve por tentativa de asesinato e impone la medida de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario como sustitutiva de la pena de prisión.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada, de 28 de septiembre de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº de recurso 825/2012, sobre responsabilidad patrimonial planteado por una madre por los daños que le ha causado la medida de acogimiento familiar permanente de la menor adoptada por la Comunidad Autónoma en el expediente de protección de su hija.

El informe pericial resultó determinante a la hora de valorar si concurrían o no los requisitos legales que daban derecho a la madre a la indemnización de los daños, en los términos que siguen:

"Cuando se adoptó la medida por la Administración Autonómica en el año 2002, de acogimiento familiar de carácter permanente de la menor, sí está acreditado que la recurrente , a tenor del documento de 9 de enero de 2001 emitido por el Dr. [...], que indica que el diagnóstico es de trastorno esquizo afectivo tipo maníaco y trastorno mixto de la personalidad,

sí estaba afectada de trastorno psicológico, cual expresa Don [...], Psicólogo, en la página 7 de su informe de fecha 4 de junio de 2012. Y es precisamente en esta afección donde hay que situar el origen de las medidas adoptadas por el ente autonómico."

Estos informes junto con el emitido por el psicólogo del servicio de atención al niño de la consejería del ramo de la Junta de Andalucía, llevaron al juzgador a resolver que no había responsabilidad patrimonial:

"Las medidas adoptadas, pertenecientes al giro típico de una potestad administrativa, no pueden ser tachadas de irrazonables, arbitrarias ni irrazonadas, en cuanto su finalidad era una inmediata protección de la menor, dada la situación de riesgo psicológico constatada por la Administración en un primer momento, y los perjuicios que las visitas de la madre causaban a la menor, constatados a lo largo de la tramitación del procedimiento. En definitiva, la parte reclamante viene obligada a soportar el daño sufrido por el ejercicio legítimo de aquellas potestades, por lo no puede ser calificado de antijurídico [....] aunque objetivamente la separación de madre e hija pudiera considerarse un daño, habida cuenta del interés superior de la menor, la madre tenía el deber jurídico de soportarlo."

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 17 de febrero de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº de recurso 435/2012, sobre responsabilidad patrimonial planteado por los padres de un paciente al que se ingresó en una planta abierta del Hospital de Jove y acabó arrojándose al vacío por el hueco de la escalera.

En este caso a pesar de que se intentó demostrar en el juicio que se había actuado conforme a la "lex artis" dado que el paciente no presentaba síntomas que indujeran a considerar que padecía un problema psíquico y presentar un estado de normalidad, que no aconsejaba su ingreso en una unidad cerrada. El Tribunal, no lo entiende así y estima que:

"(...) lo cierto es que el paciente había ingresado con motivo de haber intentado suicidarse mediante la ingesta de matarratas, que, además había manifestado expresamente que volvería a intentar suicidarse, y, siendo ello así es claro que lo prudente hubiera sido que se ordenase su ingreso en una planta en régimen cerrado, en prevención de una posible actuación como la que llevó a cabo terminando con su vida, por lo que, al no haberse actuado en tal sentido, ha de entenderse que no se actuó conforme a las reglas de la lex artis y que, en consecuencia, concurren en el caso los requisitos precisos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial".

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 22 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº de recurso 136/2012, sobre responsabilidad patrimonial planteado por los hijos de una paciente que se precipitó por el cerro de Santa Catalina.

Los hijos entienden que ello se produjo a consecuencia de la negligente actuación del médico de familia que acudió al domicilio y no adoptó las medidas necesarias para evitar dicho resultado.

La pericial intentó demostrar que el día que el médico acude al domicilio encuentra a la paciente

tranquila y colaboradora sin plantear ideas autolíticas y entendió que no necesitaba ni sedación ni internamiento psiquiátrico, aun cuando llevaba el volante de ingreso preparado. También aludió a que las tentativas previas tenían carácter impulsivo y venían desencadenadas por conflictividad familiar, si bien el Tribunal no atiende a estas razones y estima que:

"[...] dados los antecedentes de la paciente [...] pese a la situación en ese concreto momento [...] debía haberse derivado, como era posible, a los servicios especializados para agotar cualquier posibilidad como la que se produjo."

Estos dos últimos ejemplos sirven para demostrar que no siempre las periciales logran llevar al Juez al convencimiento de que la actuación profesional se ha desarrollado conforme a la lex artis, muchas veces debido a la dificultad que entrañan los casos en sí y también a la imposibilidad de predecir determinados comportamientos, como ocurre en los casos de suicidio.

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 7/2018: El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico

CONCEPTO (art. 763 LEC)	AMBITO DE APLICACIÓN
• Es una medida terapéutica . • Dirigida a evitar daños propios y/o a terceros. • Adoptada en situación de urgencia o no. • Que reviste la privación de la libertad personal	A personas de innegable vulnerabilidad: • Con capacidad judicialmente modificada o no. • Sean adultos o menores de edad

QUIEN PUEDE SOLICITARLO

- El cónyuge o persona que se encuentre en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes, hermanos de la persona a internar o el Ministerio Fiscal si éstas no existieran o no lo hubiesen solicitado.

- El servicio de salud, siempre que:
  - Se acredite el trastorno psíquico del paciente: informe médico.
  - Que dicho trastorno revista el carácter y amplitud que legitime el internamiento.
  - Y, que la prolongación de la privación de libertad se supedite a la subsistencia del trastorno mental que la motivó.

- El órgano judicial:
  - Vía Civil: el juez civil dentro de un proceso de modificación judicial de la capacidad.
  - Vía Penal: el juez penal como medida de seguridad

SITUACIONES EN QUE PUEDE ORDENARSE

ESPECÍFICA URGENCIA: INTERNAMIENTO URGENTE	SIN RAZONES DE URGENCIA: INTERNAMIENTO ORDINARIO
Es previo a la autorización judicial	**Se precisa autorización judicial previa**
El facultativo autoriza el internamiento	El juzgado examinará al afectado y oirá el dictamen del facultativo por él designado
Hay dos plazos fundamentales: - plazo de 24 horas: plazo máximo para que el responsable del centro informe del internamiento al tribunal competente, a contar desde el internamiento (*). - plazo de 72 horas: plazo máximo para que juzgado ratifique dicha medida o no, a contar desde que llegue a conocimiento judicial .	El afectado puede disponer de su propio abogado y procurador, y si no lo tiene: - Si el Ministerio Fiscal no promovió el proceso lo defenderá. - Si el Ministerio Fiscal promovió el proceso se le nombrará un defensor judicial.
Tanto la superación del plazo de 24 horas como del de 72 horas son denunciables: a) en el primer caso instando el procedimiento de habeas corpus al considerar que se trata de una detención ilegal. b) por inactividad del órgano judicial buscando la tutela de la libertad personal	Para ordenar, ratificar o hacer cesar la medida son pruebas de verificación: a) la idoneidad para lograr el objetivo propuesto. b) la necesidad: que no haya otra medida más moderada que puede lograr el objetivo con igual eficacia (por ejemplo: un tratamiento ambulatorio involuntario). c) la proporcionalidad o ponderación entre los valores en conflicto: la libertad y la salud

(*) La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 141/2012, de 2 de julio, es la primera que falla un recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal un supuesto de internamiento psiquiátrico urgente. Razona que: "*el director de éste último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiera producido.*"

QUÉ IMPLICA LA ORDEN JUDICIAL DE INTERNAMIENTO

- A los efectos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, la orden judicial de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico implica:

a) Se mantiene la obligación de información asistencial al paciente.
b) Exime de la necesidad de obtener el consentimiento del paciente para su tratamiento. La orden judicial suple el consentimiento si bien en todo caso ha de comunicarse, vía fax, al juzgado el tratamiento que se realice. Recuérdese que la trascendencia de la medida por las libertades a las que afecta justifica la necesidad de comunicar al juzgado las intervenciones clínicamente practicadas.

MECANISMO DE SEGUIMIENTO Y CONTROL

- Los facultativos que atiendan al paciente internado tienen la obligación de informar periódicamente al juzgado sobre la necesidad de mantener la medida: cada 6 meses con carácter general o, en su caso, cuando el juzgado lo solicite.

- Recibidos los referidos informes, el juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

- Lo anterior es compatible con que:
  - el juzgado pueda requerir informes en cualquier tiempo. Téngase en cuenta que al tratarse de la privación de libertad de una persona el juzgado ha de conocer el estado del paciente que justifica la medida. Los informes se remitirán vía fax.
  - los facultativos que atiendan al paciente internado consideren que no es necesario mantener el internamiento y den el alta al paciente comunicándolo de manera inmediata al juzgado competente.

SINGULARIDADES EN MENORES DE EDAD

- En primer lugar, en las intervenciones con menores con problemas de salud mental, conviene distinguir entre:

a) menores con problemas de salud mental e infractores sometidos a las medidas terapéuticas que prevé la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (art. 7.1d) y e) LRPM):
   - internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto en los centros de esta naturaleza. Esta medida también podrán ejecutarse en centros

socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. En todo caso se requerirá la previa autorización del Juez de Menores.

- y tratamiento ambulatorio con asistencia al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos siguiendo las pautas para le tratamiento adecuado.

Observaciones: estas medidas pueden aplicarse solas o como complementos de otras (en el Centro de menores infractores Casa Juvenil de Sograndio disponen de plazas psiquiátricas.)

b) menores con problemas de salud mental en los que no concurre responsabilidad penal.

- El artículo 763 LEC será aplicable tanto a los mayores de 16 años (mayoría de edad a efectos de autonomía como pacientes) como a menores o con capacidad judicialmente modificada sin que respecto de los menores baste el consentimiento de los padres, ni respecto de los incapaces baste el consentimiento del tutor, y requerirá autorización o posterior ratificación judicial. El procedimiento pasa por la solicitud de los padres respecto de sus hijos sometidos a la patria potestad, al Juez o Ministerio Fiscal acompañado la documentación médica de que dispongan, donde se ponga de manifiesto la necesidad de la medida.

- El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Se incorpora como **ANEXO I** un esquema descriptivo al objeto de facilitar la comprensión del procedimiento judicial acerca de esta medida.

ANEXO I.- ESQUEMA PROCEDIMIENTO JUDICIAL

INTERNAMIENTO ORDINARIO	**Artículo 763.1.1º párrafo LEC**
COMPETENCIA	Juez de 1ª instancia donde resida el paciente afectado por el internamiento
PETICION INICIAL	A instancia del servicio de salud como medida terapéutica y/o de protección
LEGITIMACION ACTIVA	Familiares/representantes/Ministerio Fiscal
LEGITIMACION PASIVA	El paciente a internar
REPRESENTACIÓN Y DEFENSA	Propia/Ministerio Fiscal/Defensor Judicial
AUDIENCIAS	Paciente/Ministerio Fiscal/otras personas
RESOLUCIÓN	Auto estimatorio/desestimatorio
SEGUIMIENTO Y CONTROL	Informes cada 6 meses, salvo que en la sentencia se señale un plazo inferior
RECURSOS	Apelación
INTERNAMIENTO URGENTE	**Artículo 763.1.2º párrafo LEC**
COMPETENCIA	Juez de 1ª instancia del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento
PETICION INICIAL	A instancia del servicio de salud por razones de urgencia y trastorno mental
LEGITIMACION ACTIVA	El profesional sanitario lo comunica al Juzgado de 1ª instancia del lugar donde se produce el internamiento
LEGITIMACION PASIVA	El paciente internado
REPRESENTACIÓN Y DEFENSA	Propia/Ministerio Fiscal/Defensor Judicial
PRUEBAS	Examen del paciente/dictamen facultativo/cualquier otra prueba relevante
RESOLUCIÓN	Auto de ratificación o dejando sin efecto medida plazo máximo de 72 horas
SEGUIMIENTO Y CONTROL	Información periodicidad que se determine al juez sobre necesidad de mantenerla o no. Comunicación inmediata del alta, en su caso.
RECURSOS	Apelación

CUESTIÓN PLANTEADA NÚM. 8/2018: El tratamiento ambulatorio involuntario

ELEMENTO DIFERENCIAL	FUNDAMENTOS
La ausencia de voluntad del paciente: - ya se adopte como una medida de carácter principal - O bien complementaria de otra u otras como el tratamiento asertivo comunitario. **El consentimiento informado falta en estos supuestos:** - Al tratarse de pacientes que tienen disminuida - o bien temporal o bien de manera permanente - su capacidad de decidir acerca del tratamiento a seguir en el devenir de su enfermedad. - E implica una limitación parcial de su libertad: equilibrar con seguridad jurídica el respeto a los derechos del paciente y la idoneidad de la pretendida eficacia terapéutica de la medida. **A NIVEL EUROPEO SE RECOMIENDA:** La restricción mínima en los tratamientos: no ha de existir un medio menos restrictivo de suministrar los cuidados adecuados.	1.- Facilitar la instauración y mantenimiento de un plan terapéutico adecuado que permita mejorar la conciencia de la enfermedad y la adherencia al tratamiento en pacientes con trastorno mental grave o severo susceptibles de ser destinatarios de la misma según la legislación vigente. 2.- Mejorar las condiciones de vida del paciente. 3.- Limitar lo mínimo posible la libertad y derecho de decisión del paciente realizándose en las condiciones y con los dispositivos más adecuados a las condiciones en que se encuentre aquél. 4.- Mejorar, asimismo, las condiciones de vida y seguridad del entorno familiar y de terceras personas.

REGULACION LEGAL

Art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando establece que:

"[...] los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él."

FINALIDAD

1.- Frenar el deterioro de la salud, que suele conllevar la renuncia al tratamiento, de forma injustificada, por no tener conciencia real de enfermedad.

2.- Evitar los internamientos de puerta giratoria: cuando en relación a la misma persona se producen innumerables internamientos ese sistema repetitivo nada bueno genera al paciente.

3.- Se generen estigmas, por un lado derivados de esos continuos internamientos en unidades psquiátricas diversas así como, derivados por otro lado de la persistencia de una situación contextualizada de descompensación global que supone un riesgo y la alteración grave de las relaciones y funcionamiento personal y social en general.

PRINCIPIOS

1.- Los principios de excepcionalidad y temporalidad: debe tomarse la medida en concepto de apoyo transitorio al pleno ejercicio de la capacidad jurídica del paciente.

2.- El principio de proporcionalidad entre la libertad del paciente y la situación o estado de salud en que se halle.

3.- Y, el principio de respeto al contenido esencial del derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad y a la libre determinación de la persona.

CONDICIONES MÍNIMAS PARA SU VALIDEZ

a) Trastorno mental severo/grave.
b) Efectividad documentada del plan terapéutico.
c) Negativa del paciente a realizar tratamiento.
d) Capacidad limitada para entender la información sobre su situación y los graves riesgos que conlleva para sí mismo o para otros, a causa de su estado mental.
e) Ausencia de criterios de urgencia de tratamiento.

TRAMITES A SEGUIR

a) El clínico responsable del caso informará previamente al paciente, familia y/o tutor de la propuesta de tratamiento involuntario, que se interrumpirá en caso de consentimiento informado documentado.

b) El informe propuesta será realizado por el clínico responsable del paciente y debe estar avalado por una comisión colegiada de profesionales expertos en la materia. Dicho informe propuesta deberá contener al menos con los siguientes datos:

1.- Identificación de los profesionales responsables del caso.
2.- Documentación relativa a ingresos en unidades de hospitalización psiquiátrica tras abandono del tratamiento.
3.- Efectividad documentada del plan terapéutico propuesto.
4.- Negativa documentada a las alternativas terapéuticas propuestas.
5.- Justificación razonada de las condiciones que sustentan la propuesta.
6.- Breve exposición del plan terapéutico.
7.- Objetivos del plan de tratamiento.

c) La solicitud de TAI se remitirá al decanato de los juzgados por fax que lo turnarán al juzgado de primera instancia que corresponda. Una vez que llegue esa petición al juzgado desde el responsable de psiquiatría que trate al paciente o en su caso vía Ministerio Fiscal, el juez deberá:

- Oír al paciente persona afectada por la decisión, que podrá estar asistida de letrado.
- Oír al Ministerio Fiscal.
- Oír a los parientes próximos, en especial al cónyuge del paciente, a quien se halle en situación de hecho asimilable, a los hermanos, ascendientes, descendientes, parientes y allegados que se consideren necesarios. Y, a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el paciente afectado por la medida.
- Oír al psiquiatra responsable del tratamiento.
- Oír al facultativo que designe el propio juzgado, que podrá ser el médico forense o cualquier otro especialista.

d) Una vez se dice auto acordando la medida de Tratamiento Ambulatorio Involuntario (TAI) - que deberá tener en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe propuesta - se establecerán los mecanismos de seguimiento, supervisión y control y el dispositivo sanitario responsable que será similar al que se efectúa en materia de internamientos forzosos del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberá evaluar periódicamente e informar al juez a este respecto así como de la necesidad de continuar, modificar o cesar en la continuidad del la medida. El alta médica también habrá de ser comunicada de manera inmediata.

e) Acordada la medida y notificada al paciente si no quiere seguirla de forma voluntaria, se deben seguir los siguientes pasos:

- El clínico responsable contactará con el paciente, familia y/o tutor por todos los medios disponibles con el objetivo de establecer una agenda de consultas que permitan implementar la medida de tratamiento involuntario.
- Si el paciente no acude por primera vez a consulta se contactará telefónicamente o mediante visita domiciliaria con el paciente, familia y/o tutor, acordando una nueva cita en un plazo máximo de 72 horas, recordando la vigencia de la medida de tratamiento involuntario y los riesgos de su incumplimiento.
- Si el paciente no acude por segunda vez a la consulta el clínico responsable del caso utilizará todos los medios disponibles para reanudar el tratamiento en el tipo y lugar más adecuado al momento clínico que vive el paciente: consulta ambulatoria, ingreso, etc, sin necesidad de reiniciar el procedimiento.
- Si las medidas anteriores no resultaron efectivas se realizará notificación telefónica y escrita al juzgado que autorizó el tratamiento quien tomará las medidas oportunas para reiniciarlo, firmada por el médico responsable proponiendo las medidas más adecuadas al plan terapéutico en lo referido al tipo y lugar de intervención.

f) Si el facultativo que efectúa el seguimiento y controla la efectividad de medida considera que se dan los requisitos para su finalización bastará que comunique al juzgado dicha decisión para que tras oír al Ministerio Fiscal se acuerde el archivo del expediente o se adopten las medidas complementarias oportunas. El TAI se entenderá que finaliza:

1.- Por cumplimiento de los objetivos del plan terapéutico.
2.- Por consentimiento informado y documentado del paciente de adhesión al plan terapéutico.
3.- Por tratarse de una medida no efectiva para ninguno de los objetivos del plan terapéutico relacionados con los criterios complementarios de inclusión tras 18 meses de tratamiento.
4.- Por cambios en las circunstancias sanitarias y/o sociales del paciente que desaconsejen o contraindiquen la medida