

PROTOCOLO EN EL TRATAMIENTO DE PACIENTES MENORES, INCAPACITADOS Y OTRAS SITUACIONES FAMILIARES

Preguntas que contesta este protocolo:

- 1.- ¿Quién puede prestar consentimiento para contratar?
- 2.- ¿Quién otorga el consentimiento en el caso de los menores y de las personas incapacitadas?
- 3.- Menores de edad
- 4.- ¿Qué es la patria potestad?
- 5.- ¿Qué es la patria potestad única?
- 6.- ¿Que obligaciones tienen los padres divorciados?
- 7.- ¿En qué se diferencia la patria potestad de la custodia?
- 8.- ¿Quiénes son los menores emancipados?
- 9.- Los incapacitados (menores o mayores de edad)
- 10.- ¿Es obligatorio facilitar presupuesto del tratamiento antes de su inicio?
- 11.- ¿La factura acredita el pago?
- 12.- ¿Quién está obligado abonar el tratamiento?

1.- ¿QUIÉN PUEDE PRESTAR CONSENTIMIENTO PARA CONTRATAR?

Como establece el Art. 1254 del Código Civil:

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras,

- a dar alguna cosa
- o prestar algún servicio.

En este sentido, resulta de aplicación en el Art. 1263 del Código Civil según el cual, no pueden prestar consentimiento:

- Los **menores no emancipados**, salvo
 - en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes,
 - y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.
- Los que tienen su **capacidad modificada judicialmente**, en los términos señalados por la resolución judicial que la modifica.

2.- ¿QUIÉN OTORGA EL CONSENTIMIENTO EN EL CASO DE LOS MENORES Y DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS?

El consentimiento deberá ser otorgado **por escrito** por su representante legal.

3.- MENORES DE EDAD

“Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de **18 años**.”

En este supuesto; serán los padres quienes otorguen el consentimiento del tratamiento puesto que el Art. 162 del Código Civil establece que los padres que ostenten

- la patria potestad
 - tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

La **Ley 3/2001**, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes establece en su *Artículo 6 (Otorgamiento del consentimiento por sustitución)* Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes:

- **a)** Cuando el **paciente** esté circunstancialmente incapacitado para tomar decisiones, por criterio del médico responsable de la asistencia, el derecho corresponderá a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad.

- **b)** Cuando el paciente sea un incapacitado legal, el derecho corresponde a su representante legal, que habrá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz.

*Asimismo, cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La **opinión** de éste será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad.*

- **c)** Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos. Cuando se trate menores no incapaces ni incapacitados, pero **emancipados** o con **16 años cumplidos**, no cabe prestar el consentimiento por sustitución. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
- **d)** En caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

2. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

3. La representación del consentimiento por sustitución será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que es preciso atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo de su proceso sanitario.

4.- ¿QUÉ ES LA PATRIA POTESTAD?

El conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados

-así como el conjunto de **deberes** que también deben cumplir los progenitores respecto de sus hijos.

La patria potestad HA DE EJERCERSE SIEMPRE EN BENEFICIO DE LOS HIJOS y entre los deberes de los padres se encuentra

- la obligación de estar con ellos
- cuidarlos
- protegerlos
- alimentarlos
- educarlos
- procurarles una formación integral
- representarlos legalmente
- y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores, independientemente de si éstos se encuentren o no casados, aunque **de manera excepcional** pudiera encontrarse situaciones en las que la patria potestad sea ejercida **de forma exclusiva por uno de ellos**

1.- con el consentimiento del otro.

2.- nos podemos encontrar con padres **privados** de la patria potestad través de resolución judicial. Esta privación puede tener su origen normalmente en un incumplimiento de sus obligaciones parentales. En este supuesto, carecería de validez alguna la autorización firmada por un padre/madre con privación de la patria potestad del menor.

5.- ¿QUÉ ES LA PATRIA POTESTAD ÚNICA?

Las situaciones excepcionales en que la patria potestad tiene una **titularidad única** son:

1/ que sólo se haya determinado la filiación de uno de los progenitores (ejemplo: que de un menor no conste la paternidad, sino sólo la identidad de la madre).

2/ que uno de los progenitores haya fallecido.

3/ que uno de ellos se haya visto privado de la patria potestad.

En el caso de que uno de los progenitores esté privado judicialmente de la patria potestad del hijo menor, deberá ser acreditado por el documento judicial pertinente, ya que en este caso la **privación de la patria potestad** implica su pérdida de la condición de representante legal, no teniendo por tanto acceso a los datos personales del menor sin el consentimiento del otro progenitor.

6.- ¿QUE OBLIGACIONES TIENEN LOS PADRES DIVORCIADOS?

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. En las separaciones y divorcios con existencia de hijos menores de edad se establecen las medidas relativas

- a la patria potestad
- y la custodia de los hijos.

7 ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA LA PATRIA POTESTAD DE LA CUSTODIA?

LA PATRIA POTESTAD

-son todos los **derechos y deberes** de los padres en relación con sus hijos menores de edad no emancipados.

Y LA GUARDA Y CUSTODIA

- es el cuidado cotidiano de los menores,
- las decisiones del día a día de menor entidad.

En casos de padres separados/divorciados es la RESOLUCIÓN JUDICIAL que determina la separación o divorcio la que establece lo relativo a la **patria potestad y a la guardia y custodia** de los hijos.

- Normalmente la patria potestad se establece **compartida** para ambos progenitores, (esto es, que ambos progenitores mantienen el poder de decisión sobre cuestiones importantes relativas a los hijos)
- y la guarda y custodia suele ser asignada a uno de los progenitores (que mantendrá el poder de decisión en exclusiva sobre cuestiones de menor relevancia).

En los casos en que uno de los cónyuges solicite que no se tengan en cuenta las peticiones del otro cónyuge por estar éste privado de la patria potestad, deberá **presentar el documento judicial que lo acredite**.

El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la **participación** de ambos progenitores separados/divorciados en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo.

En consecuencia; si ambos mantienen la patria potestad ostentan el ejercicio de la representación legal de los menores y por tanto, podrán autorizar tratamientos y acceder a todos los datos relativos a su salud. Esto no está en contra de lo dispuesto en la legislación de **protección de datos**, ya que ostentan la representación legal del menor.

8.- ¿QUÉ SON LOS MENORES EMANCIPADOS?

Como así se prevé en el Art. 319 del Código Civil, se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años y menor de 18 que, con el consentimiento de los padres o autorización judicial, **viere independientemente** de éstos.

La emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad.

Como excepción se dispone que, hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad, no podrá:

- pedir préstamos,
- gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor (como joyas)

Ello sin el consentimiento de sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.

El menor emancipado puede firmar el consentimiento del tratamiento pertinente.

9.- LOS INCAPACITADOS (MENORES O MAYORES DE EDAD)

La incapacitación judicial es una **negación de la capacidad**, pero no de la capacidad jurídica que tiene toda persona desde que nace y que le confiere aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, sino de la

capacidad de obrar o aptitud para realizar con plena eficacia y validez actos jurídicos, ejercitar derechos y cumplir obligaciones.

Para **protegerles de potenciales abusos se declara la incapacidad** mediante resolución judicial y así ven legalmente limitada su capacidad de obrar

En estos casos el consentimiento en el tratamiento o información deberá tener lugar igualmente con el **representante legal** del incapaz, que puede ser uno de sus progenitores o un tercero.

El representante legal designado judicialmente puede ser un:

- TUTOR, en casos de incapacidad más grave.
- CURADOR, en casos de incapacidad más leve.
- DEFENSOR JUDICIAL, en casos en los que se presume el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, puedan tener un conflicto de intereses con aquellos a los que protegen.

10.- ¿ES OBLIGATORIO FACILITAR PRESUPUESTO DEL TRATAMIENTO ANTES DE SU INICIO?

Si debe facilitarse un presupuesto por escrito y debe constar la firma del que lo acepta y se obliga al pago del mismo. Es un derecho del paciente, la falta del mismo puede dar lugar a una sanción administrativa.

11.- ¿LA FACTURA ACREDITA EL PAGO?

La factura acredita la deuda. El pago puede hacerlo cualquier persona, podrá acreditar el pago cuando lo realiza por transferencia bancaria, pago con tarjeta, u otro medio que pueda documentarse, pero en el caso de abonos al contado debe entregarse justificante del pago o el profesional debe firmar la factura como abonada.

12.- ¿QUIÉN ESTÁ OBLIGADO ABONAR EL TRATAMIENTO?

Es usual que se establezca el derecho y también el deber del **progenitor** de llevar a su hijo al **médico** cuando está en su compañía durante el régimen de visitas cuando padece cualquier tipo de dolencia.

Es habitual que cualquier decisión que afecte a los intereses de los hijos en común deba ser:

- **consensuada**
- o requiera obtener **autorización judicial** previa.

Puede ocurrir que la sentencia de separación o divorcio establezca la necesidad de **consentimiento** para el sometimiento a **tratamientos** médicos no prescritos por facultativo médico.

El dentista se considera en ocasiones un tratamiento médico no habitual y por tanto un gasto extraordinario. A veces se exceptúan los gastos que podría cubrir la Seguridad Social y si se hacen en centros privados sin acuerdo o justificación no podrán reclamarse al otro progenitor.

El tratamiento de ortodoncia suele considerarse un gasto extraordinario. Los gastos extraordinarios no siempre pero habitualmente serán sufragados al 50% por ambos progenitores (la resolución judicial lo establecerá en esta proporción o en otra distinta). El tratamiento se llevará a cabo, bien por previo acuerdo entre los progenitores o en su defecto autorización judicial. **Pero la obligación de pago al profesional es del que acepta el presupuesto**, con independencia que este pueda reclamar a un tercero la parte que le corresponde abonar.