

## EL PACIENTE MENOR COMO UN PERDEDOR NATO

Fernando A. Verdú Pascual  
Profesor Titular de Medicina Legal y Forense  
Universitat de València

### INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la Medicina ha sido siempre difícil. Tener presente la mejor opción diagnóstica o terapéutica para el paciente no es una tarea sencilla; era dificultosa cuando se ejercía desde la denostada figura del paternalismo médico y lo es ahora, cuando se impone el modelo de cogestión de la salud, ejercida por el médico bajo el *quasi* imperio de la autonomía del paciente.

Ahora el médico debe dirigir sus esfuerzos hacia dos metas principales: la actualización profesional para poder ofrecer a los usuarios de la sanidad los mejores recursos y la actualización en la vertiente ética -o si se prefiere bioética- para que, en su actuar, no lesione derechos personales.

Cuando se trata de usuarios mayores de edad, plenamente capaces, el comportamiento de profesional sanitario parece estar perfectamente estandarizado. El respeto debido a las decisiones de este tipo de pacientes no parece ofrecer dudas.

Pero cuando se trata del paciente menor, la falta de respeto a sus derechos no es un fenómeno que se produzca de cuando en cuando; muy al contrario, se producen situaciones que bien podría tildarse de manifiestamente injustas y contrarias a derecho.

En las próximas líneas veremos que esa afirmación, lejos de ser exagerada, toma cuerpo, en la práctica médica, de forma habitual.

### EL ESCENARIO Y LOS PROTAGONISTAS: UN MARCO TEÓRICO

La relación con el paciente menor se desarrolla, en un gran número de países, en un escenario marcado por un conjunto de principios y normas con las que se deben armonizar las relaciones entre los protagonistas de las historias

Las normas, sucintamente, son:

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos del Niño

Constitución

Ley de Protección Jurídica del Menor

Código Civil

Código Penal

Declaración de Ottawa, de la AMA, en 1998, sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica

Código de Ética y Deontología Médica

Y estos son los protagonistas:

Los menores de edad

Los mayores responsables

Los profesionales sanitarios

Los Jueces; estos un poco más arriba, vigilando.

Pero todavía cabe hacer alguna precisión más respecto a los protagonistas. Son las siguientes:

LOS MENORES

No constituyen un grupo homogéneo, ni mucho menos, sino que forman cuatro subgrupos:

Neonatos

Niños

Adolescentes

Jóvenes

Incluso podría incluirse un quinto subgrupo que, en muchos países, goza de plena protección penal: el de los aún no nacidos.

Como es muy evidente, dentro de cada uno de esos cuatro subgrupos, la capacidad de ejercer sus derechos personales y personalísimos van a ser muy diferentes; se hallarán entre la incapacidad absoluta del neonato y la plena capacidad del joven *premayor de edad*.

LOS MAYORES RESPONSABLES

También hay aquí clases y subclases, aunque no tan marcadas como en el caso de los menores; se pueden distinguir:

Padres unidos

Padres separados

Coincidentes

Discrepantes

Tutor legal

Hacer un análisis de todas las situaciones conflictivas que pueden darse, con los mayores responsables, escapa al tiempo y espacio de que se dispone en esta ocasión. Solo debe recordarse, sin embargo, un hecho muy importante. Los mayores responsables son representantes de los derechos

personales del menor y deben velar por ellos. También son representantes de los derechos personalísimos (vida, integridad física y psíquica, libertad, integridad sexual, etc.) y en sus decisiones siempre han de velar por su respeto. Por ello, no pueden tomar decisiones que pongan en peligro alguno de aquellos.

De forma expresa se ha dejado para este momento otra figura mayor responsable: se trata del Ministerio Fiscal que, en su función, se constituye en defensor nato del menor.

#### LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Tienen a su cargo la función asistencial del menor. Sus pautas de comportamiento son bien sencillas...de exponer. Pueden resumirse en estos tres puntos:

1. Como necesaria premisa, deben respetar las decisiones de los mayores responsables siempre que, con esa actitud, no se ponga en peligro ninguno de los derechos personalísimos del menor.

2. Antes de actuar, deben escuchar la opinión del menor, prestando especial atención a su grado de madurez ; se debe mantener en un segundo o tercer plano la edad cronológica.

3.- De respetar los otros derechos del menor, incluso frente a los representantes legales. Este aspecto se tratará, más adelante, con una referencia al derecho del menor a la intimidad.

Como puede comprobarse, la actitud de los profesionales sanitarios con el paciente menor, no ofrece dificultades. De exposición teórica.

#### LOS JUECES

Existe una cierta tendencia, al menos en España, a descargar sobre los jueces la toma de ciertas decisiones de índole asistencial. Por manido ejemplo, puede mencionarse la iteración de peticiones para que, un juez, autorice la práctica de una transfusión sanguínea a un Testigo de Jehová.

Ha de saberse que los Jueces no son omnipotentes en sus cargos. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial (VER OJO) existentes límites jurisdiccionales y no pueden atribuirse funciones que no les corresponden.

Este hecho se ha visto refrendado en la práctica cuando, ante determinadas peticiones de *autorización para...efectuadas por médicos*, los órganos judiciales han respondido que no son competentes para adoptar esas resoluciones; se trata de decisiones médicas y deben ser adoptadas por médicos.

Si después el asunto llega a los tribunales, será el momento de que el Juez dictamina sobre los hechos que se ventilen.

Hasta aquí queda expuesto el marco teórico conceptual. Ciertamente es que solamente una parte. No se ha expuesto, verbigracia, el marco legislativo específico que, en España, regula el derecho a la información y el consentimiento, la intimidad y la historia clínica. Se verá, a continuación, una referencia a la intimidad del paciente menor.

#### MENOR Y SECRETO PROFESIONAL

Aunque los conflictos más frecuentes se pueden plantear en asuntos referentes a negativas a tratamientos, también el secreto profesional puede ser origen de dilemas en la práctica sanitaria.

Véase a continuación lo que señala la Declaración de la Asociación Médica Mundial en la Declaración de Ottawa, que fue adoptada en 50ª Asamblea General en octubre de 1998, la sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica

#### INTRODUCCION

1. *La atención médica del niño, ya sea en su domicilio o en el hospital, incluye aspectos médicos, psicoafectivos, sociales y económicos que interactúan en el proceso de recuperación y que requieren una preocupación particular en cuanto a los derechos del niño como paciente.*

3. *En el contexto de esta Declaración, el niño se describe como un ser humano desde el momento de su nacimiento hasta fines de sus 17 años, a menos que según la legislación del país en cuestión, el niño sea reconocido legalmente como adulto a otra edad.*

En cuanto a la denominada mayoría de edad legal, es coincidente con lo establecido en España, puesto que se alcanza a los dieciocho años

#### PRINCIPIOS GENERALES

4. *Todo niño tiene el derecho inherente a la vida, al igual que el derecho a tener acceso a los servicios apropiados para la promoción de la salud, prevención y tratamiento de enfermedades, y recuperación de la salud. Los médicos y el personal de salud tienen la responsabilidad de reconocer y promover estos derechos, y de pedir que los recursos materiales y humanos sean proporcionados para que los mantengan y los cumplan. En especial, se debe hacer todo lo posible:*

i) *para proteger lo máximo posible la supervivencia y el desarrollo del niño, y para reconocer que los padres (o los representantes legales) son los primeros responsables del desarrollo del niño y que ambos padres tienen responsabilidades comunes al respecto.*

ii) *para asegurar que el interés superior del niño sea la consideración principal en la atención médica.*

viii) *para crear una atención médica preventiva.*

ix) *para eliminar el maltrato del niño en sus diversas formas.*

x) *para eliminar las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño.*

Aquí aparece una de las obligaciones, ya iterada en otros apartados, sobre la obligación de denuncia de los profesionales sanitarios, si quiera aunque sea ante la sospecha de un acto delictivo cometido sobre un menor.

#### PRINCIPIOS ESPECIFICOS

6. *Los médicos y el personal de salud que atienden al niño deben tener una formación especial y los conocimientos necesarios, para que puedan responder apropiadamente a las necesidades médicas, físicas, emocionales y del desarrollo del niño y de su familia.*

#### *Consentimiento y Autodeterminación*

9. El paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a tener una participación informada activa en todas las decisiones que afecten la atención médica del niño.

Los deseos del niño deben considerarse al tomar dichas decisiones y se les debe dar importancia, según su capacidad de comprensión.

El niño maduro, según la opinión del médico, tiene derecho a tomar sus propias decisiones sobre atención médica.

10. Excepto en, se necesita el consentimiento informado antes de comenzar un proceso de diagnóstico o de terapia en un niño, en especial cuando se trate de un procedimiento invasivo.

En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los padres o de los representantes legales; sin embargo, los deseos expresados por el niño deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento.

No obstante, si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo.

11. En general, el paciente niño capacitado y sus padres o representantes legales pueden abstenerse de otorgar consentimiento a un procedimiento o terapia.

Aunque se supone que los padres o representantes legales actuarán en beneficio del niño, a veces no es así.

12. Si el niño está inconsciente o no puede dar su consentimiento y no se dispone de uno de los padres o representantes legales, en circunstancias en que se necesita una intervención médica de urgencia, en ese caso se puede suponer el consentimiento específico para la intervención; a menos que sea obvio y que no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente o por convicción, de que el consentimiento para la intervención sería rechazado para esa situación en particular

13. El paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

#### *Acceso a la Información*

14. El paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a estar totalmente informados sobre su salud y condición médica, siempre que esto no vaya contra los intereses del niño.

Sin embargo, la información confidencial contenida en el historial del niño sobre una tercera persona, no debe ser entregada a éste, sus padres o representantes legales sin el consentimiento de dicha persona.

15. La información se debe entregar de manera apropiada a la cultura y al nivel de comprensión del receptor.

Esto es especialmente importante en el caso de la información que se entrega al niño, quien debe tener el derecho a acceder a la información general sobre salud.

16. Excepcionalmente, se puede retener cierta información frente al niño o sus padres o representantes legales, cuando haya una buena razón para creer que dicha información representaría un serio peligro para la vida o salud del niño, o para la salud física o mental de otra persona aparte del niño.

#### **SECRETO**

17. En general, la obligación de los médicos y del personal de salud de mantener el secreto sobre información médica y personal identificable de pacientes (incluida la información sobre el estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento), se aplica tanto para el caso de pacientes niños como para los adultos.

18. El paciente niño lo suficientemente maduro como para ir a una consulta sin sus padres o representantes legales, tiene derecho a la vida privada y puede solicitar servicios confidenciales.

Dicha solicitud debe ser respetada y la información obtenida durante la consulta o sesión de orientación no debe ser revelada a los padres o representantes legales, excepto con el consentimiento del niño o en circunstancias cuando el secreto del adulto puede ser conocido.

Además, cuando el médico tratante tenga buenas razones para concluir que a pesar de que el niño no está acompañado, éste no está capacitado para tomar una decisión informada sobre un tratamiento, o que sin intervención de los padres la salud del niño se pondría en grave e irreversible peligro; en ese caso, en circunstancias excepcionales, el médico puede revelar información confidencial, obtenida durante una consulta sin estar acompañado, a los padres o representantes legales.

Sin embargo, el médico primero debe dar a conocer al niño las razones de su decisión e intentar convencerlo que esté de acuerdo con esto.

#### *Maltrato del Niño*

25. Se deben tomar todas las medidas apropiadas para proteger al niño de todas las formas de trato negligente, violencia física o mental, maltrato, lesiones o abuso, incluido el abuso sexual.

En este contexto, se llama la atención a lo establecido en la Declaración de la AMM sobre Maltrato y Abandono del Niño.

#### *Dignidad del Paciente*

27. El paciente niño debe ser tratado siempre con tacto y comprensión, y con respecto por su dignidad y vida privada.

No se considera necesario hacer más comentarios, puesto que no se enriquecería el contenido de esta declaración.

Quizás sí es conveniente hacer notar, que ninguno de los dos Códigos deontológicos españoles que se han venido comentando en esta monografía, hacen referencia alguna a la necesidad de mantener el secreto del paciente menor maduro.

En otros apartados, por ejemplo cuando se trata la necesidad de obtener el consentimiento para una intervención, sí lo mencionan. Por ello, en buena lógica, cabe aplicar un razonamiento similar cuando se trata de preservar la intimidad del menor.

Como indica la norma reproducida más arriba, el profesional sanitario debe hacer una evaluación sobre el tipo de menor de que se trata. En función de ella, de la madurez que presente el paciente, se debe adoptar la decisión más adecuada.

Respecto a las circunstancias que pueden ser más conflictivas, hay que remitirse a lo expresado en el apartado correspondiente al enfermo psiquiátrico, puesto que son, a grandes rasgos, similares.

En cuanto a las relaciones sexuales, se debe conocer en qué circunstancias se dan, pero teniendo siempre en cuenta el límite que a la revelación por imperativo legal en los abusos sexuales:

*"A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, ..."*

Otros países, como por ejemplo Italia, han hecho el límite más restrictivo, puesto que la capacidad de consentir no se reconoce hasta que no se cumplen los 14 años.

Otra circunstancia, también de gran importancia, es la referida a la realización de un aborto en una de las circunstancias en las que se encuentra despenalizado. Se debe procurar que la menor comunique su estado y sus circunstancias a sus padres o representantes legales. En caso de no conseguirlo, deberá actuarse en conciencia, después de haber llegado a una conclusión personal sobre el grado de madurez de la persona implicada.

Por otro lado, además de la Declaración de la Asociación Médica Mundial, en España se encuentra vigente la Ley de Protección Jurídica del Menor. En este texto están recogidos todos los derechos de este colectivo; entre ellos, se encuentra el del respeto a su intimidad. Dice así el texto mencionado:

*Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.*

*1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.*

*2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.*

*3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.*

*4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.*

*5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.*

#### **CONCLUSIÓN**

Tomar una decisión terapéutica o preventiva, en la relación profesional con un menor, no debe ser diferente de la que se realiza con cualquier otro paciente. Habitualmente no se plantean grandes problemas y existe un interés común en terapeutas y responsables. Pero ha de quedar perfectamente claro que, en ocasiones, hay que tomar decisiones valientes, basadas en la mejor protección del menor y aunque la decisión tomada no sea del agrado de los padres o tutores.

El hecho de que se les haya de considerar como un paciente más, hace que las resoluciones respecto a ellos deban tener la misma carga de reflexión ética que en cualquier otro caso.