

Pregunta 4: Actuación de los centros sanitarios ante los progenitores separados/divorciados que comparten la patria potestad

1.- *¿Debo informar a la madre y solicitar su permiso para enviar a Atención al paciente los informes clínicos que me solicitan a instancias paternas?.*

2.- *¿Debo enviar los informes sin solicitar permiso materno, aunque informándola de que me los han solicitado y los he trasladado?.*

3.- *En caso de deba pedir permiso a la madre y ella no me lo conceda. ¿Tengo que remitir al padre, al juez o a cualquier otra instancia?.*

Un correcto análisis de la cuestión planteada exige con carácter previo tener en cuenta las siguientes

1) **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

a) EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD: El Código Civil (CC) establece que, en los casos de separación, nulidad y divorcio, el régimen de custodia y patria potestad quedará sometido al convenio regulador o resolución judicial.

“Artículo 90 CC:

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Artículo 91 CC:

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”

b) Cuando los anteriores instrumentos atribuyan a ambos progenitores, como parece ser el caso objeto de consulta, la patria potestad compartida se otorga tanto al padre como a la madre la capacidad de tomar decisiones en beneficio de sus hijos, comprendiendo esta potestad, entre otros deberes y facultades, velar por los hijos.

“Artículo 154 CC:

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.

Esa función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2º *Representarlos y administrar sus bienes.*

Si los hijos tuvieran 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.

Artículo 156 CC:

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.

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 atribuirle 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.”

b) EN RELACIÓN CON EL ACCESO A DATOS DE CARÁCTER PERSONAL:

El art 11.1 y 2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, establece que:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley”

Esta previsión en conexión con el art 154 de CC (norma con rango de ley), habilitaría la cesión o comunicación de datos de carácter personal. Siendo el cuidado de la salud de los hijos un contenido ordinario de la patria potestad.

El art 9.1 c) de la Ley 41/2002, reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula en su art 9, el consentimiento por representación, que, en el caso de los menores, establece:

” 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. *Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.”

El art 18.2 de la ley 41/2002, prevé que el derecho de acceso se ejerza por representación debidamente acreditada, respetando el límite del apartado tercero, esto es, no ejercerse en perjuicio de terceros a la confidencialidad de sus datos, ni en relación con las anotaciones subjetivas de los profesionales.

2) CONSIDERACIONES ORGANIZATIVAS

Para obtener el acceso a la historia clínica el paciente debe seguir el procedimiento establecido al efecto en el centro sanitario, generalmente a través de los Servicios de Atención al Usuario (SAU), que tramitan dichas solicitudes, limitándose el profesional a remitir la información que les sea requerida, tras la depuración de los datos que legalmente no proceda obtener. A estos efectos resulta de aplicación lo previsto en la Instrucción de la Dirección Gerencia del SESPA por la que se establece el procedimiento de acceso para uso no asistencial de la documentación clínica hospitalaria, de 14 de mayo de 2007.

Por otra parte nos permitimos sugerir que se establezca un procedimiento sistematizado para el acceso a la información clínica de los menores en supuestos como el que se comenta. Para ello consideramos que debieran respetarse, de modo orientativo, las siguientes premisas:

a) El progenitor separado o divorciado que no tenga asignados la guarda o custodia legal de sus hijos y desee recibir información sobre datos sanitarios de los mismos, deberá solicitarla al SAU mediante escrito, dirigido al mismo, al que acompañarán copia fehaciente de la sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad.

b) Si el fallo de la sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad contuviera una declaración expresa sobre el particular, los centros se atenderán estrictamente a lo que en ella se disponga.

c) Si el fallo de la sentencia no contuviera declaración sobre el particular, el centro deberá remitir información sobre la situación clínica de su hijo al progenitor que no tiene encomendada su custodia, siempre que no haya sido privado de la patria potestad. Los centros no entregarán información alguna al progenitor privado o excluido de patria potestad, salvo por orden judicial.

d) En el supuesto de que un SAU reciba una solicitud para facilitar información directa al progenitor que no tenga la custodia o guarda legal, en los términos y circunstancias que se especifican en los puntos anteriores, comunicará al progenitor que la tenga, la pretensión del solicitante y le concederá un plazo máximo de diez días para que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes. Se le indicará que puede tener conocimiento de la copia de la sentencia aportada por el otro progenitor para contrastar si es la última dictada y, por ello, la válida.

e) Transcurrido dicho plazo sin que se hayan formulado alegaciones o cuando éstas no aporten ningún elemento que aconseje variar el procedimiento que para estos casos se establece en las presentes Instrucciones, el centro procederá a hacer llegar al progenitor solicitante cuanta información demande.

f) La situación así definida se prolongará automáticamente salvo que alguno de los progenitores aportara nuevos elementos en relación con modificaciones en cuanto a la potestad, guarda o custodia.

3) CONCLUSIONES

1) Sin perjuicio de otros, en supuestos como los aquí planteados, debe atenderse a los principios de primacía del interés superior del menor, respetando su intimidad y autonomía y atender al adecuado ejercicio de la patria potestad por parte de los padres.

2) En relación con el ejercicio de la patria potestad compartida, es imprescindible para ambos padres contar con la debida información sobre la salud de su hijo, a fin de poder ejercerla adecuadamente. En este sentido, habría que atenderse a la norma que establece: *“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.”*

La norma habilita a ambos padres a participar en las decisiones que hayan de tomarse respecto a los hijos, siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en cuanto a su lugar de residencia, ámbito escolar o sanitario.

3) A sensu contrario, deberíamos entender que el ejercicio “no ordinario” de la misma, requeriría del consentimiento de ambos padres. Existe Jurisprudencia respecto a que se entiende por temas ordinarios: SAP Sevilla, de 26-11-2006, establece que aquellas decisiones diarias, habituales, ordinarias y rutinarias se han de adoptar por el que ejerce la guarda y aquellas que son trascendentes y afectan notablemente al desarrollo del menor necesitan de decisión conjunta (ej. llevar a un niño al pediatra por enfermedad común, casos de urgente necesidad, sería ordinaria). Y no ordinarios, como por ejemplo llevar al hijo a un profesional de la psicología para una evaluación o tratamiento, o en general cualquier decisión sanitaria con trascendencia, donde se requeriría el acuerdo de ambos.

En el caso que se nos plantea entendemos que la obtención de la historia clínica del menor, solicitada a instancia de su padre, para conocer su estado de salud, puede considerarse un ejercicio ordinario de la patria potestad (sería incluso un acto necesario para el adecuado ejercicio de tal potestad), para el que, en principio no se necesitará el consentimiento de la madre. A salvo siempre, del respeto al derecho de terceras personas a la confidencialidad de sus datos (ej. de la madre en este caso), que consten recogidos en ella en interés terapéutico del paciente y del derecho de reserva de los profesionales en relación con sus anotaciones subjetivas.

4) El hecho de que se informe a la madre de que se ha solicitado por el servicio correspondiente (de atención al usuario), información clínica del menor, es irrelevante, pudiendo el facultativo informar de ello, pero no teniendo porque hacerlo. Y ello porque se supone que, de tener que adoptarse o haberse adoptado, medidas de la que hemos considerado “no ordinarias”, en relación con la salud del menor, estas debieron haber sido autorizadas por ambos progenitores y por tanto informadas a ambos.

5) De la normativa analizada, en su conjunto, parece desprenderse que los profesionales sanitarios están obligados, salvo que el instrumento regulador de la separación o divorcio, diga otra cosa, a facilitar información a ambos progenitores, ya que, ambos tienen el derecho y el deber de velar por la salud de sus hijos.

6) El padre deberá hacer constar su condición de tal (libro de familia), y el documento que acredite que ostenta la patria potestad compartida con la madre, en los servicios correspondientes (de atención al usuario).

7) Se propone que por el SESPA se elabore un procedimiento reglado para canalizar esta forma de proporcionar información a través de los SAU en los términos señalados en el punto 2 relativo a las consideraciones organizativas