



**Viernes 14 de febrero de 2020**  
**Seminario:**  
**Aspectos legales de la atención al menor**

**Moderador:**

**Guillermo Martín Carballo**

*Pediatra. CS Fuentelarreina. Madrid. Presidente de la AMPap.*

**Ponente/monitora:**

■ **Miriam Holgado Catalán**

*CS María Montessori. Leganés. Madrid.*

Textos disponibles en  
**[www.aepap.org](http://www.aepap.org)**

**¿Cómo citar este artículo?**

Holgado Catalán M. Aspectos legales de la atención al menor. En: AEPap (ed.). Congreso de Actualización Pediatría 2020. Madrid: Lúa Ediciones 3.0; 2020. p. 275-281.



# Aspectos legales de la atención al menor

**Miriam Holgado Catalán**

*CS María Montessori. Leganés. Madrid.*

*[miriam.holgado@salud.madrid.org](mailto:miriam.holgado@salud.madrid.org)*

## RESUMEN

Abordaremos los temas medicolegales que nos puedan plantear conflicto con mayor frecuencia en la consulta de Atención Primaria pediátrica como son la atención a hijos de padres separados, la toma de decisiones o la elaboración de informes y certificados.

## INTRODUCCIÓN

Los temas legales están cobrando cada vez más interés entre los profesionales sanitarios. Hay un aumento de la litigiosidad percibida, pero a pesar del aumento de demandas no se ha producido un aumento de las sentencias condenatorias, de donde se deduce que nuestra práctica es conforme a la ley, aunque con frecuencia nos planteemos dudas sobre si lo hecho estaba bien o tendríamos que haber actuado de manera distinta, generándonos angustia.

En materia legal podemos sentirnos más ignorantes y por tanto más incómodos que con la incertidumbre clínica. El objetivo no es ser capaz de citar el artículo que recoge determinado principio legal, sino ser conscientes de su existencia y de la necesidad de respetarlo, aumentando nuestra seguridad en nosotros mismos y nuestro trabajo.

A lo largo de las últimas dos décadas se ha llevado un importante proceso de renovación del ordenamiento jurídico basado

en la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica del menor y su familia.

Trataremos algunos de los temas que más problemas nos pueden generar.

## PADRES SEPARADOS

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes de los progenitores hacia sus hijos menores de edad no emancipados. La ruptura del vínculo de una pareja no exime a los padres del ejercicio de sus obligaciones ya que en la gran mayoría de los casos la patria potestad la ostentan ambos progenitores salvo que haya sentencia expresa diciendo lo contrario. Se ejercerá conjuntamente por ambos o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, aunque la guarda y custodia la tengan en exclusiva uno de ellos o sea compartida (**Tabla 1**).

Los padres tienen obligación de comunicarse todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, por el cauce de información que mejor se adapte a sus circunstancias. El progenitor que oculta o no suministra al otro información relevante sobre la salud de su hijo

estaría actuando en contra del legítimo interés del menor, siendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Ambos deben intervenir en la autorización de cualquier intervención médica ya sea preventiva o curativa. Esto no implica que debamos tener el consentimiento explícito de ambos progenitores para las decisiones cotidianas de escasa relevancia (enfermedad común, revisiones periódicas del niño sano, vacunaciones sistemáticas), siendo suficiente el consentimiento de uno de ellos. Existe jurisprudencia en que se necesita el acuerdo explícito de ambos en casos no ordinarios como llevar al menor a Psicología o Psiquiatría para evaluación o tratamiento.

## DISCREPANCIA DE CRITERIO ENTRE PADRES

En la vida real, nos podemos encontrar con casos en los que los progenitores se encuentran en desacuerdo, ¿qué hacer en estas situaciones?

Cuando la urgencia de la situación no permita mayor demora actuaremos conforme a la *lex artis*, buscando el mayor interés del menor aun en contra de la opinión de uno o ambos padres.

Cuando la situación puede demorarse, por ejemplo la vacunación o patología psiquiátrica no urgente, lo primero y principal será intentar llegar a un acuerdo o resolver la disyuntiva mediante el diálogo, de no llegar a un consenso cualquiera de los dos progenitores podrá acudir al Juez, iniciando un procedimiento específico de Jurisdicción voluntaria, quien, después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso 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, el Juez podrá atribuir la 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 exceder de dos años.

**Tabla 1.** Diferencias entre patria potestad y custodia

Patria potestad	Custodia
Derecho-deber atribuido por ley a los progenitores	Facultades y obligaciones que se desgajan de la patria potestad
Se ejerce conjuntamente por ambos salvo sentencia judicial en los casos permitidos por ley	Uno solo de los progenitores, de forma compartida o por un tercero
Obligatoria, personal e intransferible	Fijada en sentencia de divorcio, convenio regulador
Representación legal, alimentar, cuidar, educar a los hijos menores y administrar sus bienes	Convivencia habitual y cuidado cotidiano

Si no somos conscientes de las discrepancias y actuamos, el Código Civil nos dice “respecto a los 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”. Si somos conscientes del desacuerdo entre ambos, no nos podemos escudar y actuar a las espaldas del otro progenitor.

### **SOLICITUD DE LA HISTORIA CLÍNICA DEL MENOR**

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor recogen el derecho a la intimidad respecto de intromisiones ilegítimas de terceros. Un pilar de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente es el tratamiento de la información sanitaria siendo el paciente el titular de dicha información sin que exista distinción por edad.

Pero el artículo 154 del Código Civil habilitaría el acceso de los padres a la información sanitaria de sus hijos para velar adecuadamente por su salud en cumplimiento de las obligaciones que impone el ejercicio de la patria potestad. Importante reseñar que se refiere solo a los titulares de la patria potestad y no a cualquier familiar.

A su vez, el paciente a partir de los 14 años también podrá ejercer por sí solo el derecho de acceso a los datos de su historia clínica, si bien este ejercicio no puede entenderse como limitación al derecho de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado a acceder a su historia clínica y el menor no puede impedirlo.

Es deber de los padres separados o divorciados el informarse entre sí sobre la salud de su hijo, pero ante la petición de datos de salud del menor, si ambos ostentan la patria potestad tienen derecho a ser informados, solicitar informes, así como la copia de la historia clínica, siguiendo los cauces establecidos por normativa para asegurar la confidencialidad de los datos de los pacientes, preservar los comentarios subjetivos de los profesionales o aquellos que puedan afectar a terceros.

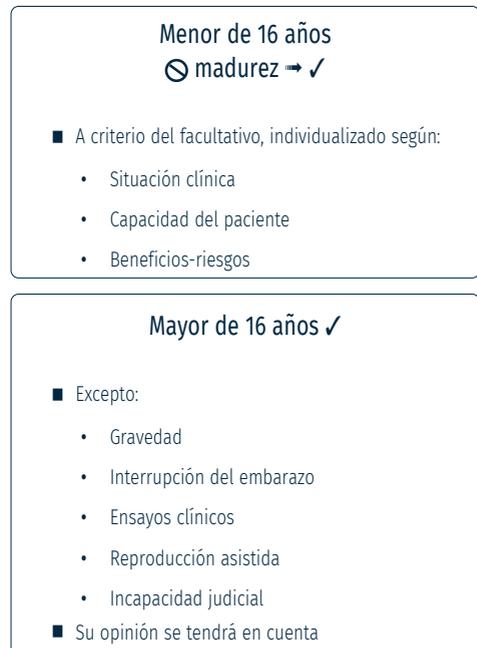
### **MENOR MADURO Y CONSENTIMIENTO**

Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión.

Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no tengan la capacidad modificada judicialmente, no cabe prestar el consentimiento por representación salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo. En ese caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión de este.

Para la interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales hasta los 18 años (**Figura 1**).

**Figura 1.** Toma de decisiones por menores



Es evidente que no adquieren facultades de manera inmediata por el hecho de cumplir 16 años, de un día para otro, habiendo un tránsito a la edad adulta e independiente a un ritmo de maduración propio que tiene que ver con sus capacidades y las oportunidades de aprendizaje en el medio.

La ley de Autonomía no resuelve cuando un menor de 16 años puede de forma autónoma otorgar su consentimiento sin la presencia de sus padres y deja al personal facultativo la apreciación objetiva de capacidad para poder otorgarlo.

El conflicto en la práctica diaria es evaluar ese grado de madurez, ya que no hay elementos objetivos o test psicológicos de aplicación rápida y el nivel requerido varía dependiendo de la situación clínica, a juicio del propio médico.

Se define competencia como la aptitud del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles para cada uno de ellos, y a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su escala de valores.

La madurez de una persona debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, y no por el contenido de los valores que asuma. Por lo tanto, no podemos caer en el error de considerar inmaduro a aquel que base sus decisiones en un sistema de valores diferente a lo considerado "adecuado" por el profesional sanitario.

El grado de capacidad que se exige depende del tipo de decisión y de sus consecuencias. Se requiere menor madurez para aceptar un tratamiento eficaz, que para rechazarlo o para preferir un tratamiento de eficacia dudosa.

Un posible mecanismo de evaluación sería:

1. Evaluar si comprende la información dada por el médico, "en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias".

2. Evaluar el motivo que fundamenta su decisión.
3. Ponderar los riesgos y beneficios de su decisión.

La valoración se limita a una situación y contexto clínico determinado, teniendo que repetirla en cada uno de los procesos en que se vea implicado.

Tampoco debemos olvidarnos de sus opiniones, aunque no lo consideremos suficientemente maduro para prestar el consentimiento informado, ya que tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia... teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

### **DESACUERDO ENTRE EL MÉDICO, EL PACIENTE Y LOS PADRES**

En caso de desacuerdo entre un hijo y sus padres, si consideramos maduro al menor, prevalecerá su decisión, salvo cuando se trate de intervenciones de grave riesgo para su vida o salud. En esos casos, y aunque el menor sea maduro, emancipado o mayor de 16 años, son los representantes legales los que deben decidir tras escuchar las opiniones del menor. La decisión deberá adoptarse siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente (**Figura 2**).

Cuando el menor maduro o los representantes legales del menor no maduro no consientan una intervención propuesta por su médico, siendo la opción más beneficiosa para el menor, y una vez agotadas las vías de comunicación entre las partes, debe ponerse en conocimiento del juez que es quien puede determinar cuál es el mayor beneficio objetivo. Si por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (**Figura 3**).

Figura 2. Toma de decisiones si el menor consiente

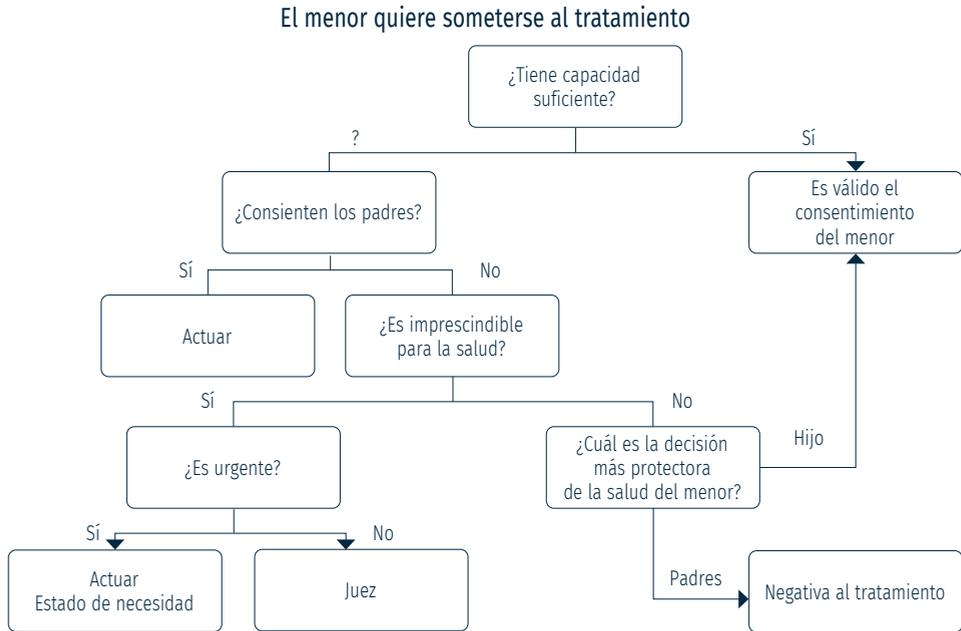
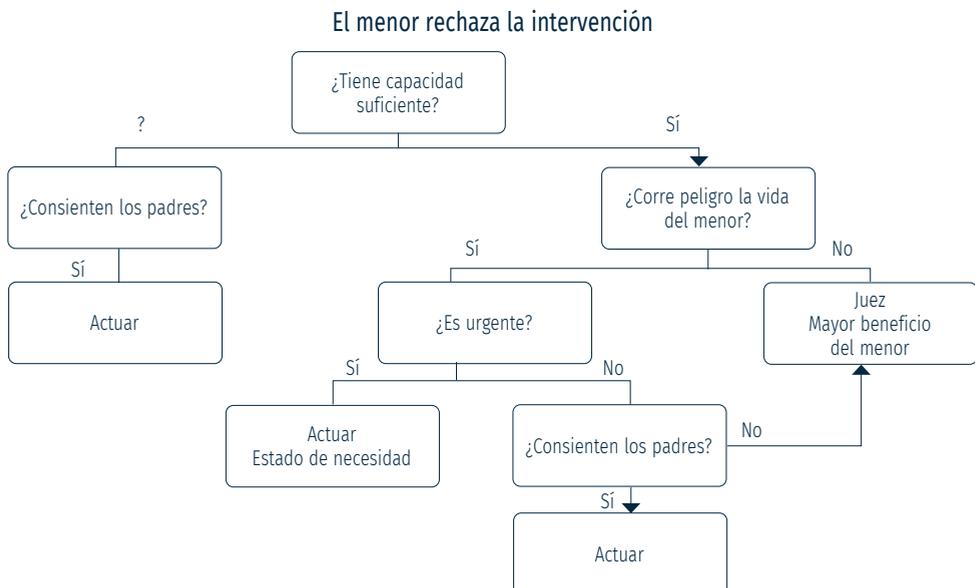


Figura 3. Toma de decisiones si el menor rechaza la intervención



## ATENCIÓN A MENORES SIN ACOMPAÑANTES

Si un menor acude solo a la consulta debemos en primer lugar prestar atención sanitaria y una vez valorada la situación clínica actuar en función de la gravedad. Si el tratamiento puede esperar, hay que evaluar primero la madurez del menor. En caso de determinar inmadurez se requerirá la presencia de los tutores legales. Si se considera suficientemente maduro se puede realizar la intervención médica, dejando constancia escrita en la historia clínica. A nivel social, habrá que evaluar cuales son los factores que han llevado a ese menor a acudir solo y la edad de este, por si es necesario hacer una comunicación a los Servicios Sociales por una posible situación de riesgo o desamparo.

## RELACIONES SEXUALES

Tras la modificación del Código Penal en marzo de 2015, se considera delito la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Tal como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, en caso de detectar un delito, el facultativo tiene la obligación legal de ponerlo en conocimiento de las autoridades pertinentes.

## CERTIFICADOS

Según la legislación vigente, las ausencias escolares de los menores de edad solo pueden ser autorizadas o justificadas por sus tutores legales. Por tanto, los médicos no tenemos la responsabilidad de justificar dichas faltas, siendo los padres los únicos responsables. Los responsables escolares (profesores, directores) deben aceptar la validez del informe justificativo de la ausencia realizado por los padres.

Los centros escolares solo pueden recabar datos personales de su alumnado en la medida de que estos sean necesarios para su función educativa. Los justifi-

cantes pueden contener información sensible que no tiene porqué ser conocida por el centro educativo. El conocimiento de una patología, tratamiento o antecedentes clínicos no pueden ser exigidos salvo que estén claramente justificados, por ejemplo, la existencia de alergias alimentarias.

El paciente sí tiene derecho a la elaboración de informes o certificados médicos que acrediten su estado de salud o la atención recibida, pero no a añadir cuestiones que no son competencia médica como que "no ha podido acudir a un examen". Tampoco existe obligación de emitir un informe en el que conste quién ha acompañado al menor a las consultas, ya que los informes médicos tienen finalidad asistencial y son emitidos con criterios exclusivamente médicos.

En caso de limitación funcional del paciente sí hay que indicarlo en el informe. Por ejemplo "limitación para actividades que supongan carrera, saltos..." si se ha producido un esguince de tobillo y forma parte de las medidas prescritas.

## CONCLUSIONES

- La ruptura del vínculo de pareja no exime a los padres del ejercicio de sus obligaciones hacia sus hijos.
- Los padres tienen obligación de comunicarse todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos.
- Ambos deben intervenir en la autorización de cualquier intervención médica ya sea preventiva o curativa.
- En caso de discrepancias cualquiera de los progenitores puede acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos.
- Los padres tienen acceso a la información sanitaria de sus hijos en el ejercicio de la patria potestad. El menor no puede oponerse a ese acceso.

- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión.
- El facultativo respetará el deseo del menor, siempre que lo considere capacitado.
- Las decisiones deberán adoptarse siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del menor.
- Las ausencias escolares de los menores de edad solo pueden ser autorizadas o justificadas por sus tutores legales.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado n.º 15, 17 de enero de 1996. Última actualización 29 de julio de 2015.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 77, 31 de marzo de 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 281, 24 de noviembre de 1995. Última actualización 2 de marzo de 2019.

#### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

---

- Agencia Española de Protección de Datos. Informe 0222/2014. Disponible en: <https://www.aepd.es/informes/historicos/2014-0222.pdf>
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado n.º 180, 29 de julio de 2015.
- 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. Boletín Oficial del Estado n.º 274, 15 de noviembre de 2002. Última actualización 6 de diciembre de 2018.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado n.º 175, 23 de julio de 2015.
- Ley Orgánica de Educación 2/2006 de 3 de mayo, modificada por la Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado n.º 106, 4 de mayo de 2006. Última actualización 6 de diciembre de 2018.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid. n.º 206, 25 de julio de 1988. Última actualización 4 de agosto de 2018.

