



**Viernes 13 de febrero de 2009**

**Taller:  
“Aspectos legales  
en la atención a menores”**

**Moderadora:**

Carmen Martínez González

*Pediatra. CS San Blas. Área 10. Madrid.*

**Ponentes/monitores:**

- **Fernando León Vázquez**  
*Coordinador del Grupo Lex Artis. Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria. CS Pozuelo-San Juan de la Cruz. Área 6. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.*
- **Manuel Ballarín Bardají**  
*Vocal de la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Gerencia de Atención Primaria. Área 7. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.*

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

**¿Cómo citar este artículo?**

Martínez González C. Aspectos legales de la atención al menor: Introducción. En: AEPap ed. Curso de Actualización Pediatría 2009. Madrid: Exlibris Ediciones; 2009. p. 187-9.

## Aspectos legales de la atención al menor. Introducción

**Carmen Martínez González**

*Pediatra. CS San Blas. Área 10. Madrid.  
[cmartinez.gapm10@salud.madrid.org](mailto:cmartinez.gapm10@salud.madrid.org)*

Las leyes existen para ordenar las relaciones humanas y proteger valores comunes, como mínimos consensuados para poder convivir en sociedad. Desde el momento en que estos valores son dignos de protección, se transforman en derechos personales o colectivos que generan inevitablemente responsabilidades individuales e institucionales, y deberes concretos en orden a salvaguardar y proteger esos derechos.

Durante el periodo clásico del ejercicio de la Medicina, hasta la revolución liberal, los médicos tenían deberes hacia sus pacientes, deberes profesionales llamados hoy “imperfectos” o “de beneficencia”, ya que los ejercía el médico obligado sólo moralmente. Durante ese largo periodo, a los pacientes no se les reconocía apenas ningún derecho. Sin embargo, esos deberes que obligaban solo moralmente, actualmente se han transformado en “deberes perfectos” o “de justicia”, es decir, deberes que nos obligan legalmente por ser correlativos a derechos adquiridos por los pacientes. Esto supone que la sociedad demanda no solo profesionales buenos, generosos y benéficos en sentido paternalista, virtudes que en definitiva dependerían de factores personales, sino que exige profesionales justos. El derecho ahora obliga frente al deber moral, es decir, estamos obligados a respetar la autonomía del paciente, el secreto médico, la confidencialidad, etc., no solo por una tendencia vocacional a la beneficencia, sino por obligación impuesta por la ley.

En los menores de edad son los padres quienes tienen en primera instancia que proteger los derechos de sus hijos, cumpliendo unos deberes que posibiliten su crecimiento y desarrollo físico e intelectual. Este conjunto de derechos y deberes, que integran la patria potestad, en principio no requieren de más conocimiento que el que corresponde al sentido común para ejercitar adecuadamente las funciones de padre o madre: "la diligencia del buen padre de familia", repite a menudo la ley, como sinónimo de paternidad intachable. Sin embargo al médico, dada la tendencia actual hacia la judicialización de la vida, y en concreto de la Medicina, se le impone la necesidad de conocer un mínimo normativo, un acercamiento a algunas leyes que ofrecen un marco legal de referencia para múltiples cuestiones prácticas. Destaca 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)<sup>2</sup>, que en relación a los menores, aporta la novedad de ser la primera que explicita límites de edad para tomar decisiones.

El objetivo de las leyes en el contexto pediátrico es proteger los derechos de los menores que, como recoge la *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*<sup>3</sup>, en tanto grupo dependiente y vulnerable, necesita una protección especial. La CDN es un tratado internacional promovido por Naciones Unidas y es la primera ley de carácter supranacional sobre los derechos de los niños jurídicamente vinculante, de cumplimiento obligatorio para los países que la ratifican. Ha sido aceptada por todos los países del mundo, excepto Somalia y Estados Unidos. Reconoce por ejemplo que todos los menores de 18 años tienen derecho al pleno desarrollo físico, mental y social y a expresar libremente sus opiniones.

En España, actualmente se reconoce plenamente la titularidad de derechos a los menores de edad, eso sí, con una capacidad progresiva para ejercerlos. Estos derechos están recogidos fundamentalmente en la LBAP<sup>2</sup> y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del menor<sup>4</sup> (LO 1/96), que introduce el concepto de "desarrollo evolutivo en el ejercicio de sus derechos".

Los pediatras somos responsables en gran parte de que no se vulneren derechos reconocidos en la infancia como los siguientes:

- Derecho a la intimidad y la confidencialidad de los datos de carácter sanitario.
- Derecho a tomar decisiones sobre su salud, o al menos a ser oído y su opinión tenida en cuenta por la familia y en cualquier procedimiento, aunque en determinadas circunstancias o edades su opinión no sea vinculante.
- Derecho a la protección frente al desamparo. La ley obliga a toda persona o autoridad, pero, sobre todo, a aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor; a comunicarlo a la autoridad o sus agentes más próximos.

Las leyes se hacen eco, especialmente en las últimas décadas, del cambio de mirada hacia el adolescente, que ha pasado de ser considerado incapaz y objeto de protección total, a sujeto poseedor de derechos que se ejercitarán progresivamente a través de la expresión de su autonomía. En este sentido, algunas áreas que reflejan este cambio son:

- Libertad sexual: el Código Penal, considera abusos o relaciones sexuales no consentidas, las mantenidas con menores de 13 años en todos los casos.
- Toma de decisiones sanitarias: la LBAP<sup>2</sup> plantea que el menor con 16 años cumplidos es quien debe consentir antes de someterse a un procedimiento médico, con algunas excepciones.
- El menor entre los 12 y los 16 años puede tomar determinadas decisiones sanitarias, si es considerado maduro. Un tema muy interesante, que no vamos a tratar aquí, sería cómo valorar la madurez.

Por último, no podemos pecar de ingenuos ni olvidar que la asistencia sanitaria es una actividad que genera riesgos, tanto para los pacientes que pueden sufrir las consecuencias de un error médico o una negligencia, como para los profesionales<sup>5</sup>. Es pues, tarea personal en

el ejercicio diario, buscar el equilibrio que nos permita trabajar dentro del marco de la ley, sin desarrollar una medicina defensiva que tanto puede deteriorar la calidad de la asistencia, encarecerla y mercantilizar la relación clínica.

### Bibliografía

1. Gracia D. Nuevos desafíos en la ética de las profesiones sanitarias. Como arqueros al blanco. Madrid: Triacastela; 2004. p. 279-99.
2. Ley 41/2002 de Autonomía del paciente [consultado el 30/09/2008]. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf>
3. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Convención sobre los Derechos del Niño [consultado el 30/10/2008]. Disponible en [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)
4. Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero de Protección Jurídica del Menor [consultado el 30/10/2008]. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/1996/01/17/pdfs/A01225-01238.pdf>
5. Antequera Vinagre JM. La responsabilidad penal del pediatra en Atención Primaria. Algunas ideas claves. Rev Pediatr Aten Primaria. 2004;6:113-9.





**Viernes 13 de febrero de 2009**

**Taller:  
“Aspectos legales  
en la atención a menores”**

**Moderadora:**

Carmen Martínez González

Pediatra. CS San Blas. Área 10. Madrid.

**Ponentes/monitores:**

■ **Fernando León Vázquez**

Coordinador del Grupo Lex Artis. Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria. CS Pozuelo-San Juan de la Cruz. Área 6. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.

■ **Manuel Ballarín Bardají**

Vocal de la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Gerencia de Atención Primaria. Área 7. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.

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

**¿Cómo citar este artículo?**

León Vázquez F, Ballarín Bardají M. Aspectos legales de la atención al menor. En: AEPap ed. Curso de Actualización Pediatría 2009. Madrid: Exlibris Ediciones; 2009. p. 191-5.

## Aspectos legales de la atención al menor

**Fernando León Vázquez**

Coordinador del Grupo Lex Artis. Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria. CS Pozuelo-San Juan de la Cruz. Área 6. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.  
[fleonv@meditex.es](mailto:fleonv@meditex.es)

**Manuel Ballarín Bardají**

Vocal de la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Gerencia de Atención Primaria. Área 7. Servicio Madrileño de Salud. Madrid.

### RESUMEN

La atención a menores genera conflictos entre valores jurídicos importantes. El médico se plantea dilemas éticos y legales. Los valores enfrentados son la intimidad del menor; el derecho a ejercer la patria potestad de los padres, el derecho a la información y a la autonomía (consentimiento informado) del menor. A veces, las decisiones de los padres chocan con los intereses del menor; a juicio del médico. Otras, los padres discrepan entre sí o con el criterio del médico. Los padres separados son otra fuente de conflicto. En los casos más graves encontramos consumo de drogas, abusos o maltrato, que requieren no solo un abordaje clínico, sino también legal.

El médico actúa en general dentro del marco legal, aún sin conocer el contenido concreto de las leyes. La mayor parte de las consultas no generan problemas, y cuando existen se resuelven con técnicas de comunicación con el paciente y su familia. Solo cuando la discrepancia es insalvable, intervienen criterios legales.

Siempre primará el interés superior del menor; y se procurará respetar su intimidad y su autonomía de decisión si es posible, valorando su capacidad a juicio del médico (menor maduro). Los padres podrán ejercer sus derechos siempre en favor del menor. Cuando el médico considere que no es así, recabará el auxilio judicial, policial o de servicios sociales.

## INTRODUCCIÓN

La atención a menores en la consulta de Atención Primaria puede generar conflictos de intereses entre distintos bienes jurídicos dignos de protección, que llevan al profesional a plantearse dilemas de naturaleza ética o legal. Así ocurre entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho a ejercer la patria potestad de los padres; o entre el derecho a la autonomía de decisión del menor (consentimiento libre y voluntario) cuando existen discrepancias con los padres. También surgen cuestiones conflictivas ante la posibilidad de que las decisiones de los padres puedan ir contra los intereses del menor, a juicio del médico, o cuando existen discrepancias de criterio entre ambos padres, separados o no.

Bien es verdad que ello ocurre en un porcentaje muy bajo de casos, ya que la mayoría de las consultas se resuelven sin dificultades, recurriendo a nuestros conocimientos clínicos, y, ocasionalmente, haciendo gala de nuestras habilidades comunicacionales. Seguramente fomentando estas segundas el número de reclamaciones en todos los ámbitos disminuiría significativamente.

Pero en esos pocos casos en que hay una duda legal, al profesional se le puede generar angustia y zozobra ante la decisión que se ve abocado a tomar. Acostumbrados a trabajar en un ámbito con un cierto grado de incertidumbre clínica, en las incertidumbres legales nos sentimos más incómodos, puesto que en este campo podemos sentirnos más ignorantes. Es necesario empezar diciendo que los médicos y pediatras no nos apartamos de la ley tanto como pensamos; nuestra práctica habitual se ajusta en general a la legalidad vigente, aún sin conocerla. Es posible que seamos incapaces de citar el artículo que recoge un principio legal; pero somos conscientes de su existencia y de la necesidad de respetarlo. Y ello ocurre así porque las leyes son, en la mayoría de los casos, un reflejo de la práctica real de los buenos médicos asistenciales. Se trata de un esfuerzo del Poder Legislativo de positivar mediante leyes escritas las normas de la buena práctica médica, aquellas que respetan los principios éticos, deontológicos y los derechos fundamentales de

las personas. Pocas veces una norma sorprende a los médicos, o va encaminada a "pillarnos", u obliga a un cambio radical en lo que venía siendo práctica habitual. Las leyes innovadoras surgen cuando la sociedad, representada en el Parlamento, intenta por ejemplo reconducir la relación médico-paciente hacia nuevos derroteros: esto es lo que ha ocurrido con el nuevo paradigma de la Autonomía de la Voluntad, traducida en la doctrina del Consentimiento Informado a través de la Ley de Autonomía que la desarrolla.

La prueba de que los médicos de familia y pediatras podemos estar tranquilos en general, ya que la práctica que hacemos es conforme a la ley, está en que, a pesar del aumento del número de demandas, no han aumentado en la misma proporción las sentencias condenatorias. No es a la demanda a la que debemos temer: el problema es la condena. La litigiosidad está aumentado en todos los ámbitos de la vida, fruto de la mayor sensibilización e información de la población de su derecho a reclamar y a obtener una "tutela efectiva de jueces y tribunales" (artículo 24 de la Constitución Española).

La asistencia que damos no solo se ajusta a la ley, más importante aún es que sea además conforme a la *Lex Artis*, esto es, a la práctica habitualmente considerada como ortodoxa por la generalidad de los médicos, adecuada al caso concreto y a las circunstancias reales.

Pondremos algunos ejemplos de estas situaciones que generan dudas legales. Excluimos algunos temas por razón de su extensión y por el tratamiento específico que reciben en otros foros, como el del menor maltratado, o el del consumo de drogas en menores. Ambas situaciones requieren un enfoque multidisciplinar, que también tiene su vertiente jurídica.

## SOLICITUD DE HISTORIA CLÍNICA DEL MENOR

Unos padres preocupados por su hijo menor de edad quieren saber si se ha informado en nuestra consulta por temas de drogas o por relaciones sexuales de riesgo, y solicitan copia de su historia clínica.

Otras veces ocurre que un padre solicita al médico la historia clínica del hijo menor de edad, del que tiene la patria potestad pero no la custodia, porque dice sospechar que el otro progenitor le atiende mal, o para demostrar que él le atiende bien.

En ambos casos el médico duda de si debe entregársela, o, por el contrario, el acceso a los datos contenidos en la historia clínica es un derecho que solo alcanza al padre custodio. O ni tan siquiera, esa información es personalísima y de exclusivo acceso para el menor y su terapeuta.

La normativa relativa a los datos sanitarios y el acceso a los mismos se encuentra recogida en la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica<sup>1</sup> y en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>2</sup>. Ambas deben ser interpretadas dentro del marco general que establece la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor<sup>3</sup>, en relación con el principio de **“primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo”**.

Las tres nos obligan a ser restrictivos en general en la entrega de estos datos, a los que se reconoce el nivel máximo de protección, y promueven el derecho del menor a la intimidad de sus datos sanitarios. Contra este principio de reserva del secreto, pugna el interés legítimo del padre de ejercer la patria potestad como exige el Código Civil<sup>4</sup>, para lo cual es imprescindible contar con la debida información sobre la salud de su hijo. Además, la Ley de Autonomía les concede el derecho de acceso a los datos contenidos en la Historia Clínica “por representación” del hijo menor de edad.

La Historia no se entregará en el caso en que el padre solicitante se haya visto privado de la patria potestad; ni si el médico cree que entregar los datos puede ir en perjuicio del menor (si va a hacer un uso prohibido de los mismos). Tampoco se entregarán en caso de que el menor alcance cierta edad, como ha reconocido ya alguna sentencia, y la propia Agencia de Protección de Datos (Informe 409/2004), que señala que *“si el padre o madre de un mayor de 14 años acude a un centro sanitario solici-*

*tando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de este, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega”*.

La respuesta en el resto de casos sería facilitar el acceso a la copia de los datos contenidos en la historia, excluyendo de los mismos los aspectos relativos a terceras personas, o lo que el médico responsable considere anotaciones subjetivas. El padre deberá hacer constar su condición de tal (libro de familia) y firmar un recibí. Este derecho de acceso a los datos no deberá ejercerlo abusivamente (cada vez que le entregan al niño), si de ello no se deriva un beneficio claro para el menor; en cuyo caso podrán oponerse las prevenciones arriba expresadas.

## DISCREPANCIAS DE CRITERIO ENTRE PADRES

Cada vez es más frecuente encontrarnos con menores hijos de padres separados. En el mejor de los casos una buena relación parental, al menos en lo relativo al bien de los hijos, minimiza los problemas. Pero hay casos en los que no es así, incluso se pasa al extremo contrario de convertirlos en arma arrojadiza en el proceso de separación y divorcio, buscando un trato de favor del juez a la hora de conceder custodias y pensiones. El médico se encuentra atrapado en esa guerra ajena, ya que su único interés es el beneficio, o al menos el mínimo perjuicio, para el menor.

Otras veces la discrepancia nace entre padres en general bien avenidos, y puede ser compatible con su convivencia. Sin embargo, supongamos que uno de ellos es contrario al uso de las vacunas. ¿A quién atender? ¿Al que expresa la opinión coincidente con la nuestra, o al que sostiene la contraria?

Aplicando las normas arriba citadas, nos encontramos ante una nueva diatriba. Como siempre nos ilumina el interés del menor. Cuando la urgencia de la situación no permita mayor demora, actuaremos conforme a *Lex Artis*,

buscando el interés del menor, aún en contra de la opinión de uno (o los dos) padres. Cuando, como en el citado caso de las vacunas, puede esperarse, se pondrá el caso en manos del juez que resolverá la discrepancia concreta. Esto es lo señalado por el Código Civil para dirimir las disputas entre los cónyuges, estén separados o no. Y cuando la discrepancia sea permanente, el juez puede conceder a uno de ellos la capacidad de decisión habitual, tal como señala el artículo 156 del Código Civil, *“el juez 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”*.

En la consulta del día a día, para decisiones de escasa relevancia, sobre todo cuando lo que se pide al padre o madre es que acepte la intervención propuesta para atender al hijo, bastará con obtener el consentimiento de uno de ellos. Como indica el Código Civil en el citado artículo, *“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”*.

### “MENOR MADURO”

La pregunta genérica para resolver es si un menor que acude solo a la consulta puede ser atendido, o se debe recabar la presencia de los padres, fuera de los casos urgentes en los que actuar es imprescindible y perentorio. La doctrina, es decir, el análisis de juristas prestigiosos de la legislación vigente y la jurisprudencia, ha ideado la figura del menor maduro. Se entiende por tal al menor de 16 años que tiene capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención concreta que se le propone, y, por lo tanto, puede prestar su consentimiento, sin necesidad de que esté complementado por el de sus progenitores. Hay autores que señalan también un límite inferior, de 12 años, por debajo del cual no cabría reconocer madurez a un menor. Por encima de los 16 años la Ley de Autonomía reconoce mayoría de edad sanitaria para consentir en las intervenciones, salvo algunas excepciones.

El menor maduro lo será para una intervención concreta, no para su salud en general. La Ley de Autonomía

excluye de estas intervenciones expresamente los ensayos clínicos, la interrupción voluntaria de embarazo y las técnicas de reproducción asistida, para las que exige un mínimo de 18 años.

La valoración de la capacidad o no del paciente compete al médico responsable, recayendo sobre él la decisión final. Nadie puede reprochar a un médico que no haya considerado a un paciente menor de 16 años “maduro”, o “capaz de entender el alcance de la intervención, intelectual y emocionalmente” que sería la formulación legal correcta, tras haberle examinado. Sí que sería jurídicamente reprochable suponer que todos los menores son maduros. La “madurez” debe evaluarla y estimarla el médico, pero nunca se presupone. Y a partir de haberla establecido para la circunstancia concreta, podrá el menor consentir por sí solo para la intervención, ya sea para tomarse un paracetamol o la píldora poscoital.

### CONCLUSIONES

Los médicos que atendemos a menores en nuestras consultas nos encontramos con distintas situaciones conflictivas. La mayoría de las veces no existirán problemas legales, al haber un acuerdo entre el menor, ambos padres y el profesional. Cuando exista desacuerdo, el buen uso de las técnicas de comunicación por parte del profesional, la capacidad de informar adecuadamente, y la confianza que genere resolverán la mayor parte de los problemas.

Para ese mínimo porcentaje de actuaciones en las que existe un choque de intereses legítimos, deberemos primar siempre el superior interés del menor. Y si este se encuentra en peligro, podremos recabar el auxilio de la autoridad judicial, policial o de los servicios sociales.

En el resto de los casos deberemos ponderar el grado de capacidad intelectual y emocional del menor para la actuación en curso, procurando en lo posible respetar su intimidad y su autonomía para consentir libremente. Cuando ello no sea factible, recurriremos a la complementación de sus padres o tutores.

## Bibliografía

1. 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 [consultado el 30/11/2008]. Disponible en [http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley\\_autonomia\\_paciente.pdf](http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomia_paciente.pdf)
2. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, Protección de Datos de Carácter Personal [consultado el 30/11/2008]. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>
3. 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 [consultado el 30/11/2008]. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/1996/01/17/pdfs/A01225-01238.pdf>
4. Real Orden de 29 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.