



Viernes 1 de febrero de 2013
Seminario:
Escenarios legales con el menor
en Atención Primaria

Moderadora:

Yolanda Martín Peinador

Pediatra. Vocal de la AMPap. CS Goya. Madrid.

Ponente/monitor:

■ **Fernando León Vázquez**

Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. Coordinador del Grupo Lex Artis. Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria (Somamfyc). Licenciado en Derecho. Máster en Derecho Sanitario. CS Universitario San Juan de la Cruz. Pozuelo de Alarcón, Madrid.

Textos disponibles en
www.aepap.org

¿Cómo citar este artículo?

León Vázquez F. Escenarios legales con el menor en Atención Primaria. En AEPap ed. Curso de Actualización Pediatría 2013. Madrid: Exlibris Ediciones; 2013. p. 193-8.

Escenarios legales con el menor en Atención Primaria

Fernando León Vázquez

Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. Coordinador del Grupo Lex Artis. Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria (Somamfyc). Licenciado en Derecho. Máster en Derecho Sanitario. CS Universitario San Juan de la Cruz. Pozuelo de Alarcón, Madrid.
fleonv@meditex.es

RESUMEN

La atención a menores genera pocas veces conflictos entre principios éticos y valores jurídicos importantes, pero cuando ocurre nos producen mucha incertidumbre legal como profesionales. Los valores enfrentados son la intimidad del menor; el derecho a ejercer adecuadamente 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; conforme a los criterios propios de la ciencia médica. Otras veces los padres discrepan entre sí o con el criterio profesional, algo frecuente entre progenitores separados. 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.

Presentamos una serie de casos clínicos en los que analizaremos las opciones posibles con referencia a las leyes implicadas. Su solución se regirá por la primacía del interés superior del menor; respetando su intimidad y su autonomía si es posible, y valorando su capacidad de decisión (menor maduro). Veremos también

cuándo el pediatra puede o debe recabar el auxilio judicial, fiscal, policial, de servicios sociales o de comités de ética asistencial.

INTRODUCCIÓN

La atención a menores en la consulta de atención primaria puede generar en ocasiones decisiones complejas desde el punto de vista ético y jurídico. Esta complejidad se debe a que están en juego intereses diversos, a veces contrapuestos, en los que intervienen los diferentes actores de la relación asistencial: el menor, el profesional sanitario, el padre, la madre, la institución sanitaria. La convergencia de distintos valores jurídicos dignos de protección que pueden parecer irreconciliables lleva al profesional a plantearse dilemas de naturaleza ética o legal.

Así ocurre cuando colisionan el derecho a la intimidad del menor y el derecho de los padres a ejercer la patria potestad; o entre el derecho a la autonomía en la decisión del menor (consentimiento libre y voluntario) que discrepa de la opinión de sus padres. También surgen cuestiones dudosas 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.

La mayoría de las consultas se resuelven sin dificultades recurriendo a nuestros conocimientos clínicos y nuestras habilidades comunicacionales. Pocas veces el conflicto llega a bloquear la toma de una decisión y obliga a diferirla para realizar un análisis más detenido o incluso compartido (por ejemplo, con un comité de ética asistencial).

Pero en esos pocos casos en que hay una duda legal, al profesional se le genera una desazón ante la decisión que se está abocado a tomar. Acostumbrados a trabajar en un ámbito de incertidumbre clínica, las incertidumbres legales las toleramos peor, puesto que en este campo podemos sentirnos más ignorantes. Cualquier argumento fundamentado en que "la ley dice que" parece que

desmonta cualquier razonamiento más lógico en contra, olvidando que todas las normas admiten excepción.

Los médicos podemos pensar que desconocemos la ley y a menudo no hay tal. Nuestra práctica diariamente se ajusta a la legalidad vigente, aún sin conocerla. Es posible que seamos incapaces de citar el artículo que recoge una norma; pero somos conscientes de su existencia y continuamente la respetamos. Esto se debe a que las leyes son, en la mayoría de los casos, un reflejo de la práctica real de los buenos profesionales. Existe un esfuerzo de los parlamentos (nacional y autonómicos) de positivar; es decir, plasmar en leyes escritas las normas de la buena práctica médica, la que respeta los principios éticos, deontológicos y los derechos fundamentales de las personas. Pocas veces una norma nos sorprenderá, o estará hecha para obligar a un cambio en la práctica habitual. 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.

Presentaremos algunos escenarios clínicos que puedan generar diferentes posibilidades de actuación más o menos adecuadas a la legalidad, y daremos unos criterios claros para la toma de decisiones.

SOLICITUD DE HISTORIA CLÍNICA DEL MENOR

Recibimos a unos padres de origen dominicano, preocupados por su hija de 13 años, que tiene un novio de 16 años, por si estuviera teniendo relaciones sexuales con él, o incluso si está consumiendo drogas. Nos piden la historia clínica de su hija. El médico se plantea la duda de si entregar o no la información.

Existen dos derechos en conflicto. Por un lado, el derecho de toda persona a la confidencialidad de los datos de salud, que ha depositado en un profesional sanitario, confiada en que están protegidos por el secreto profesional. Este derecho alcanza también a los menores de edad. Por otro lado, el derecho de los padres a la infor-

mación sanitaria de la hija, que les permitirá hacer frente a su obligación de ejercer la patria potestad de manera efectiva. El médico duda de si debe entregar la historia, o por el contrario el acceso a los datos contenidos en la historia clínica es un derecho que solo alcanza al titular de la historia clínica, ya que se trata de información 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*¹ y en la *Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal*². Ambas deben ser interpretadas dentro del marco general que establece la *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor*³, 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 la entrega de estos datos a terceros, incluyendo los padres, ya que se reconoce el nivel máximo de protección a la información relativo a la salud, y proclaman 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 Civil⁴, 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 solución a este caso pasa por ofrecer a los padres alternativas a la entrega de la documentación solicitada, para que desistan de ejercitar ese derecho que colisiona con nuestra obligación de sigilo. Para ello deben exponerse además de estos argumentos legales en relación a nuestra obligación de secreto, la escasa utilidad que tendrá para ellos el conocimiento de la historia, ya que supondrá la pérdida de confianza de la joven en sus padres y en su médico, y arruinará cualquier opción de abordaje terapéutico basado en la mutua confianza. Y ello independientemente del contenido concreto de la His-

toria, es decir, tanto si tiene relaciones como si no, si toma drogas como si no.

Si a pesar de la estrategia de negociación los padres insistieran en su petición, la respuesta sería negativa en el caso en que el padre solicitante se haya visto privado de la patria potestad, o si el médico cree que entregar los datos puede ir en perjuicio del menor (por ejemplo, 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 judicial, 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 solicitando 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”*.

En el resto de casos se facilitaría 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 de la historia. Este derecho de acceso a los datos no deberá ejercerlo abusivamente (cada vez que le entregan al niño en padres separados) 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

Acude el padre de un niño de cuatro años cumplidos, divorciado de la madre, para advertirnos que su ex esposa no piensa traer a su hijo a vacunarle de la triple vírica, ya que *“ella no es partidaria de las vacunas”*. Nos pide que *“le vacunemos a escondidas”*. Se ofrece a traerle sin que lo sepa la madre uno de los jueves en los que él le recoge del colegio para que le vacunemos entonces, ya que entiende que la vacuna figura en el calendario oficial de la Comunidad de Madrid y que por tanto es obligatoria.

Es algo habitual encontramos con menores hijos de padres divorciados o separados. Una relación paterna pacífica en lo relativo a la crianza de los hijos minimiza los problemas en este ámbito. Pero hay casos en los que no es así, incluso los hijos se convierten en instrumento durante el proceso de separación y divorcio, para obtener un mejor trato del juez a la hora de conceder custodias y pensiones. El pediatra se encuentra inmerso en esta disputa que le es ajena, ya que su único interés es el beneficio del menor.

La discrepancia también es posible entre padres bien avenidos, pero en esos casos se opta por esperar a que alguna de las partes ceda. Pero mientras esto ocurre, ¿A quién atender? ¿Al que expresa la opinión coincidente con la nuestra, en vez de al que sostiene la contraria?

Si nos empeñamos en aplicar la Ley, nos encontramos ante un nuevo dilema. Como siempre debemos resolverlo a la luz del interés superior del menor. Cuando la urgencia de la situación no permita ninguna demora, actuaremos conforme a *Lex Artis*, buscando el interés del menor aún en contra de la opinión de uno (o los dos) padres (artículo 9.2.b Ley de Autonomía del Paciente¹ y Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado⁵). Siempre que la urgencia lo permita, consultaremos con el Juez de Guardia directamente o a través del Fiscal.

Cuando, como en el citado caso de las vacunas, no existe ninguna urgencia, se pondrá el caso en manos del juez que resolverá la discrepancia concreta. Este es el señalado por el Código Civil⁴ 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 del 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*".

También deberemos recordar que las vacunas del calendario oficial carecen de carácter obligatorio, siempre y cuando la autoridad sanitaria no dicte una norma específica en caso de epidemia o cualquier otro riesgo de salud pública, al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁶.

PROBLEMAS ANTE UN "MENOR MADURO"

Una chica de 14 años solicita una píldora anticonceptiva porque quiere empezar a tener relaciones sexuales completas y sin preservativo con su novio "estable" (llevan ya seis meses), que tiene 16 años. El médico desaprueba esa relación, pero se plantea si puede acceder a la petición de la menor sin contar con los padres.

La pregunta genérica para resolver es si un menor que acude solo a la consulta puede ser atendido con su solo consentimiento para la intervención, o se debe recabar la presencia de los padres, fuera de los casos urgentes en los que actuar sea urgente. 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 para 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. A los mayores de 16 años se les reconoce esa capacidad por defecto, la Ley de Autonomía¹ reconoce mayoría de edad sanitaria para consentir en las intervenciones, salvo algunas excepciones. Se señala también el límite inferior de doce años, por debajo del cual no cabría reconocer madurez a un menor. Recientemente (octubre 2012) la Circular 1/2012 del Fiscal General del Estado⁶ ha venido a ordenar algunos aspectos del consentimiento en menores de 18 años, que resumimos en este esquema:

- Pueden prestar el consentimiento informado los menores de 16 y 17 años y los emancipados.
- Los menores de 16 años que, a **juicio del facultativo**, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecen de capacidad para prestar el consentimiento informado*. En estos supuestos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.
- Pueden prestar consentimiento los menores de cualquier edad que, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.
- Los menores de menos de 12 años deben ser considerados inmaduros a efectos de prestar el consentimiento informado como regla general.

La capacidad de los menores para prestar el consentimiento informado debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones “de grave riesgo” (incluyendo las transfusiones de sangre como caso paradigmático) (tabla 1):

a) Menor maduro

- Cuando el **menor** maduro se **niega** a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, pero los representantes legales son **favorables** a que se realice la misma, por aplicación del artículo 9.3 c) de la Ley de Autonomía¹, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgen-

cia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor; plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

- Cuando el menor maduro se **niega** a la práctica de una intervención con grave riesgo para su vida o salud, **apoyando los representantes** legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- Cuando el menor maduro **acepta**, prestando su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los **representantes** legales los que se **oponen**, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

b) Menor inmaduro

Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente

Tabla 1.

El médico propone una opción protectora de la salud: OM		PADRES	
		Aceptan	Rechazan
Menor	Maduro	Acepta	OM, hay acuerdo
		Rechaza	OM, mejor Juez si hay tiempo
	Inmaduro	Acepta	OM, la opinión del menor no cuenta
		Rechaza	Juez, la opinión del menor no cuenta

En caso de urgencia vital, el médico puede actuar conforme a su criterio aún contra la opinión de ambos.

aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.

El menor maduro lo será para una intervención concreta, no para su salud en general. Las leyes excluyen de estas intervenciones expresamente los ensayos clínicos, la donación de órganos sólidos para trasplante entre vivos 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.

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 menor, ambos padres y 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.

La mayoría de edad sanitaria se alcanza a los 16 años. Por debajo de 12 años es difícil reconocer capacidad. 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 básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, n.º 274, (15-11-2002).
2. Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, n.º 298, (14-12-1999).
3. Ley de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero. Boletín Oficial del Estado, n.º 15, (17-01-1996).
4. Real Decreto del 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.
5. Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
6. Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril. Boletín Oficial del Estado, n.º 102, (29-04-1986).