

## El menor en la asistencia sanitaria: intimidad y consentimiento informado

JM. Antequera Vinagre  
Escuela Nacional de Sanidad.  
Instituto de Salud Carlos III. Madrid.

---

### Resumen

*La asistencia sanitaria en general tiene en ocasiones la problemática de enfrentarse a conflictos jurídicos; la Pediatría en Atención Primaria no es una excepción. Nos encontramos en un contexto de aumento de reclamaciones y de generación de conflictos legales en la tarea ordinaria de los profesionales sanitarios. Este artículo tiene el propósito de analizar dos derechos de los menores: la intimidad y confidencialidad, y el consentimiento informado; así como de orientar a los Pediatras a decidir ante situaciones jurídicas donde se encuentre un menor.*

*La idea central del artículo es la necesidad de respetar la intimidad y la confidencialidad del menor en la asistencia sanitaria; además de constatar la importancia del derecho a la información del menor y al consentimiento informado. Ante cualquier duda, conflicto con los padres, etc... debe prevalecer en todo momento el interés del menor y el criterio clínico y sanitario.*

**Palabras claves:** Menores, Pediatra, Intimidad, Consentimiento informado, Asistencia sanitaria.

### Abstract

*Sometimes, health assistance has to confront law conflicts, and Pediatrics in Primary Care is not an exception. We are facing an increase in the demands and the appearance of legal confrontations in the daily work of the Health professionals. This article has attempted to analyse two children's rights: intimacy and confidentiality, and the informed consent. Also, I will try to guide pediatricians about how to act in legal problems when the child is not present.*

*The main idea of the article is the need for respecting the intimacy and the confidentiality of children in Primary Health. Besides, it underlines the importance of child rights to information and informed consent in Primary Health. When any doubt or conflict is faced, the interest of the child and the medical criteria should prevail.*

**Key words:** Children, Pediatrics, Privacy, Informed consent, Health assistance.

## 1. Introducción

Nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS) como ejemplo de realización efectiva del derecho a la salud<sup>1</sup> con una vocación universal en la asistencia sanitaria, es el paradigma de la configuración constitucional de nuestro Estado, como un Estado Social y Democrático de Derecho. Este concepto extiende su impronta y su haz de luz hacia otros preceptos constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>: derecho básico y definidor de un Estado de Derecho; este derecho postula y dinamiza el derecho de todo ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar un derecho. En coherencia con ésto, en los Estados de nuestro entorno al igual que España, se objetiva un aumento de la litigiosidad en todos los órdenes jurisdiccionales: **es una característica de las sociedades modernas**, que afecta a todos los ámbitos sociales. La sanidad no es ajena a este fenómeno del aumento de las reclamaciones judiciales con el surgimiento del fenómeno **de la judicialización de la asistencia sanitaria**, con la correlativa inquietud de los

profesionales y las instituciones sanitarias. Este fenómeno *per se* no es nocivo para los profesionales y las instituciones sanitarias públicas y privadas: los usuarios de los servicios sanitarios ejercitan un derecho constitucional (el acceso a los órganos judiciales); es perjudicial e insidioso en la medida que se usa la vía penal en exceso para supuestos en los que sería más racional y lógico la vía civil y la contencioso-administrativa (ámbitos más naturales para el resarcimiento del daño).

En definitiva el binomio responsabilidad jurídica-asistencia sanitaria requiere un escenario de clara reflexión para otorgar tranquilidad y sosiego a los profesionales sanitarios sin menoscabar los derechos de los usuarios. Reflexiones y consideraciones que exceden los objetivos de este artículo pero que considero necesario constatar.

El fin del presente artículo se centra en una reflexión y descripción de los derechos de los menores en el ámbito de la asistencia sanitaria por la problemática y conflictividad que puede generar en la Atención Primaria y estructurar algunas pautas de actuación profesional en el mundo de derechos de los menores, asistencia sanitaria, papel de los padres, relaciones paternofiliales y conflicto de intereses entre menores

<sup>1</sup> Artículo 43 de la Constitución: "Se reconoce el derecho a la protección de la salud".

<sup>2</sup> Derecho Fundamental del artículo 24.1 de la Constitución.

y sus representantes legales. Por una cuestión de dimensión centraré el debate y el análisis en dos derechos: la intimidad y el consentimiento informado.

## **2. Principio de autonomía. Derechos del menor y asistencia sanitaria**

El principio de autonomía en la asistencia sanitaria supone la superación del binomio paciente-médico (actitud más pasiva y paternalista) al binomio usuario-profesional (actitud más activa y dinámica), con un usuario con una aceptación como cliente y demandante de asistencia sanitaria, y por lo tanto exigente en la prestación. Ésto supone un evidente cambio de mentalidad y de actitud ante los profesionales sanitarios y los centros y servicios sanitarios: es la autodeterminación.

El desarrollo de los derechos de los menores ha sufrido una evolución en la conciencia social y en la legislación. En España se recoge en el artículo 39.4 de la Constitución Española<sup>3</sup> con concreción en ulteriores normas:

- a. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor.

- b. Los artículos 108 y siguientes del Código Civil.
- c. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>4</sup>.
- d. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo del 4 de abril de 1997.
- e. Ley General de Sanidad 4/1986 de 25 de abril.
- f. Proposición de Ley. Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica<sup>5</sup>.

Éste es el marco normativo básico de los derechos de los menores y la asistencia sanitaria que debe ser analizado en situaciones de conflictos de derechos desde la doctrina del Tribunal Constitucional.

## **3. Derechos de los menores**

Antes de analizar una serie de derechos que pueden tener interés para los profesionales sanitarios en pediatría de

<sup>3</sup> "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

<sup>4</sup> Norma de derecho interno tras Instrumento de Ratificación de 30-11-1990 (BOE 31.12.1990).

<sup>5</sup> En tramitación en el Congreso de los Diputados.

Atención Primaria debo indicar que los Tratados Internacionales válidamente celebrados por España tienen **un plus de jerarquía, es decir prevalecen jerárquicamente sobre las normas jurídicas nacionales**<sup>6</sup>. Ésto es básico para analizar casos concretos.

### **3.1. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen:**

Los menores son titulares de derechos personalísimos como los que se describen y de ejercicio personal, cuya limitación debe ser interpretado restrictivamente. Es un derecho que se reconoce en el artículo 18.1 de la Constitución española con carácter general pero en el supuesto del menor se refuerza jurídicamente en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor<sup>7</sup>:

- a. Existe una obligación legal de intervención del Ministerio Fiscal.
- b. **El consentimiento del menor y de los representante legales no tiene validez si de esa información se pueden derivar perjuicios para el menor.**

---

<sup>6</sup> Este es un criterio mantenido por el Tribunal Constitucional al interpretar los artículos del 93 al 96 de la Constitución española.

<sup>7</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

- c. Existe un deber de garantía de los poderes públicos de este derecho.

Extrapolando esta norma al ámbito sanitario es importante indicar que si el Pediatra u otros profesionales sanitarios se encuentran en la situación de consentimiento del menor y los representantes legales a dar información sobre su situación sanitaria, el profesional sanitario se puede negar en interés del menor (aunque exista consentimiento). Es un refuerzo garantista<sup>8</sup>.

El derecho a la intimidad tiene necesaria conexión con el derecho a la confidencialidad que recoge el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad; igualmente el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina en el artículo 10 reconoce que "toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud".

### **3.2. Derecho de información y consentimiento informado:**

Un elemento esencial en la prestación sanitaria es la recepción de la suficiente y adecuada información sobre la prestación sanitaria y sobre los procesos asistenciales; máxime cuando el derecho de información en asistencia sanitaria es in-

---

<sup>8</sup> Artículo 2 de la LO 1/199.

herente al principio de autonomía de todo sujeto y al menor no se le puede soslayar tal consideración. En mi opinión es un derecho de ejercicio personalísimo, donde todas las posibles limitaciones deben interpretarse restrictivamente.

Sin duda el Pediatra en Atención Primaria tiene que atender y recibir a menores y a sus padres, por lo que es posible que puedan surgir situaciones de conflicto de intereses entre el menor y los padres, sobretodo cuando aquél tiene una edad con una capacidad mental suficiente para conocer la información que se le da y la trascendencia de la intervención médica. La solución y la creación de procedimientos estandarizados y consensuados en la organización sanitaria es uno de los máximos retos de la institución sanitaria.

Sin ser exhaustivo, las normas y textos legales básicos a tener en cuenta a la hora de analizar y estudiar el derecho de información (consentimiento informado) son :

1. Artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad: "*Todos tienen derechos con respeto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias:*

5) *A que se dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o*

*allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.*

2. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina<sup>9</sup>:

- *Artículo 5: Regla General: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.*

*Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona podrá retirar libremente su consentimiento".*

- *Artículo 6: Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento:*

• *Apartado 2: Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una*

---

<sup>9</sup>Convenio de Oviedo.

*persona o institución designada por la Ley.*

*La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de la edad y el grado de madurez"<sup>10,11</sup>.*

3. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor:

Artículo 2: Principios Generales: Se establece el principio de interés superior del menor.

Artículo 5: Derechos de Información: "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo".

Artículo 9: Derecho a ser oído.<sup>12</sup> "El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afec-

*te a su esfera personal, familiar o social.*

*En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".*

4. Código Civil. Capítulo III. De la representación legal de los hijos.

Artículo 162: "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pudiera realizar por sí mismo.

2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre el padre y el hijo".

Este esquema mínimo legal debe tenerse en cuenta en la asistencia sanitaria en Atención Primaria pediátrica. Es evidente que el Pediatra no tiene que ser un experto jurista sobre las situaciones de conflicto jurídico que se pueden generar en su actuación diaria, pero, sí es conveniente crear una cultura jurídica básica para un correcto abordaje *in situ*.

<sup>10</sup> El representante, la autoridad, persona o institución indicados recibirán en iguales condiciones, la información a la que se refiere el artículo 5 (artículo 5.4 del Convenio de Oviedo).

<sup>11</sup> Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

<sup>12</sup> AC 2000\544 y AC 1999\5994.

En el ánimo de ser lo más didáctico posible y previa exégesis de los preceptos anteriores se pueden extraer las siguientes consideraciones:

1. El menor, pese a poseer restricciones a su capacidad (consentimiento) se le reconoce un derecho a la información sobre su salud<sup>13</sup>.
2. La información sobre la salud y el consentimiento informado en aspectos asistenciales es un derecho de ejercicio personalísimo y por lo tanto no sometido a *estricta representación*. El menor goza de autonomía.
3. En caso de conflicto entre los padres o entre padres e hijo, siempre la solución sobre la cuestión a debate debe vehiculizarse en **interés del menor**. Por lo tanto ningún criterio merece mayor protección que el beneficio y el interés del menor. Ésto es un criterio y principio guía-básico<sup>14</sup>.
4. El profesional sanitario médico y en lógica con la exigible diligencia (*lex artis*), y su criterio de actuación son la salvaguarda, tutela y protección de la salud del menor y

redunde en su beneficio directo<sup>15,16</sup>. Por lo tanto, es obligado y legítimo instaurar un tratamiento pese al rechazo y negativa de los padres.

### 3.3. A modo de ejemplo...

A continuación presento un caso<sup>17</sup> que puede ilustrar perfectamente desde la práctica cotidiana los problemas que se pueden plantear con el menor.

- Es un supuesto de separación judicial en el que ambos padres eran

---

<sup>15</sup> Artículo 6.1 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina: "... sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo".

<sup>16</sup> Sentencia de 27 junio 1997, núm. 950/1997. Recurso de Casación núm. 3248/1996: "Y esa ponderación varía sustancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. **Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres.** Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible".

<sup>17</sup> Informe 2000 del Defensor del Pueblo presentado a las Cortes Generales. Publicación 8 de octubre del 2001.-Serie A. Núm. 201.

---

<sup>13</sup> Vid, up supra 11.

<sup>14</sup> Artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (BOE 31.12.1990).

titulares de la patria potestad: una menor de 8 años de edad recibe tratamiento psicoterapéutico autorizado por la madre de la menor que ejercía la patria potestad y el derecho de guarda y custodia. Dicho tratamiento se suspendió a los cuatro meses de instaurarse por la negativa expresa del padre (también titular de la patria potestad) a continuar con el tratamiento. El criterio del centro sanitario fue suspender el tratamiento hasta que los padres se pusieran de acuerdo o hasta que hubiera un requerimiento judicial.

Es un supuesto típico de subordinación del valor esencial (salud y bienestar del menor) a elementos accesorios (relaciones de padres, procedimiento judicial, etc). Por ello considero de interés esquematizar las consideraciones del Defensor del Pueblo en este caso, con sometimiento a la legalidad y con un criterio, en mi opinión, muy correcto:

1. Antes de tomar cualquier iniciativa (la Institución sanitaria) en este caso la suspensión del tratamiento, debería haber sido consultada la niña, en virtud del derecho a ser oído que tiene el menor en aquellas decisiones que afecten a su esfera personal, familiar o social, se-

gún se establece en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

2. Si eso no fuera posible, se debería haber consultado a sus representantes legales, es decir, a ambos progenitores.
3. Si se mantiene la discrepancia entre los progenitores, la dirección del hospital debería haber informado a ambos, antes de inhibirse en la dispensación de la terapia que venía realizándose, por el bien superior de la niña, y en caso contrario, acerca de la posibilidad que les concede el artículo 156 del Código Civil de acudir al juez para que atribuya la facultad de decisión al padre o a la madre.
4. El Defensor del Pueblo recordó a la Institución la situación legal al respecto:
  - El deber de oír a la menor sobre la conveniencia de continuar o interrumpir los tratamientos sanitarios que reciba, de conocer su opinión a través de sus representantes legales cuando no sea posible oír la o no convenga a su interés o, en supuestos de desacuerdos reiterados al respecto de quienes ejerzan la patria potestad y ante la ausencia de iniciati-



va de cualquiera de ellos para poner el asunto en consideración del juez, de trasladarlo al Ministerio Fiscal, antes de proceder a la suspensión de los tratamientos.

#### **4. Conclusión**

---

En la actividad de la Pediatría en Atención Primaria el destinatario de su actividad sanitaria son menores. Éstos son titulares de derechos pero se encuentran bajo la representación de otra persona (padres, tutores, etc) con quien pueden llegar a tener un conflicto de intereses en relación con su salud. En este supuesto la normativa de aplicación en

materia de menores es clara en la prevalencia del interés y beneficio del menor, el criterio de intervención de los profesionales sanitarios.

Los derechos al respeto de su intimidad y confidencialidad y el derecho al consentimiento informado en materia relacionada con su salud deben ser tutelados y salvaguardados por los Pediatras y entran en coherencia en la diligencia exigible en su *lex artis*. La máxima adecuación a ésta, exige que el Pediatra en Atención Primaria (extensible a todos los profesionales sanitarios) actúe bajo criterios estrictamente sanitarios y de salvaguarda y protección del derecho a la salud.

## Bibliografía

---

– Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor legislación estatal, internacional y de las comunidades autónomas : concordancias : jurisprudencia : comentarios Francisco Mata Rivas con la colaboración de Gerardo Cavero Forradeillas, Francisco Mata Rivas.

– Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito civil. Ed. Dirección General de Acción Social, del

Menor y de la Familia. Guzmán Fluja Vicente C.

– Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de funciones protectoras y reformadoras. Defensor del Pueblo.

– El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica) Antonio Fraga Mandián, Manuel María Lamas Meilán.

