



**Viernes 25 de marzo de 2022**  
**Seminario:**  
**Aspectos legales de la atención al menor**

**Moderadora:**  
**Eva Navarro Villalba**  
*Pediatra. CS Pavones. Madrid.*

**Ponente/monitora:**  
■ **Carmen González León**  
*Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca. Salamanca.*

Textos disponibles en  
**www.aepap.org**

#### ¿Cómo citar este artículo?

González León C. Aspectos legales sobre el paciente menor de edad. En: AEPap (ed.). Congreso de Actualización en Pediatría 2022. Madrid: Lúa Ediciones 3.0; 2022. p. 135-140.



Comisión de Formación Continuada  
SISTEMA NACIONAL DE SALUD  
Comisión de Formación Continua  
de los Profesionales Sanitarios de  
la Comunidad de Madrid

# Aspectos legales sobre el paciente menor de edad

**Carmen González León**  
*Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca. Salamanca*  
*cgl@usal.es*

## RESUMEN

En este trabajo se abordan los problemas en torno al consentimiento de los pacientes menores de edad y al acceso a su historia clínica. En el ámbito médico no es fácil conciliar el respeto a la autonomía y a la intimidad del menor con los deberes de cuidado y asistencia que corresponden a los padres como titulares de la patria potestad. En este sentido, se hace especial referencia a los conflictos que surgen en cuanto al consentimiento para la vacunación de los menores de edad.

## INTRODUCCIÓN

Proteger la autonomía del paciente menor de edad exige hacerla compatible con la función de cuidado y asistencia que incumbe a los titulares de la patria potestad, y con la obligación de actuar *en interés del menor* y de velar por su salud que tienen los profesionales sanitarios.

Algunos problemas que nos encontramos son los siguientes:

- Establecer los criterios para decidir cuándo *los menores* pueden ser oídos, cuándo pueden emitir el consentimiento médico y cuándo pueden acceder a su historia clínica.
- En sentido contrario, debemos delimitar cuándo el interés del menor a la salud exige que *los padres* consientan por

ellos y accedan a los datos de la historia clínica de sus hijos sin necesidad de su autorización, o que los médicos actúen incluso en contra de la opinión de padres y/o menores.

La normativa aplicable para estudiar estas cuestiones incluye al menos tres ámbitos, el sanitario, el de la protección de datos y el puramente civil:

1. En el ámbito *sanitario* la norma principal es 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). La LBAP regula el consentimiento médico de los menores de edad, pero no su derecho de acceso a la historia clínica. Para suplir este vacío hay que recurrir a los criterios que la propia LBAP contempla respecto a la participación del menor en las decisiones relativas a su salud, puesto que el acceso de los menores a la historia clínica está íntimamente relacionado con su capacidad para consentir.
2. Desde la perspectiva de la *protección de datos*, es importante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). La historia clínica encaja en el concepto de *fichero* que recoge y la información relativa a la salud del paciente en el concepto de datos de carácter personal.
3. En cuanto al ámbito *civil*, con relación a la obligación de los padres de velar por sus hijos habrá que estar a la regulación de la patria potestad contemplada en los artículos 154 a 171 del Código civil (CC).

El concepto de *menor de edad maduro* es también relevante en esta materia. Hoy se tiende a considerar que la opinión del menor debe ser determinante cuando se estima que está preparado intelectual y emocionalmente para asumir los riesgos de una decisión que afecte a los derechos de la personalidad, como ocurre en el caso de la salud. El problema surge a la hora de establecer los criterios para determinar cuándo estamos ante un

menor maduro. Una opción podría ser atenernos a la edad del menor y fijar así un criterio objetivo para establecer la entrada en la madurez. Este criterio proporcionaría seguridad, pero no es el mejor si aceptamos que la madurez se va adquiriendo de manera gradual y puede ser muy diferente en sujetos de la misma edad. Por su parte, la opción de atender únicamente al desarrollo físico, emocional y cognitivo del menor para ponderar la madurez en cada caso concreto puede generar inseguridad y no ser viable en la práctica.

En el ámbito sanitario la mejor opción es combinar ambos criterios. Es decir, fijar una edad de referencia, pero tenerla en cuenta junto a otros parámetros que permitan evaluar la madurez y que pueden imponerse a un simple criterio de edad. Como veremos en los epígrafes posteriores, la valoración de la edad y la madurez que se exige para consentir un acto médico susceptible de tener graves consecuencias ha de ser más estricta que para otras actuaciones en principio menos importantes, como recibir información o acceder a toda o parte de la historia clínica.

## EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD

El consentimiento médico del menor de edad se contempla en el artículo 9 LBAP. De su regulación se deduce que podrá consentir el menor que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance del tratamiento médico al que se va a someter. Cuando el menor de edad no tiene capacidad suficiente para ello, el consentimiento lo deberán prestar sus representantes legales, que normalmente son los padres titulares de la patria potestad.

En concreto, el artículo 9 LBAP establece que podrán otorgar el consentimiento los menores emancipados o mayores de 16 años, salvo cuando se aprecie que no tienen suficiente madurez para emitirlo o se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o la salud del menor.

Cuando el menor cumple los requisitos para dar su consentimiento, debe ser el propio menor el que reciba

la información, pero incluso cuando sean sus padres los que deban consentir, en muchos casos el menor también deberá ser oído y, por tanto, también habrá que informarle. En concreto, el menor tiene derecho a ser oído si tiene doce años o si el médico considera que es maduro, aunque no haya llegado a esa edad [art. 9.3.c LBAP].

### **El consentimiento del menor que ha cumplido 16 años**

El menor que ha cumplido 16 años puede prestar el consentimiento médico, salvo si se aprecia que no tiene madurez para ello, o si se trata de una situación de grave riesgo para su salud.

- Si el facultativo estima que un menor que ha cumplido 16 años no tiene madurez, el consentimiento lo tienen que prestar los titulares de la patria potestad. El criterio determinante para valorar la madurez del menor es *la capacidad* para comprender el alcance y los riesgos del tratamiento, así como las consecuencias de la decisión a tomar. La madurez requerida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos, hay algunos que por sus especiales características exigirán al paciente un mayor grado de discernimiento.
- En las actuaciones que conlleven grave riesgo para la salud del menor, se requiere el consentimiento de los padres o representantes legales. La opinión de los menores, aunque sean maduros, simplemente tendrá que ser oída y tenida en cuenta por sus padres para la toma de decisión correspondiente (art. 9.4 LBAP).

### **El consentimiento del menor que no ha cumplido los 16 años**

La regla general en estos casos es que serán los titulares de la patria potestad los que emitan el consentimiento. El menor que no ha cumplido los 16 años podría consentir si el médico estimase que tiene suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance del tratamiento a que se va a

someter y para prestar el consentimiento.

Cuando los padres estén separados o divorciados, si se trata de intervenciones rutinarias y/o de escasa importancia, será suficiente con recabar el consentimiento del progenitor que en el momento en cuestión se encuentre en compañía del menor, si se puede presumir de buena fe que el progenitor que acude a la consulta lo hace con la conformidad del otro. No obstante, para tomar decisiones de especial importancia será necesario obtener el consentimiento informado de ambos progenitores. En términos generales se consideran *intervenciones de especial importancia* los actos médicos no urgentes que supongan una intervención quirúrgica, las vacunas fuera del calendario oficial, los tratamientos médicos de larga duración o los tratamientos psicológicos.

### **Decisión de los padres contraria al beneficio del menor**

Si son los padres los que tienen que prestar el consentimiento informado y su decisión resulta contraria al beneficio del menor, el médico deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia los profesionales sanitarios tengan que adoptar medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente menor de edad (art. 9.6 LBAP). Por tanto, el profesional médico debe dirigirse a la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la resolución correspondiente, salvo las razones de urgencia señaladas, que se justifican en el cumplimiento de un deber y en el estado de necesidad.

Esta puesta en conocimiento de la autoridad no se limita a las decisiones que puedan incidir gravemente en la vida o la salud del menor (como, por ejemplo, cuando los padres niegan el consentimiento para que a su hijo menor de edad se le aplique un tratamiento oncológico o una transfusión sanguínea), sino que se extiende a cualquier decisión que adopten los padres respecto a una intervención o tratamiento médico, si se estima que no es acorde al derecho a la salud del hijo menor de edad.

## El consentimiento médico en el caso de la vacunación de los menores de edad

En España la vacunación de los menores es voluntaria y su administración se rige por los criterios de edad y madurez que establece la LBAP en cuanto al consentimiento del paciente menor de edad. Además, con carácter general, su aplicación no está comprendida en los supuestos de grave riesgo para la vida o la salud del menor.

1. *Menor de edad que ha cumplido los 16 años.* El menor maduro que ha cumplido los 16 años puede consentir o rechazar la vacunación, incluso en contra de la opinión de sus padres. En el supuesto de negativa del menor a que se le administre una vacuna que está dentro del calendario oficial es recomendable que su decisión se plasme en un documento firmado por el propio menor.

2. *Menor de edad que no ha cumplido los 16 años.* En este caso serán los padres los que han de prestar el consentimiento para la vacunación de sus hijos, ya se trate de una vacuna dentro o fuera del calendario oficial.

a. *Cuando la vacuna está en el calendario oficial,* es suficiente con el consentimiento verbal del progenitor que acompaña al menor si se puede presumir de buena fe que el progenitor que acude a la consulta lo hace con la conformidad del otro.

En los casos de separación y divorcio también resulta suficiente con el consentimiento del progenitor custodio que acompaña al menor, tanto si existe una custodia o guarda compartida como si sólo uno de los dos progenitores es el custodio. Los Tribunales entienden que la guardia y custodia "incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias" [SSAP de Alicante (Sección 6ª) núm. 203/2015, de 5 de noviembre y núm. 85/2016, de 13 de abril].

Si los progenitores no se ponen de acuerdo en cuanto a la administración de las vacunas del calendario, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores (art. 156.3 CC). El criterio que suelen seguir los Tribunales es el de atribuir la facultad de decisión al progenitor favorable a la vacunación de los hijos. Se alega el principio del interés superior de los menores y el argumento de que la mayoría de los estudios científicos concluyen que los beneficios de las vacunas son innegables tanto a nivel individual como poblacional [SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 22 de julio de 2019, AAP de Barcelona (Sección 18ª) de 15 de enero de 2019].

Una vez administrada la vacuna, es recomendable anotar en la historia clínica que la vacunación se ha hecho con el consentimiento de los padres y que estos han sido convenientemente informados de los efectos típicos y las consecuencias leves que puedan afectar al menor. Si los padres se niegan a vacunar a sus hijos es igualmente aconsejable que dicha negativa se recoja en la historia clínica. En el caso de que el menor no esté de acuerdo con la decisión de sus padres de que no lo vacunen, deberá ser oído si tiene suficiente madurez para expresar su opinión o si ya ha cumplido los 12 años. Si el profesional sanitario explica a los padres que la vacuna resulta beneficiosa para el menor, pero estos se siguen negando a dar su consentimiento, el médico podría recurrir a la autoridad judicial y solicitar, en interés del menor, que se autorice su vacunación (art. 9.6 LBAP).

b. *Si la vacuna está fuera del calendario* es necesario el consentimiento de los dos progenitores. En estos supuestos los profesionales sanitarios deben proporcionar una información más detallada sobre los riesgos, tanto típicos como graves y atípicos, que puede implicar la administración de la vacuna y es recomendable que el consentimiento se recoja en un documento firmado por los dos progenitores.

## EL DERECHO DE ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DEL MENOR DE EDAD

Ni la LBAP ni la LOPDGDG regulan expresamente el supuesto de acceso a la historia clínica de los menores de edad. Por ello, se discute si debe aplicarse el criterio que recoge la LOPDGDG en cuanto al consentimiento del menor para el tratamiento de sus datos de carácter personal, o si el criterio que ha de primar es el que se deduce de la regulación del consentimiento informado del menor de edad en la LBAP.

La LOPDGDG fija en 14 años la edad para que los menores puedan consentir el tratamiento de sus datos personales (por ejemplo, en redes sociales). Durante un tiempo la Agencia Española de Protección de datos (AEPD) entendió que los menores que habían cumplido 14 años también podían ejercitar el derecho de acceso a sus datos de salud y que los padres necesitaban el consentimiento del hijo para consultar su historia clínica (Informes Jurídicos de la AEPD 0409/2004; 0227/2006 y 0046/2010).

Sin embargo, la aplicación del criterio de los 14 años planteaba problemas y desde hace algunos años la AEPD afirma que para concretar quien tiene derecho a acceder a la historia clínica del menor de edad, junto a lo establecido en la normativa sobre protección de datos se habrán de tener en cuenta las obligaciones que derivan de la patria potestad y lo dispuesto en el artículo 9 LBAP sobre el consentimiento informado del menor de edad (Informe Jurídico 0222/2014). Del citado precepto se deduce que la mayoría de edad del paciente se presume a los 16 años (no a los 14), siempre y cuando el menor sea maduro. Por tanto, las pautas a seguir en cuanto al derecho de acceso a la historia clínica del menor de edad son las siguientes:

A. Como regla general, los menores que han cumplido 16 años tienen acceso a su historia clínica y sus representantes legales sólo podrán acceder si han sido autorizados por ellos. En la misma línea, la mayoría de las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia han fijado en 16 años la edad para que los menores puedan ejercitar el

derecho de acceso sin necesidad de estar representados por los titulares de la patria potestad.

- B. Cuando los padres emiten el consentimiento en representación de sus hijos mayores de 16 años (por falta de madurez o por tratarse de una actuación de grave riesgo para la salud), podrán acceder a la historia clínica de los hijos sin necesidad de su autorización, pero sólo en la medida necesaria para otorgar el consentimiento informado, respetando en lo demás la intimidad del menor.
- C. En el caso de los menores que no han cumplido los 16, los titulares de la patria potestad tienen derecho a acceder a la historia clínica de sus hijos sin necesidad de su autorización. En los supuestos en que el facultativo estime que el menor que no ha cumplido los 16 años es maduro para consentir un acto médico, el menor podrá pedir que no se autorice a sus padres el acceso a los datos de salud relativos a dicho acto, aunque los titulares de la patria potestad tendrán derecho a acceder al resto de la historia clínica del menor sin necesidad de su autorización. En esta línea se expresa la normativa de algunas Comunidades Autónomas. Sin embargo, algunos autores estiman que en estos supuestos los titulares de la patria potestad deben seguir teniendo acceso a la historia completa del hijo hasta que cumpla 16 años, porque el principio del interés del menor justificaría una capacidad de acceso de los padres más amplia que su capacidad para consentir.

## CONCLUSIONES

- El menor tiene derecho a recibir información médica y a ser oído si tiene doce años o si el pediatra considera que es maduro, aunque no haya llegado a esa edad.
- Podrán prestar el consentimiento informado los menores que hayan cumplido 16 años, salvo que el facultativo aprecie que no tienen madurez suficiente para prestarlo, y siempre que no se trate de una actuación que entrañe grave riesgo para su salud.

El menor que no ha cumplido los 16 años puede prestar consentimiento si el médico estima que tiene suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance del tratamiento a que se va a someter y para prestar el consentimiento.

- Para administrar una vacuna del calendario oficial a un menor que no ha cumplido los 16 años es suficiente con el consentimiento verbal del progenitor que acompaña al menor si se puede presumir de buena fe que el progenitor que acude a la consulta lo hace con la conformidad del otro.
- Para administrar una vacuna fuera del calendario a un menor que no ha cumplido los 16 años es necesario el consentimiento de los dos progenitores y es recomendable que este consentimiento se recoja en un documento firmado por ambos progenitores.
- Si los progenitores no se ponen de acuerdo en cuanto a la administración de una vacuna del calendario a su hijo menor de 16 años, los Tribunales suelen atribuir la facultad de decisión al progenitor favorable a la vacunación.

- Los titulares de la patria potestad tienen derecho a acceder a la historia clínica de sus hijos que no han cumplido 16 años *sin necesidad de contar con su autorización*.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- González León C. La protección de los datos de salud del menor de edad y el derecho de acceso a su historia clínica electrónica. En: Batuecas Caletrío A, Aparicio Vaquero JP (Coords.). Algunos desafíos en la protección de datos personales. Granada: Comares; 2018. p. 51-85.
- González León C. Privacidad e historia clínica electrónica: la autonomía del paciente y el ejercicio de los derechos ARCO. En: Aparicio Vaquero JP, Batuecas Caletrío A (Coords.). En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información. Granada: Comares; 2015. p. 27-68.
- Tolosa Tribiño C. Problemas legales de la vacunación en España. Diario La Ley. 2021;9784:1-13.