

Aspectos legales de la atención a los menores de edad

Núria Terribas i Sala

Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. Esplugues de Llobregat. Barcelona. España.

Puntos clave

- La participación del sujeto en un proceso de salud, que implique una actuación sobre su persona, se considera una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y, por tanto, es un “derecho de la personalidad”.
- La legislación actual sobre derechos de los pacientes reconoce al menor maduro legitimidad para participar en su proceso de salud.
- El ejercicio de la patria potestad por parte de los padres o tutores no alcanza los derechos personalísimos del menor, quien los podrá ejercer si tiene madurez suficiente.
- La valoración de la madurez del menor es responsabilidad de los profesionales sanitarios ante cada situación y contexto concreto, que deben ponderar adecuadamente los riesgos y beneficios.
- La competencia es un proceso gradual que abarca el desarrollo psicológico y cognitivo de la persona, y debe valorarse en función de la trascendencia de la decisión que se va a tomar.
- El menor de 12 años no se considera competente para tomar decisiones relacionadas con su salud sin el soporte de sus padres o tutores, si bien tiene derecho a ser informado según su grado de desarrollo.
- Entre los 12 y los 16 años es de especial importancia valorar la competencia y el grado de madurez del menor, a fin de definir su grado de implicación en la toma de decisiones.
- En el contexto sanitario, los pacientes que han cumplido los 16 años deben considerarse mayores de edad a todos los efectos, salvo manifiesta situación de incompetencia.
- Al menor maduro se le reconoce el derecho a la intimidad, lo que implica la confidencialidad de sus datos sanitarios, previa ponderación de los riesgos y beneficios que ello pueda implicar, y salvo la excepción de grave riesgo para él.
- La quiebra de la confidencialidad del menor maduro por parte del profesional frente a terceros, como los padres o tutores, debe justificarse ética y legalmente, y no es válido aplicar un criterio meramente paternalista.

Palabras clave: Menor maduro • Competencia • Toma de decisiones • Confidencialidad • Patria potestad o tutela.

Bajo el título del presente trabajo se pretenden analizar los aspectos legales de la atención sanitaria a los menores de edad, tomando específicamente el ámbito del llamado “menor maduro”^a, y dejando a un lado los posibles conflictos éticos y legales referidos a la atención al bebé, al niño o niña de corta edad, o al menor con un déficit intelectual grave, cuyos padres o tutores asumen la plena responsabilidad al respecto.

^aEn aras a la agilidad del texto, la expresión “menor maduro” se utiliza en sentido neutro, en el que se incluye tanto el sexo masculino como el femenino.

El concepto “menor maduro”, en cuanto a la persona con un cierto desarrollo cognitivo y emocional que le hace competente para participar en un proceso de toma de decisiones, ha adquirido especial relevancia en nuestro país a raíz de las últimas leyes en materia de derechos de los pacientes, que reconocen su protagonismo en el ámbito clínico.

Sin embargo, antes de analizar el marco jurídico que legitima esta nueva realidad, el primer concepto que debe precisarse es el de “competencia” frente al de “capacidad”, pues creo firmemente que en el contexto clínico debemos hablar de competencia, ya que la capacidad es un término legal. Una persona competente es la que tiene la suficiente madu-

rez psicológica y cognitiva para apreciar su situación (p. ej., en caso de enfermedad), comprender la información relevante acerca de la elección o decisión que debe tomarse, ponderando los riesgos y beneficios, y comunicar su elección¹. En este sentido, competencia es el equivalente al término *capacity* en inglés; de ahí surge a veces la confusión al español y su incorrecta aplicación. Por “capacidad” entendemos el reconocimiento de la plena madurez legal de la persona para obrar de forma vinculante en derecho (contraer obligaciones)... En inglés es equivalente al término *competency*, y según la legislación española, ésta se adquiere a los 18 años, salvo excepciones que la propia ley prevé. Precisamente, teniendo en cuenta esta importante distinción, considero que en el contexto clínico deberíamos rehusar el término “capacidad”, salvo que realmente estemos haciendo referencia a sujetos incapacitados legalmente por sentencia judicial y sometidos a un régimen de tutela o curatela^b, y hablar siempre de paciente competente o no. Sin embargo, este criterio no es el que sigue el legislador español, pues, como veremos, en las leyes sobre esta materia utiliza indistintamente los dos conceptos, sin una correcta distinción entre uno y otro caso, equiparándose en este sentido al lenguaje más común, que confunde ambos términos.

Por otro lado, en esta breve introducción, es esencial destacar también la idea de que la competencia de la persona no es algo rígido ni de “todo o nada”, sino que se trata de un elemento de desarrollo evolutivo, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede y debe graduarse en función de la decisión que se va a tomar y del alcance y la magnitud de sus posibles consecuencias. El referente más conocido que expresa esta idea es la Escala Móvil de la Competencia de Drane², que establece los parámetros para delimitar 3 niveles de competencia. El primero de ellos sería el que incluye al niño mayor de 12 años como competente para tomar ciertas decisiones, como aceptar un tratamiento eficaz con escasos riesgos, altos beneficios y alternativas limitadas, y también competente para rechazar un tratamiento altamente ineficaz. El criterio general que se desprende de dicha escala es que a mayor riesgo y menor beneficio respecto a la posible decisión, mayor exigencia de competencia en el paciente, y viceversa. Por tanto, hay un gran número de decisiones en el ámbito sanitario para las que un menor puede considerarse suficientemente competente, lo que evitaría recurrir a la decisión subrogada en los padres o tutores.

Evolución de los derechos del paciente y reconocimiento del “menor maduro”

A fin de entender el contexto jurídico actual en cuanto al “menor maduro”, es necesario analizar brevemente cuál ha

sido la evolución en las últimas décadas del reconocimiento de los derechos de los pacientes.

En España, después de la transición democrática, que culmina con la promulgación de la Constitución Española de 1978, y que reconoce como derecho básico el Derecho de los ciudadanos a la protección de la salud (art. 43), se inicia un proceso de reconocimiento de derechos, formulado inicialmente como Carta de Derechos de los Pacientes (en el contexto del antiguo INSALUD en el año 1984, si bien previamente en Cataluña ya se había aprobada una Carta de Derechos en el año 1983)³. Poco tiempo después, en el año 1986 se promulga la Ley General de Sanidad (LGS)⁴, donde por primera vez se recoge con rango de ley un listado de derechos de los pacientes (arts. 10 y 11). Esta ley es la que introduce la obligatoriedad del consentimiento informado (CI), entre otras cuestiones, si bien con una formulación tan defectuosa y ambigua que comportó aplicaciones muy diversas por interpretaciones maximalistas de su redactado, ninguna de ellas satisfactoria para los usuarios (consentimiento para todo, con gran complejidad de redactado, etc.). La consecuencia de esta imposición legal fue que el CI se convirtió en una obligación que si no se cumplía podía dar lugar a demandas judiciales, perdiendo entonces la esencia de lo que debía ser: una herramienta con la que, mediante un proceso de comunicación y dentro de la relación médico-paciente, se propiciase el respeto del derecho del paciente a ser informado, comprender dicha información y, finalmente, dar su autorización para una determinada actuación. En este contexto, lo único importante era que en la historia clínica apareciese el papel firmado... Si el paciente había sido o no informado, si había o no comprendido la información, era irrelevante a efectos legales. Hasta ese momento, la participación del “menor maduro” en las decisiones de salud estaba totalmente ausente del contexto clínico y regía exclusivamente el criterio de la mayoría de edad civil (18 años), por debajo de la cual eran los padres quienes debían representar a sus hijos ante cualquier actuación sanitaria.

Después de muchos años de vigencia de la LGS de 1986, España firmó en 1997 el Convenio Europeo sobre Biomedicina y Derechos Humanos⁵, documento elaborado bajo el auspicio del Consejo de Europa y que recoge distintas formulaciones novedosas en materia de derechos de los pacientes, como la consideración del menor maduro en la toma de decisiones, en función de su desarrollo.

Tres años más tarde, y bajo los criterios que recogía el Convenio Europeo ya aprobado y en vigor, el Parlamento de Cataluña, haciendo uso de sus competencias en materia de sanidad, elaboró y promulgó una Ley (21/2000) sobre el derecho a la información, autonomía de los pacientes y docu-

^bRégimen de complemento parcial de la capacidad de la persona, que abarca sólo una parte del ejercicio de derechos (p. ej., en la administración del patrimonio). Véase el art. 286 y siguientes del Código Civil español.

mentación clínica⁶), y se convirtió en la primera de las comunidades autónomas (CCAA) del Estado español que recogía en una norma con rango de Ley un desarrollo más detallado y concreto de todo lo referente al derecho a la información, el ejercicio de autonomía de los pacientes y los derechos relacionados con la documentación clínica y, entre otros conceptos, el de “menor maduro”. Con posterioridad, otras autonomías siguieron el modelo catalán (entre ellas Galicia, La Rioja, Madrid, etc.), introduciendo algunos cambios y matices, pero conservando esencialmente los mismos contenidos.

Un tiempo más tarde el Parlamento español propone seguir el modelo de la ley catalana y se elabora en la misma línea la Ley 41/2002 sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica⁷, aprobándose con rango de “ley básica”, de modo que todas las CCAA que legislen sobre dicha materia deberán respetar los principios y criterios que la Ley establezca, siendo su aplicación prioritaria en caso de conflicto. La Ley no se quedó en un marco normativo “básico”, sino que entró en detalle en cuestiones y materias específicas ya reguladas por las CCAA, lo que dio lugar a algunas contradicciones.

En cualquier caso, la importancia de la Ley básica 41/2002 para el tema que nos ocupa es que se hace eco de la previsión recogida en el Convenio Europeo y establece en su art. 9 lo que ha venido a llamarse “mayoría de edad sanitaria”, dando legitimidad a la figura del “menor maduro” en el ejercicio de los derechos de información y decisión en el contexto sanitario.

Marco jurídico actual en España

El análisis del marco jurídico español respecto al reconocimiento del menor maduro como sujeto de derecho en el ámbito sanitario pasa por revisar otras normas de carácter más general, antes de entrar al detalle de lo previsto en la Ley 41/2002 ya referida. Así, en primer lugar, debemos recurrir al Código Civil, en cuanto que es la norma civil básica que regula la figura de la familia, las instituciones de la patria potestad y la tutela como complementos de capacidad de los menores. En este sentido, el Código Civil establece la mayoría de edad a los 18 años o por emancipación (procedimiento que debe hacerse ante notario o con la mediación de la autoridad judicial y con preceptiva inscripción en el Registro Civil), otorgando a los padres o titulares de la patria potestad la representación legal de sus hijos menores no emancipados (art. 162). Sin embargo, también este criterio general tiene excepciones, de modo que se exceptúan de tal representación los siguientes casos:

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

– Aquellos en que haya un conflicto de intereses entre los padres y el menor, que deberán ser sometidos a decisión judicial. Si sobre una cuestión hubiese discrepancia entre padre y madre con interés opuesto de uno de ellos respecto al hijo, prevalecerá el criterio del progenitor que coincida con el mayor interés del menor.

En el contexto, pues, del Código Civil, cabe interpretar que las decisiones en salud son actos relativos a derechos de la personalidad, y como tales no necesariamente requieren la representación de los padres o tutores si se dan condiciones de madurez suficientes. En este sentido, la patria potestad no es un ámbito de dominio absoluto de los padres sobre sus hijos, sino que también tiene limitaciones cuando puedan confrontarse con los derechos de ese hijo, más aun si son derechos personalísimos^c. Es interesante revisar el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a su interpretación de la toma de decisiones en salud como una manifestación del derecho a la integridad física, proclamado por el art. 15 de la Constitución Española como derecho fundamental⁸.

Más allá del Código Civil, debemos revisar también la Ley 1/1996 de 5 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁹, pues contiene interesantes preceptos. En su art. 2 dispone que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”, y en su art. 4 que “los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprenderá también la inviolabilidad del domicilio familiar y la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones”. En su art. 5.1 esta ley dispone que “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo” (debemos entender que ésta incluye también la información sanitaria). “Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y les protegerán ante posibles ataques de terceros”.

En el ámbito ya más específico de los derechos en salud, debemos recurrir al redactado de la Ley 41/2002, que es la que ha dado carta de naturaleza a la figura del “menor maduro” de una forma decisiva. Reproducimos los artículos de dicha ley que son de especial relevancia:

– Art. 9.3 c, en relación con la prestación del consentimiento informado y la información. Se otorgará el consen-

^cSe entiende por “derechos personalísimos” los derechos subjetivos esenciales que han recibido la denominación de “derechos de la personalidad”, por cuanto pertenecen a la persona por su sola condición de tal. Tales derechos aluden a un conjunto de facultades fundamentales que atienden a la protección y defensa de la persona individual y de sus atributos. Los diversos ámbitos que deben tenerse en cuenta bajo este concepto son: a) la vida y la integridad física; b) la integridad moral; c) los derechos a la esfera reservada de la vida, o intimidad, entre los cuales pueden mencionarse el derecho a la propia imagen, y el derecho al secreto de la correspondencia o las comunicaciones, y d) el derecho a la individualidad, a través del nombre, etc.

miento por representación (los padres o tutores)... “cuando el paciente menor de edad no sea capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con 16 años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente”.

– Art. 9.4. “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general para la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

– Art. 9.5. “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

– Art. 7, en relación con el derecho a la intimidad. “Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por ley”.

En una interpretación sistemática e integrada de los distintos textos legales referenciados, podríamos establecer los siguientes criterios de aplicación práctica, coincidentes con otros trabajos de autores sobre el tema¹⁰:

– El menor de 12 años será considerado como incompetente desde el punto de vista de la toma de decisiones, procediendo la decisión subrogada de sus padres o tutores. Sin embargo, deberá ser informado de forma adecuada a su desarrollo, si fuere factible, incorporándole en la medida de lo posible en el proceso terapéutico.

– Los mayores de 12 años y los menores de 16 deberán ser siempre informados en función de su grado de madurez, y escuchada su opinión frente a la decisión que se vaya a tomar, prevaleciendo su opción personal si consideramos que tiene competencia suficiente para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de tal decisión. Si bien la Ley no se expresa de forma tan meridiana, la interpretación de su redactado permite llegar a esta conclusión, dejando en manos del profesional la difícil responsabilidad de valorar en cada caso, atendiendo al contexto específico, la madurez de ese menor y sus aptitudes para decidir por sí solo o derivar la decisión a los padres, siempre pensando en su mejor beneficio.

– El menor con 16 años cumplidos será considerado a todos los efectos un “mayor de edad” en el contexto de la rela-

ción clínica, debiendo aplicar como criterio general llevar a cabo sólo con él el proceso de información y toma de decisiones. Si el paciente, propone la intermediación de los padres o incluso delega en ellos o quiere contrastar con ellos la decisión que se vaya a tomar, es una cuestión personal y voluntaria en la que no puede implicarse a los profesionales para que decidan según su criterio, salvo en el caso de “actuación de grave riesgo”, según prevé la propia ley como situación excepcional. En este punto, el primer escollo que se debe superar es la definición de “grave riesgo”, pues la ley no lo determina y lo deja al criterio interpretativo del profesional, con el inconveniente de la subjetividad y la discrecionalidad de éste. Según quién lo interprete, toda intervención en el contexto de salud de un menor se puede considerar de grave riesgo optando por informar a los padres. Sea como fuere, el espíritu de la ley pretende que esa circunstancia sea excepcional, atendiendo al caso concreto, y nunca aplicarlo como un criterio unívoco y extensible a toda atención al menor.

Por otra parte, debemos admitir la falta de madurez social en los temas de salud de los menores, que da lugar a una paradójica realidad: por un lado, la sociedad en general ha dado un altísimo grado de permisividad a los jóvenes y adolescentes, en el contexto lúdico y social, aceptando la autogestión de su propia vida sin apenas control ni supervisión; por otro lado, reclama o reivindica un ámbito de intervención máximo y estrictamente paternalista respecto a ellos, en cuanto éstos contactan con el sistema sanitario, hasta el punto de no aceptar que puedan decidir por sí mismos ante ciertas situaciones de su esfera más íntima y personal (p. ej., salud sexual y reproductiva) y, por tanto, negándoles el derecho a su propia autodeterminación como individuos en formación y desarrollo. No nos damos cuenta de que la sociedad está propiciando un empobrecimiento de valores y la “dimisión” de las responsabilidades familiares; en cambio, se cargan las tintas en los colectivos profesionales (sanitarios, pedagogos, etc.), exigiéndoles actitudes que van más allá de su ámbito de responsabilidad profesional.

Ámbitos excluidos de la decisión del “menor maduro”

La propia Ley especifica 3 ámbitos para los que exige la mayoría de edad civil, remitiéndose por tanto a los 18 años cumplidos. Dos de ellos (ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida) con acierto, pues respectivamente tienen regulación por Ley Orgánica que así lo exige (Ley 21/2006 del medicamento y Ley 15/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida). Una norma de rango inferior, como es la Ley 41/2002, no puede contradecir un criterio es-

tablecido por una ley orgánica. Sin embargo, la tercera excepción prevista para la interrupción voluntaria del embarazo es un error del legislador, pues remite la toma de decisiones al criterio establecido por la ley específica, cuando esta ley es el Código Penal que, en su art. 417 bis¹¹, regulador de las 3 causas de despenalización del aborto, se refiere siempre a la “mujer embarazada” sin exigir como requisito para acogerse a ellas tener 18 años ni ser mayor de edad. Por consiguiente, también una menor a la que se juzgue con madurez suficiente para tan trascendente decisión puede acogerse a las causas legales de despenalización del aborto, a pesar de la errónea previsión de la Ley 41/2002¹⁰. En cuanto a la toma de decisiones sobre este punto, nos remitimos a los criterios establecidos en el apartado anterior.

Confidencialidad en el “menor maduro”

La misma Ley 41/2002, como hemos visto en su art. 7, reconoce el derecho a la intimidad de toda persona, sin distinción de edad o nivel de competencia, obligando siempre al respeto a la confidencialidad de sus datos. Obviamente, este precepto debe interpretarse en consonancia con el art. 5, cuando se refiere al derecho a la información, pues si bien dispone como criterio general que el titular del derecho a la información es el paciente, también legitima el hecho de compartir la información con los familiares o personas vinculadas al paciente cuando éste no tiene plena competencia para entender dicha información.

En el caso del menor maduro, entiendo que debemos remitirnos a la formulación del art. 9 respecto a la toma de decisiones, e interpretar que sólo estará legitimada la quiebra de la confidencialidad cuando la competencia del menor sea dudosa respecto a la información relacionada con la decisión que debe tomarse, pero nunca de forma sistemática por el simple hecho de ser menor de 18 años. Recordemos, a su vez, que la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone claramente el derecho al “secreto de las comunicaciones” y, por ende, la transmisión de información en el contexto de la relación clínica debe entenderse como “comunicaciones” que atañen a la vida personal de ese menor. Ahora bien, la confidencialidad entre médico y menor maduro se configurará como un deber de preservar la información cuando sea el menor quien solicite esta confianza del médico, situación que no necesariamente se da siempre y que, analizando mínimamente la realidad asistencial, podemos observar que sólo suele darse cuando el menor se encuentra ante situaciones o decisiones que afectan a su esfera más íntima y personal (salud sexual y reproductiva, consumo de tóxicos, etc.), que quiere preservar como propias, y seguramente no ante inter-

venciones de riesgo vital en las que será el propio menor quien solicite la asistencia y el acompañamiento de sus padres. Por tanto, el conflicto de hasta dónde preservar la confidencialidad del menor se nos planteará sólo en un ámbito determinado de actuaciones, y raramente con carácter general.

Si bien en el redactado de la ley parece claro, ¿cómo conjugamos, entonces, el ejercicio de la patria potestad de los padres o la representación de los tutores con el derecho a la confidencialidad del menor? Ahí se exige ya un esfuerzo adicional a los profesionales sanitarios, pues indebidamente se les sitúa en una posición intermedia: deben actuar en ocasiones como “mediadores” entre paciente y progenitores, siendo incluso amenazados en algún caso por la negativa a dar determinada información o entrega de informes u otra documentación clínica.

Su cometido debe tener como objetivo principal y básico el bienestar del paciente y el respeto a su autonomía e intimidad, y en la medida de lo posible, pero secundariamente, la conciliación de sus derechos con los de sus padres, en la lógica preocupación de éstos por su bienestar. Así, siempre que la situación y receptividad del menor lo permita –quizás no en un momento crítico pero sí en un momento ulterior–, es aconsejable reflexionar con él sobre la importancia de que sus padres o tutores estén informados y puedan así ayudarlo, y ofrecerle siempre a su vez la ayuda de los profesionales si fuera necesario. Sin embargo, ante la decisión firme de ese menor de no informar, considero que en última instancia debe prevalecer su derecho a la confidencialidad de la información sanitaria que le atañe personalmente, aun a riesgo de una reacción no pacífica de sus padres o tutores.

Contrariamente a lo que parece una corriente de opinión actual, entiendo que no es lícito cargar a los médicos con una responsabilidad que es social y familiar, pues bastante hacen con llevar a cabo su función de preservar la salud, aconsejar a los adolescentes y prevenir cuando se puede, con los medios de los que disponen y bajo la presión asistencial con la que trabajan. A menudo este esfuerzo permite que los jóvenes confíen en el sistema sanitario, aceptando la intervención de los profesionales por el bien de su salud, y recibiendo el consejo de que, ante un problema, lo hablen con sus padres. Si después el adolescente lo hace o no ya no es cuestión en la que el médico deba intervenir, puesto que no forma parte de su ámbito de responsabilidad. Echaremos a perder el tímido logro del acercamiento del menor maduro al sistema sanitario si imponemos la autoridad de los padres en un mal entendido ejercicio de la patria potestad, de carácter intervencionista y controlador más que educativo.

El marco jurídico ampara el ejercicio del profesional en esta línea y, en todo caso, deberá ser la sociedad quien deba madurar aún en su aceptación.

Como último apunte, dentro del marco legal, merece destacarse también la Ley 15/1999 de Protección de Datos de

Carácter Personal¹², así como el Real Decreto 1720/2007 que la desarrolla¹³. Este último texto jurídico recoge una mención especial del consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, y dispone en su art. 13 que “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de 14 años con su consentimiento, salvo en los casos en que la Ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad. En el caso de los menores de 14 años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

Aunque obviamente este artículo tiene un ámbito general y no se refiere específicamente al contexto clínico, nos da a entender con toda claridad que al adolescente de 14 años o más se le reconoce un derecho personalísimo a la protección de sus datos y, por tanto, es él quien debe autorizar su tratamiento. Tratar los datos es toda actividad que consista en recabar, archivar o almacenar, gestionar para la prestación de un servicio, comunicar o ceder tales datos a terceros, etc. En este sentido, el acceso a los datos personales por parte de otras personas distintas del propio interesado formaría parte de las actuaciones que requieren su consentimiento. Ahí se nos plantea de nuevo el conflicto con los padres o tutores que piden acceso a la historia clínica de sus hijos o que les sea entregado un informe de alta o el resultado de unas pruebas.

En aplicación de las disposiciones analizadas, esta información no puede entregarse sin autorización de su titular, siempre que éste se juzgue con madurez y juicio suficiente para hacerse responsable de ella y gestionarla según sus intereses; por tanto, la entrega o cesión a los titulares de la patria potestad deberá valorarse en cada caso en función de esa madurez y de la situación concreta. Una vez más, debemos revisar el criterio general aplicado hasta ahora de que ante un menor, la información verbal o escrita era automáticamente transferida a sus padres o tutores, y adaptar la práctica clínica al criterio de respeto a la intimidad y confidencialidad de estos menores, gestionando con ellos la posible cesión de la información sanitaria que afecta a su persona.

Por debajo de los 14 años, el derecho a la protección de los datos ya no se contempla explícitamente en la ley, si bien entiendo que deberá ponderarse también en función de la situación, atendiendo al criterio de madurez y trascendencia de la información transferida. Por ejemplo, ante un acto médico como puede ser la dispensación de la píldora poscoital a una menor de 14 años, habrá que valorar el beneficio que implique garantizarle la confidencialidad de ese acto médico ante futuras situaciones de riesgo, frente a las consecuencias de la comunicación a sus padres en primera instancia. Ello, desde luego, no quita que deba cumplirse con el deber ético y deontológico de hacer una reflexión a esa menor sobre sus conductas sexuales con riesgo de embarazo y transmisión de enfermedades, a fin de hacerla más responsable y poner a su alcance otras medidas de soporte y ayuda, incluido el diálogo con sus padres o tutores, pero sin romper de inicio el vínculo de confianza establecido.

En otras situaciones, como en caso de intoxicación etílica grave o de otras sustancias tóxicas, seguramente el paciente no estará en situación de competencia para poder evaluar su madurez y solicitarnos confidencialidad; en tal caso sería plenamente legítima la comunicación con los padres o personas responsables.

En conclusión, no podemos establecer normas generales de conducta con los menores, sino que partiendo de unas premisas básicas deberemos adaptar a cada situación las acciones que se van a emprender. Estas premisas básicas, que vendrían a resumir todo lo expuesto, serían las siguientes:

A. En cuanto a la toma de decisiones:

a. Entre los 12 y los 16 años, valorar la competencia y madurez del menor y la trascendencia de la decisión que se va a tomar, ponderando bien los riesgos/beneficios, y valorar con él la implicación de los padres en la toma de decisiones.

b. A partir de los 16 años, considerar al menor como un mayor de edad, salvo situaciones de manifiesta incompetencia, en cuyo caso deberemos recurrir a la decisión subrogada.

c. En todos los casos, incluso en situación de decisión de los padres o tutores, plantear al menor la toma de decisiones y las alternativas posibles, en lenguaje comprensible para él, aclarando las dudas que le pudiesen surgir a fin de que pueda formarse un criterio válido y cooperar en tal situación.

B. En cuanto a la información y la confidencialidad:

a. A partir de los 12 años deberá informarse al menor de la forma más completa posible y adecuada a su nivel de comprensión, contrastando con él las distintas opciones y dudas que pueda tener, y compartiendo la información con los padres o tutores en función del grado de madurez y la necesidad de complementar el proceso informativo llevado a cabo con el menor.

b. Entre los 12 y los 16 años, respetar en la medida de lo posible la confidencialidad de la información y los datos sanitarios del menor maduro y con juicio suficiente, especialmente ante la demanda explícita por su parte, ponderando los riesgos y beneficios de ceder o comunicar esa información a los padres o tutores y aconsejando al menor la conveniencia del diálogo y la comunicación con ellos sobre su salud, evitando entregar la documentación clínica a terceros sin su consentimiento, salvo situación de riesgo grave.

c. A partir de los 16 años, preservar la confidencialidad del menor igual que si fuese mayor de edad, dejando a su criterio personal la decisión acerca de la comunicación de la información a sus padres o tutores, salvo situación de riesgo grave.

Bibliografía

1. Appelbaum PS, Grisso T. Assessing patients' capacities to consent to treatment. *N Engl J Med.* 1988;319:1635-8.
2. Drane JF. Ethical work-up guides clinical decision making. *Health Progress.* 1988;69:64-7.
3. *Bioet Debat.* 2003;1:5-9.
4. Ley 14/1986 General de Sanidad (BOE n.º 101 y 102 de 28 y 29 de abril de 1986).
5. Instrumento de Ratificación del 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), del Consejo de Europa (BOE n.º 251 de 20 de octubre de 1999).
6. Ley 21/2000 de 20 de diciembre, sobre derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica (DOGC n.º 3303 de 11 de enero de 2001).
7. 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 (BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 2002).
8. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 154, de 18 de julio de 2002, en recurso de amparo 3468/1997.
9. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE n.º 15 de 17 de enero 1996).
10. Amarilla M. El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia. Madrid: Chiesi España, S.A.; 2006.
11. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal (BOE n.º 281 de 24 de noviembre de 1995). Disposición derogatoria única por la que se mantiene en vigor el art. 417 bis) referente a las causas de despenalización del aborto.
12. Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE n.º 298 de 14 de diciembre de 1999).
13. Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (BOE n.º 17 de 19 de enero de 2008).