

Menores y tratamiento médico: ¿quién tiene la última palabra?

Natalia García García

Directora de Sepín Familia. Abogada

Esta es la pregunta que podríamos hacernos ante la noticia destacada estos últimos días en titulares y portadas: ¿Quién determina qué es **"lo mejor"** para un menor al que sus padres deciden sacar del hospital, donde estaba recibiendo tratamiento oncológico, pese a no contar con el alta médica?

Según la [información difundida](#), Brett y Nagemeh King, testigos de Jehová, se llevaron a su hijo Ashya, de 5 años de edad, del hospital de Southampton donde estaba siendo tratado del tumor cerebral que padece, sin el consentimiento de los responsables médicos. Según declaraciones del padre, tomaron esta decisión porque la radioterapia que pretendían aplicarle era demasiado "fuerte" y el menor habría corrido riesgo de quedar en estado "vegetal". Alegan haber actuado "por amor".

Se trasladaron desde el Reino Unido hasta Málaga para vender un piso de su propiedad y poder así pagar al menor un tratamiento alternativo a la quimioterapia en la República Checa. Además, grabaron un vídeo en el que explican las razones por las que tomaron esta decisión: querían un mejor tratamiento para su enfermedad.

El Reino Unido emitió una [Orden Europea de Detención y Entrega](#) (OEDE), que derivó en el ingreso en prisión de ambos progenitores, quienes, tras ser localizados en Vélez (Málaga), fueron detenidos y citados a declarar ante la Audiencia Nacional. La [Fiscalía británica](#) emitió un comunicado en el que anunció la retirada de las órdenes de detención emitidas contra ellos. Por su parte, la Fiscalía de la Audiencia Nacional consideró que no existían razones para mantenerles en prisión ya que, a la vista de los informes médicos remitidos por el Hospital Materno Infantil de Málaga, no había indicios de que se hubiera producido una desatención del niño ni de que sus progenitores se opusieran a su tratamiento médico. Actualmente el menor se encuentra ingresado en un hospital de Praga, en espera de recibir tratamiento en el Proton Therapy Center de esa misma ciudad.

Ante este escenario, nos encontramos con que son varias las autoridades que entran en conflicto:

1. **La autoridad parental**, es decir, los progenitores, quienes toman la decisión de acudir a otro centro médico donde pueda su hijo recibir tratamiento distinto. Consideran que están actuando "por amor" y para procurar el mayor bienestar del niño.
2. En segundo lugar, **la autoridad judicial del Reino Unido**, que afirmaba tener la tutela del menor y no sus padres, a quienes se les habría privado o suspendido de la misma hasta su traslado a Praga.
3. Las **autoridades y responsables médicos** del hospital de Southampton, donde se encontraba ingresado el niño y recibiendo tratamiento médico.
4. Los **responsables médicos de los hospitales de Málaga y de Praga**.
5. Las **autoridades judiciales y administrativas españolas y las de la República Checa**.

El debate está servido y considero que son muchas las cuestiones que podemos plantearnos:

- ¿Cuál de ellos ostenta autoridad sobre los demás para decidir qué hacer y cómo actuar?
- ¿Qué decisión es la que debería prevalecer?
- ¿Podemos decir que hay un "único" interés superior del menor?
- ¿O, por el contrario, la defensa de este interés admite varias posturas?
- ¿Cómo es posible determinarlo?
- ¿Cómo se concreta qué es "lo mejor" en este caso?

El interés superior del menor se enmarca en la proclamación del **art. 3, párrafo 1 de la [Convención de los Derechos del Niño](#)**: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

El Comité de los Derechos del Niño, en la [Observación General n.º 14 \(2013\), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial](#) determina que este artículo *"otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada"*.

Subraya que **este interés tiene una triple consideración**, como:

1. UN DERECHO SUSTANTIVO

"El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales".

2. UN PRINCIPIO JURÍDICO INTERPRETATIVO FUNDAMENTAL

"Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo".

3. UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO

"Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

El Magistrado Ricardo Rodríguez Fernández, en su artículo doctrinal publicado por **sepín**: "El Marco Jurídico del final de la Vida", nos recuerda que la Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Tratamiento Sustantivo y Procesal de los Conflictos ante Transfusiones de Sangre y otros Tratamientos Médicos sobre Menores de Edad en caso de Riesgo Grave, trata de establecer las pautas para resolver el conflicto que pueda generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideren necesaria la práctica a un menor de edad de una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de riesgo grave y el menor y/o sus representantes legales se opongan, distinguiéndose los siguientes supuestos:

- Menor de 16 años que no puede dar su consentimiento, para lo que es necesario el de su representante legal, salvo que el facultativo lo considere suficientemente maduro.
- Menores de 16 o 17 años emancipados, solo ellos pueden prestarlo.
- Por lo general, los menores de 12 años no pueden por sí solos dar consentimiento alguno.
- Si el menor niega el consentimiento y existe grave riesgo para la salud, podrá dar el consentimiento su representante legal, sin necesidad de acudir al Juez de Guardia.
- Si el menor y su representante legal rechazan el tratamiento, deberá acudir al Juez de Guardia, sin perjuicio de poder actuar el médico en caso de extrema urgencia, concurriendo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.
- Si el menor maduro da el consentimiento y su representante legal no, sí debe aplicarse el tratamiento sin necesidad de acudir al Juez de Guardia, prevaleciendo su derecho a la autodeterminación.
- Si el menor y su representante legal rechazan el tratamiento, debe acudir al Juez de Guardia, sin perjuicio de poder actuar el médico conforme a lo expuesto, al concurrir las causas de justificación de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

En la Circular antes citada, se establece una conclusión importante: *"Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Solo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto".*

Ahora bien, entiendo que la competencia del Estado deberá siempre atemperarse con el interés del menor en toda su extensión, como señala el Comité de los Derechos del Niño en la Observación general n.º 14 (2013). Debe interpretarse como un **concepto dinámico**, que requiere ser evaluado cuidadosamente en cada caso. Su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención, entendiendo ese "desarrollo" como un **concepto holístico** que abarque el desarrollo físico, espiritual, moral, psicológico y social del niño.