



Nuevo marco jurídico de protección a la infancia

Por Ricardo De Lorenzo, socio-director de De Lorenzo Abogados

El pasado mes de septiembre conocíamos y vivíamos el caso del niño británico Ashya King, al que sus padres sacaron del hospital donde le trataban de un tumor cerebral, que hizo se abrieran numerosos debates no solo éticos, y de creencias religiosas, sino también y muy especialmente desde el punto del Derecho Sanitario centrados en el papel de los padres y su competencia a nivel de la toma de decisiones, en aquellas **situaciones de conflicto, cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una intervención médica en situación de "riesgo grave", y los padres se oponen.**

Este tipo de situaciones de por sí jurídicamente complejas, suponen la afectación de derechos fundamentales y siempre vienen acompañados de un fuerte componente emocional. Las preguntas que se formularon fueron múltiples ¿Qué debe hacerse cuando un menor está en una situación difícil en términos de salud, y polémica en términos ideológicos? **¿Quién está más legitimado para tomar decisiones al respecto: sus padres, los Médicos o la administración?**, ¿Puede quedar relegada la patria potestad ante la opinión profesional de los Médicos?.

La solución que se adoptó vino desde la concreción práctica del concepto jurídico de "interés del menor" que ya había venido siendo aplicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, siguiendo el ejemplo del art. 9 de la "Children Act británica de 1985", a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio, partiendo de la posición del Médico como "garante de la salud e integridad del paciente menor de edad", estableciendo una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación de ese interés del menor y paralelamente, su identificación al caso concreto, dado que nuestra Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, **no especifica expresamente quién ha de resolver los conflictos que se presenten cuando en casos de "riesgo grave"** los facultativos entiendan que es imprescindible una intervención médica urgente y sus representantes o el propio menor se nieguen a prestar el consentimiento.

Este principio de prevalencia del "interés superior del menor", frente a la patria potestad de los padres en estas situaciones se contempló ya en los dos anteproyectos de ley que bajo los nombres de "Ley de Protección de la Infancia", y "Ley Orgánica complementaria de Protección de la Infancia" aprobó el Gobierno el pasado mes de Abril de 2014, y que el Consejo de Ministros ha remitido el pasado viernes al Parlamento tras haber sido informadas por el Consejo de Estado, Consejo Fiscal, Ministerios implicados, y Comunidades Autónomas.

Esta normativa modificará el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,convirtiéndose así España en el primer país en incorporar la defensa del interés superior del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, como recomendó la ONU en 2013, innovando así la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la Violencia de Género para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016.

La normativa aprobada establece un nuevo marco de derechos y deberes de los menores, y una especial atención de los más vulnerables, como menores extranjeros no acompañados, jóvenes ex tutelados, menores con discapacidad, etcétera.

De este modo, **las leyes promueven la participación de los menores a través del derecho a que sean oídos y escuchados**, lo que incluye a los menores de doce años siempre que tengan madurez suficiente. En consecuencia, en la resolución de procedimientos judiciales se deberá exponer siempre

si se ha oído al menor y lo que éste ha manifestado.

La reforma, por otro lado, incluye un catálogo de deberes en las esferas familiar, escolar y social: respeto a los padres, hermanos, profesores; respeto a la dignidad, integridad e intimidad de las personas con que se relacionen, etcétera. El conocimiento de sus derechos y deberes se implantará a través del sistema educativo, y se **recoge de forma expresa la necesidad de evitar situaciones de acoso escolar**.

Dentro de este primer objetivo se refuerza la protección a grupos vulnerables, como los menores extranjeros que se encuentren en España, a los que se reconoce expresamente su derecho a la sanidad, la educación y los servicios sociales, velando especialmente por los no acompañados o víctimas de trata, entre otros.

A los menores con discapacidad se les asegura su plena accesibilidad y la garantía de los servicios sociales especializados. Y, por primera vez, **la norma prevé recursos y programas de apoyo para facilitar la transición a la vida independiente de jóvenes extutelados**.

En interés superior del menor, la reforma configura un nuevo sistema de protección de la infancia, definiéndose, por primera vez en una norma estatal, las situaciones de riesgo y desamparo, y ésta última queda determinada por el abandono, riesgo para la vida, salud o integridad física; o la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución. **La declaración de desamparo dará lugar a la tutela del menor por parte de la entidad pública competente**. Como aspecto fundamental, se introduce que, superados dos años desde dicha declaración, sólo el Ministerio Fiscal podrá impugnarla, no los padres biológicos.

Pasados esos dos años, las entidades públicas podrán adoptar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la adopción si se prevé una situación irreversible para el menor.

En cuanto a la guardia que solicitan los padres a la Administración, es decir la guardia voluntaria se limita a dos años, con el fin de evitar que estas situaciones se hagan crónicas, algo que venía sucediendo. Vencido dicho plazo, el menor deberá volver con su familia o dictarse sobre él una medida de protección estable.

Lamentablemente no se aprovecha esta importante reforma y no se contempla una cuestión a mi juicio fundamental como es la de determinar la “mayoría de edad sanitaria” que, en nuestro caso, significa fijar la edad a partir de la cual el menor deviene titular del derecho a la información asistencial, la cual, aparece predeterminada en el artículo 9. 3 de la Ley 41/2002, fijando una presunción de mayoría de edad a partir de los dieciséis años, y no una mayoría de edad sanitaria, como se viene asegurando con carácter general equivocadamente.

En definitiva, salvo este aspecto, una **importantísima reforma para los derechos de los niños** que ojalá tenga el necesario consenso y todas aquellas posibles mejoras tras su paso por el Parlamento.