

CASO ASHYA: ¿QUIÉN DEBE DECIDIR EN ÚLTIMA INSTANCIA EL TRATAMIENTO DE UN NIÑO ENFERMO?

JOANA RUIZ SIERRA

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

Resumen: El trabajo analiza el caso del pequeño Ashya King, en relación al tratamiento médico y su consentimiento, cuando de menores e incapaces se trata.

Abstract: The essay analyses the case of the boy Ashya King, in relation to the medical treatment and its consent, when it's referred to minors and unable persons.

Índice. I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. TRATAMIENTO MÉDICO: CONSENTIMIENTO. PODER DECISIÓN. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La presente comunicación gira en torno al caso del niño británico Ashya King, al que sus padres sacaron del hospital donde le trataban de un tumor cerebral extirpado, ello, por desacuerdo con el Hospital y sus facultativos, sobre qué tratamiento médico debía seguirse.

Una vez más, sale a la luz el debate entre la comunidad médica, la jurídica y las autoridades administrativas, sobre quién tiene el poder de decisión, quién decide lo que es mejor para un menor o incapaz: los padres mediante el ejercicio de la patria potestad, los médicos con sus diagnósticos, las autoridades, ... sin obviar, las connotaciones éticas y emotivas que un supuesto como el que nos ocupa, de grave enfermedad de un pequeño, conlleva.

Con carácter previo se mencionaran los antecedentes de este caso para luego analizar ese poder de decisión, en el caso Ashya y en nuestro derecho.

II. ANTECEDENTES.

A finales de agosto de este año, estalla en medios periodísticos, el caso conocido como Ashya. Ashya King¹ es un pequeño británico de 5 años, que padece un tumor cerebral, que le impide hablar, moverse y alimentarse por sí mismo. El niño se

¹ El País digital, La Interpol busca a un niño británico al que sus padres sacaron del hospital, 29 de agosto de 2014, http://sociedadelpais.com/sociedad/2014/08/29/actualidad/1409338075_267708.html

encontraba en el hospital de Southampon (Reino Unido), recibiendo tratamiento, cuando sus padres se lo llevaron del centro sin consentimiento médico. Se informaba igualmente que los padres eran testigos de Jehová.

Miembros del citado centro médico, de forma inmediata, denunciaron a la policía británica, la desaparición del pequeño y que sin ese tratamiento la vida de Ashya corría peligro. Finalmente la Interpol², a requerimiento de las autoridades británicas, emitió una alerta para localizar al pequeño, ello tras conocerse que la familia había atravesado el Canal de la Mancha.

Pocos días después, la familia King es localizada por la policía española en Málaga, el niño es trasladado al Hospital más cercano y los padres son detenidos y puestos a disposición de la autoridad judicial española, en este caso, el juez del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, que pasa a dar curso a la Orden Europea de Detención y Entrega. Los padres declararon ante el Juez su negativa a ser trasladados al Reino Unido y que su única intención cuando se llevaron al niño del hospital, era someter a su hijo gravemente enfermo a un tratamiento médico menos agresivo, que los hospitales británicos no ofrecían. El juez español prorroga la detención de los padres, ordena una serie de diligencias, y, es entonces cuando las autoridades británicas retiran todos los cargos, siendo puestos en libertad los padres de Ashya³.

De forma descriptiva: *Primero vino la criminalización. Después, la reflexión. Luego, una ola de solidaridad y, finalmente, la libertad*⁴. Qué ha puesto de relieve este asunto, un importante dilema, entre la posición médica y la libertad de decidir o la autonomía de la voluntad de los pacientes para sí o para con tercero (caso de menores o incapaces), junto con su tratamiento jurídico penal y de autoridad.

² INTERPOL issues global alert for missing British boy, el 29 de agosto de 2014. Véase página web www.interpol.int/

3

José Antonio Sau y Jesús J. García Virginia Guzmán, El Diario de Málaga, Los padres de Ashya quedan libres tras retirar la Fiscalía británica la acusación, 3 de septiembre de 2014,

<http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2014/09/03/padres-aysha-quedan-libres-retirar/704327.html>

⁴ [Fernando J. Pérez](#), El País Digital, Los padres de Ashya King salen de la cárcel de Soto del Real, 2 de septiembre de 2014, ver web www.elpais.es

III. TRATAMIENTO MÉDICO: CONSENTIMIENTO. PODER DECISIÓN.

Desde el punto de vista médico y con ocasión del caso que nos ocupa se ha dicho que: *"Los médicos tienen el deber ético de velar por la salud de sus pacientes, en cuanto que el respeto y promoción de la vida humana es un imperativo ético básico de su profesión"*, así lo ha puesto de manifiesto el doctor Luis Miguel Pastor García, vicepresidente de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI)⁵.

Partiendo de ese imperativo médico-ético, se suelen distinguir tres casos diferentes en los que se formulan objeciones (entiendo, para la presente comunicación, que fundadas en el ejercicio del derecho a la libertad) al tratamiento médico formulado, aunque sólo nos detendremos para su análisis en el último⁶:

1. La objeción al tratamiento se formula por el propio paciente mayor de edad, ello en el ejercicio de su derecho a la libertad. En estos casos, la abstención del médico, respetando la voluntad del paciente, no genera responsabilidad penal alguna siempre que al paciente se le haya informado de los riesgos de su decisión.
2. La objeción del tratamiento se formula por un tercero para un mayor de edad. Son aquellos supuestos en los que el paciente ha negado dicho consentimiento, pero en el momento de exigírsele no puede hacerlo (por ejemplo: está inconsciente) y es un tercero (generalmente familiar), con capacidad para actuar, quien manifiesta el rechazo al tratamiento. Tampoco generaría responsabilidad penal ni para el tercero ni para el médico, siempre que conste la voluntad contraria del paciente.
3. La objeción al tratamiento médico se formula por un tercero para un menor de edad o incapaz⁷, sin duda el caso más problemático.

⁵ Redacción de la BBC MUNDO , ¿Hasta dónde deben decidir los padres el tratamiento de un niño enfermo?, el 2 de septiembre de 2014, http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140902_ashya_nino_dilema_ams.shtml

⁶ LAMARCA PÉREZ, C., AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PROTECCIÓN COACTIVA DE LA VIDA, DIARIO LA LEY PENAL Nº 60, MAYO DE 2009, PP. 20 YSS.

⁷ SANCHO GARGALLO, I., TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL

Qué puede o debe hacer un médico, cuando exista desacuerdo en el tratamiento médico a seguir con la familia (o persona legalmente legitimada) y entienda que con dicha negativa se pone en peligro la salud o la vida del menor o incapaz, o que pueden estar manteniendo conductas que supongan abandono o maltrato respecto a un menor.

En el caso Ashya, se planteó una situación de conflicto en el propio hospital, entre sus facultativos y los padres. Los médicos consideraron la necesidad de un tratamiento mediante radioterapia y los padres se opusieron, prefiriendo una terapia de protones, tratamiento que entendían tenía menos efectos secundarios que la radioterapia tradicional. Importante cuestión, dicha terapia no estaba disponible para casos como el de Ashya en los hospitales del Reino Unido.

Llegados a este punto lo que sucedió seguidamente ha sido profusamente tratado por la prensa británica y española. La presión social y política en el Reino Unido fue creciendo, (incluso el primer ministro, David Cameron, y el viceprimer ministro, Nick Clegg, se habían pronunciado sobre el caso), hasta tal punto, que la Fiscalía decidió retirar los cargos y, finalmente el pequeño, junto a su familia, se trasladaron a un hospital de Praga, para recibir la terapia deseada. Previamente fue necesario que la Alta Corte Británica autorizara el cambio de hospital, dado que la tutela del niño estaba en manos de un juzgado de ese país, y que la justicia diera el visto bueno al tratamiento con protones que el menor va a recibir a partir de ahora por deseo de su familia⁸. Igualmente el ministro de Sanidad británico ha declarado que se están revisando el protocolo establecido para casos similares al de Ashya.⁹

En España, el marco legal en esta materia sanitaria y en relación a la capacidad de obrar de los menores de edad, se encuentra en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica¹⁰, el artículo 9 apartado 3, se dedica a regular el consentimiento por representación, y establece la edad mínima de los dieciséis años, a partir de las cuales se entiende que el menor es capaz de decidir por sí mismo. Y se valora la opinión del menor mayor de doce años (en consonancia con el Código Civil).

CONSENTIMIENTO INFORMADO, INDRET WORKING PAPER N° 209, ABRIL DE 2004, PP. 22 Y SS.

⁸ Esperanza Codina, La familia de Ashya King ultima su traslado a un hospital de Praga, El País Digital 6 de septiembre de 2014, http://ccaaelpais.com/ccaa/2014/09/06/andalucia/1410017936_567772.html

⁹ Véase nota 3

¹⁰ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188

No obstante, la ley dice que 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. Esta Ley omite designar 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.

En nuestro país, ante un caso como el de Ashya, y dado el silencio de la Ley, se han dado dos posturas:

1. Que las autoridades médicas u hospitalarias se dirijan al Juzgado de Guardia, con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial (Auto), cuya resolución, entiendo, debe venir presidida por el interés superior del menor, interés consagrado en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹, como principio rector en la aplicación de la ley, en el que se establece, que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
2. No estableciendo la Ley un procedimiento ni administrativo ni judicial para adoptar la decisión de intervenir contra la voluntad del paciente, corresponde al facultativo adoptar dicha decisión para lo que tendrá que tener en cuenta que la intervención debe estar indicada no como remedio más aconsejable sino como el único que según las reglas de la ciencia médica pueden evitar ese riesgo grave.

Por último, mencionar que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, fundamentalmente a partir del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997¹², donde se condenó a los padres de un menor de 13 años como autores de un delito de homicidio por comisión por omisión, como consecuencia de haberse opuesto aquellos a la transfusión de sangre a su hijo por motivos religiosos. En aquella sentencia el TS seguía considerando que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente

¹¹ <https://www.boe.es/boe/dias/1996/01/17/pdfs/A01225-01238.pdf>

¹² <http://supremo.vlex.es/vid/consentimiento-homicidio-dolosa-padres-17714590>

cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas, pero también venía a establecer por primera vez y esto es lo relevante que *"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"*, ello lo hacía para ponerlo en contraposición con los supuestos en que se tratara de salvar la vida o evitar un daño irreparable a un menor, en los cuales señalaba que *"es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición..."* .

Tal sentencia fue recurrida en amparo, dando lugar al dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002¹³ en la que se acabó concluyendo que la actuación de los padres del menor se encontraba amparada por el derecho fundamental de la libertad religiosa, otorgándose el amparo solicitado, conteniéndose también en dicha resolución la siguiente reflexión: *"lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)*.

IV. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo hemos visto que este tipo de situaciones son jurídicamente complejas, porque suponen la afectación de derechos fundamentales y siempre vienen acompañados de un fuerte componente emocional. Puede comprenderse fácilmente la situación de angustia de aquellas familias donde se haya diagnosticado de una grave enfermedad a un niño, y la esperanza de los progenitores de que pueda existir

¹³ [Pleno. SENTENCIA 154/2002, de 18 de julio de 2002 \(BOE núm. 188 de 07 de agosto de 2002\)](#)

un tratamiento mejor o diferente.

Las preguntas que se nos han planteado son múltiples ¿Qué debe hacerse cuando un menor está en una situación grave en términos de salud? ¿Quién está más legitimado para tomar decisiones al respecto: sus padres, los Médicos o la administración? Y la solución en términos legales no ha recibido completa respuesta, y una vez más se ha reconducido la cuestión a la autoridad judicial.