

EL INTERÉS DE UN MENOR CON DISCAPACIDAD. A PROPÓSITO DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2015

[The best interest of a minor with disability: a legal question]



Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ

Profª. Titular Acreditada de Derecho Procesal CU Villanueva y de la EPJ (UCM)
Directora del Área de Derecho CU Villanueva (UCM)
mprada@villanueva.edu

María Magdalena PÉREZ DE PRADA

Abogada
maria_perez_de_prada@hotmail.com

Fecha de recepción: 30/06/2016

Fecha de aceptación: 30/09/2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. EL RECURSO DE APELACIÓN: ALEGACIONES DE LOS PROGENITORES ■ III. LA RESOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL ■ IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES TÉCNICAS SOBRE LA HIPOACUSIA Y EL IMPLANTE COCLEAR ■ V. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS ■ A) Breve apunte sobre el poder de decisión de los padres ■ B) El acceso a una información objetiva y libre de prejuicios ■ VI. CONCLUSIONES ■ VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Tercera, pone fin, en su Auto de 28 de diciembre de 2015, a casi tres años de inter-

rogantes que rodeaban cuestiones fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física, los límites al ejercicio de la patria potestad y el alcance de las decisiones judiciales en materia de discapacidad. De esta forma, finaliza una controversia entre el derecho a la libre elección de los progenitores a que se intervenga quirúrgicamente a su hija menor de edad y el interés de la menor defendido por el Ministerio Fiscal relativo al acceso a una tecnología biotécnica que facilitará su integración social y profesional en el futuro.

Este trabajo es el resultado del estudio de un caso particular que refleja una realidad social en la que la justicia ha tomado parte al haberse visto involucrado el interés de un menor. Siguiendo esta argumentación, las autoras desean acercar al lector a una situación en apariencia íntima y personal en la que diferentes operadores jurídicos han actuado de oficio con el fin de velar por los intereses del menor.

Abstract

The Provincial Court of Las Palmas de Gran Canaria puts an end, in its ruling of December 28, 2015, to almost three years of questions surrounding fundamental issues such as: the right to life and physical integrity, the limits on the exercise of parental authority and the scope of judicial decisions on an a matter such as disability. In this sense, it is finally resolved the dispute between the right to exercise the free choice of the parents to decide if they want to submit their child to a surgical intervention and the best interest of the minor defended by the public prosecutor, as this access to a biotechnical technology will facilitate her social integration and professional future.

This essay is the result of the study of a particular case where the interests of a minor have been involved reflecting a social reality in which justice has taken part. Following this argument, the authors wish to bring the reader to a personal situation in appearance but in which different legal operators have acted on its own initiative in order to ensure the best interests of the child.

Palabras clave

Hipoacusia; implante coclear; desarrollo fonológico; discapacidad; patria potestad; interés del menor; prueba pericial; informes médicos.

Keywords

Deafness; cochlear implant; phonological development; disability; parental authority; best interest of the minor; technician evidence; medical reports.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de una denuncia médica, la Fiscalía Provincial incoa en el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria un procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a una solicitud de seguimiento médico y terapéutico. Esta demanda consistía en la implantación coclear en una menor con sordera bilateral profunda, en contra del firme criterio de sus progenitores, ambos sordos de nacimiento. Siguiendo el criterio de la Fiscalía, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de las Palmas de Gran Canaria estima la solicitud y falla el 8 de agosto de 2014 autorizando el seguimiento médico y terapéutico (intervención quirúrgica para colocar un implante coclear) de la menor en virtud del art. 158 CC.

El Juez de Primera Instancia consideró que el interés de la menor prevalecía sobre el derecho de sus padres a elegir el tratamiento más adecuado y autorizó la intervención; indicando que ésta es la posibilidad más eficaz pero, sin duda alguna, la más invasiva para la menor. Los progenitores interpusieron recurso de apelación solicitando la revocación del auto ante la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Todo lo anterior nos lleva a plantearnos un interrogante jurídico importante y decisivo en esta materia: cuál es el verdadero interés del menor y de qué forma se articula en relación con la patria potestad que legítimamente ejercen sus progenitores. Como analizaremos, cada uno de los intervinientes en este procedimiento, sus progenitores y el Ministerio Fiscal, se hacen eco de los intereses del menor desde una posición diferente. No obstante, deberá ser el juez, en su condición de tercero imparcial, el que dictaminará y resolverá sobre una base fundada de conocimiento.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN: ALEGACIONES DE LOS PROGENITORES

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas admite el recurso de apelación y, tras la deliberación de 25 de noviembre de 2015, dicta auto con fecha 28 de diciembre de 2015 en el que declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra el auto de 8 de agosto de 2014, revocando así la decisión del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas.

Los argumentos expuestos por la representación procesal de los progenitores consistieron, principalmente, en que el implante coclear (en adelante, «IC») no supone un fin en sí mismo que habilite la cognición auditiva, sino una herramienta que debe ser ejercitada. En este sentido, consideran que la interpretación realizada por la Fiscalía es errónea, no pudiéndose invocar en este caso el derecho a la vida o a la integridad física, pues la sordera no es una enfermedad, sino una «discapacidad». Asimismo, los progenitores alegan que el desarrollo de la menor está siendo normal, sin que exista ningún riesgo concreto para la salud que exija el sometimiento a una intervención quirúrgica.

En concreto, argumentan que el auto recurrido vulnera las siguientes disposiciones normativas:

- La Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

- 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.
- El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En el ámbito europeo e internacional, se consideran vulneradas:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006.
- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000.
- Las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre los derechos de las minorías nacionales, la educación de necesidades especiales y las personas con limitaciones auditivas.

De esta forma, los apelantes entienden que no existe ninguna de las situaciones descritas en el auto recurrido consistentes en el perjuicio del menor, abuso físico o mental o trato negligente, que aconseje autorizar un tratamiento médico en contra de las preferencias y criterio de los progenitores.

Asimismo, la asociación AICE apoyó la pretensión de revocación, estableciendo, primordialmente, que la actuación de los padres no suponía, en modo alguno, un abuso físico o un trato negligente, pues la vida de la menor no se encontraba en riesgo¹.

Adicionalmente, se planteó la cuestión relativa al soporte de los costes económicos, planteando la disyuntiva entre si las Administraciones Públicas se harían cargo de los gastos tanto de la operación quirúrgica como del mantenimiento posterior del aparato y tratamientos o, si por el contrario, también se condenaría a los padres a asumir los elevados costes de esta biotecnología.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Con los argumentos anteriormente expuestos, la Audiencia Provincial examinó detenidamente todas las actuaciones remitidas y realizó una labor de investigación más profunda. Todo ello, conllevó a estimar el recurso de apelación sobre la base de lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En cumplimiento del art. 39 CE que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, el legislador establece como superior el interés del menor. Así pues, los intereses de los menores son primordiales en todas las acciones y decisiones que les conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

1. La Federación AICE se hace eco de este caso en los artículos: «Implantación por juzgados 1» núm. 72 de octubre de 2014, y «2», *Integración*, núm. 79, de julio de 2016, pp. 66 y ss.

De esta forma, la Audiencia considera que el interés del menor a acceder a esta tecnología quirúrgica no justifica su autorización en contra del criterio mantenido por los padres y alega las siguientes razones:

- Las circunstancias específicas que rodean a la menor en lo relativo al tratamiento desaconsejan su implantación ante la negativa de los progenitores, al tratarse de una operación quirúrgica que entraña los riesgos inherentes a cualquier intervención. Además, la Audiencia observa que no ha sido acreditada una razón de urgencia o riesgo vital que suponga un peligro para la menor en caso de no realizarse la operación.
- Ninguno de los informes médicos que se han aportado a lo largo del procedimiento apoya de manera exhaustiva y suficiente la iniciativa de la Fiscalía adoptada por el Juzgado de Primera Instancia.
- No se ha aportado por la Fiscalía documentación conveniente para adoptar la decisión, esto es, un historial detallado de la menor, informes relativos a las ventajas del implante coclear, su coste y mantenimiento posterior y los riesgos inherentes a la intervención.
- De igual modo, la Audiencia hace referencia a la falta de consideraciones acerca del entorno social y familiar de la menor, lo que se presta especialmente relevante a efectos del seguimiento y rehabilitación auditiva a realizar por el paciente para el aprovechamiento máximo del implante.

En este orden de cosas, el auto incide en la legitimación de los padres a enseñar a su hija la lengua vehicular de signos, que así se reconoce como derecho en los artículos 2 y 5. c) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: «*Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en su caso, sus padres o representantes legales, en el supuesto de que sean menores de edad o estén incapacitadas podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos de las Comunidades Autónomas*».

En definitiva, el auto que resuelve el recurso de apelación no reputa contrario al interés del menor la negativa de los padres a llevar a cabo la operación quirúrgica, sino que reflexiona de manera que la implantación coclear sin convicción y motivación por parte de sus progenitores podría causar mayores perjuicios a la menor.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES TÉCNICAS SOBRE LA HIPOACUSIA Y EL IMPLANTE COCLEAR

Antes de adentrarnos en cuestiones jurídicas, creemos interesante dar unas breves pinceladas que nos aclaren algunos conceptos que van a ser necesarios para determinar el alcance de las decisiones que puedan tomarse respecto a implantar a menores y sus consecuencias. En este sentido, hemos realizado una investigación preliminar acerca de la hipoacusia y los efectos del implante coclear², pudiendo, de esta forma, analizar desde una perspectiva más cercana cuáles hubieran sido los

2. MANRIQUE, M. y GÓMEZ RODRÍGUEZ, L., «Introducción a la audiología. Sistemas de amplificación individual», en <http://www.oiresclave.org/>

principales argumentos a tener en cuenta por los operadores jurídicos intervinientes en este caso³.

La hipoacusia o pérdida auditiva es una deficiencia debida a la pérdida o anomalía del sistema auditivo que tiene como consecuencia inmediata la discapacidad para oír, lo que puede implicar un déficit en el acceso al lenguaje oral. La hipoacusia infantil es un importante problema de salud por las repercusiones que tiene en el desarrollo emocional, académico y social del niño y que afecta a cinco de cada mil niños en el momento de su nacimiento⁴. Esta pérdida de la capacidad auditiva que implica una limitación sensorial es un grave problema que afecta a una gran parte de la población desde el nacimiento hasta la tercera edad⁵. Esta limitación sensorial afecta a la cognición de muchos aspectos esenciales y cruciales para la formación de una persona⁶. La ausencia de audición afecta al desarrollo normal de la corteza cerebral auditiva dando como resultado déficits en el lenguaje hablado. Durante los primeros años de vida, el desarrollo del cerebro depende de la estimulación externa para formar conexiones neuronales y una red funcional que apoyan el aprendizaje del comportamiento. Las consecuencias en el desarrollo cerebral cuando no existen esos estímulos son muy importantes, negativas e irreversibles⁷.

Del mismo modo, el acceso a la lengua escrita es uno de los objetivos prioritarios del sistema educativo español, siendo esencial esta competencia comunicativa para «aprender a aprender», según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Sin embargo, se ha constatado que con respecto a la comunidad sorda, a pesar de los avances materiales, técnicos y humanos, existe un 80% de analfabetismo funcional, de modo que terminan la educación básica sin alcanzar un dominio adecuado de la lengua oral y escrita⁸.

El primer implante coclear se llevó a cabo el 25 de febrero de 1957 en Francia y, en EEUU, hace aproximadamente 50 años. Los datos en 2011, en todo el mundo, indican que más de 240.000 pacientes llevan un implante coclear, de los cuales se estima que unos 140.000 son niños⁹.

3. Queremos agradecer a Carmen Abascal, Directora de la Fundación Oír es Clave, la ayuda que nos ha prestado para poder analizar, desde una perspectiva objetiva y técnica, el amplio espectro de posibilidades que entraña la implantación coclear. <http://www.oiresclave.org/>

4. <http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/maternalInfantil/docs/hipoacusia.pdf>

5. TAHA, M., y PLAZA G., «Hipoacusia neurosensorial: diagnóstico y tratamiento», en www.jano.es | julio 2011, afirman que la hipoacusia neurosensorial (HNS) «es un trastorno muy común, con un amplio espectro que va desde un indetectable grado de discapacidad, hasta una profunda alteración en la integración social en el caso de las hipoacusias profundas (cofosis). Aproximadamente 1 de cada 1.000 recién nacidos tiene una hipoacusia severa».

6. Muy interesante la información que recoge http://www.fiapas.es/EPORTAL_DOCS/GENERAL/FIAPAS/DOC-cw47fa08e7c7e35/DOSSIERPADRES.pdf

7. SHARMA, A., «El periodo crítico de la implantación coclear en niños sordos», *Integración*, núm. 75, julio, 2015, pp. 6 y ss., concluye afirmando que la implantación coclear, entre los niños menores de 3,5 años de edad permite que progrese la maduración cortical auditiva, «proporcionando una enorme oportunidad para la adquisición apropiada del lenguaje y del habla».

8. GUTIÉRREZ CÁCERES, R., y SOLÍS SÁEZ, M. G., «Alumnos sordos con y sin implante coclear. Análisis sobre las habilidades motivacionales en la escritura», *Educación y Diversidad*, 7 (2) julio-diciembre 2013, pp. 53-65, señalan como fuentes: Carrillo y Domínguez, 2010; Jáudenes, 2009.

9. En EEUU, 58.000 adultos y 38.000 niños han sido implantados. Casi 2.000.000 de norteamericanos son potenciales candidatos a un IC, según el *National Institute on Deafness and Other Communication Disorders*. <https://www.nidcd.nih.gov/>

En España, el primer implante coclear tuvo lugar en el año 1985. Hoy, años después, en nuestro país hay unas 13.500 personas implantadas de las que un 60% son adultos y un 40% son niños. Más de 4.000 niños utilizan un implante coclear¹⁰.

En un oído normal las ondas sonoras atraviesan el conducto auditivo externo hasta llegar al **oído medio provocando una** vibración de la membrana timpánica y de tres pequeños huesecillos: martillo, yunque y estribo. Estas vibraciones originan que los líquidos contenidos en el oído interno entren en movimiento, dando lugar a la activación de miles de células ciliadas del órgano de Corti, ubicado en la cóclea o caracol a nivel del oído interno. Estas células son capaces de transformar la vibración mecánica del sonido en impulsos eléctricos, que se transmiten a través de las fibras nerviosas del nervio auditivo hasta la corteza cerebral. La mayor parte de las sorderas profundas son debidas a la destrucción de las células ciliadas del órgano de Corti y no a una lesión del nervio auditivo.

Un implante coclear es un dispositivo médico electrónico¹¹ que puede sustituir al oído externo, medio e interno, siendo capaz de recoger los sonidos, transformarlos en estímulos eléctricos para transmitirlos al nervio auditivo, y restablecer el flujo de información auditiva que llega al cerebro¹². Los IC proporcionan una estimulación directa al sistema nervioso central auditivo de las personas con discapacidad auditiva permitiendo que se desarrolle la corteza cortical.

Este dispositivo consta de distintas partes:

- Parte externa: compuesta por un micrófono, que recoge los sonidos, un procesador que selecciona los más útiles y un transmisor, que finalmente envía los sonidos codificados al receptor.
- Parte interna: tras el pabellón auricular, se implanta en el hueso mastoideo un receptor-estimulador que envía las señales eléctricas a los electrodos, introducidos en el interior de la cóclea.

El implante coclear recoge el sonido por medio de ese micrófono ubicado detrás de la oreja. Las señales son transmitidas a un procesador de la palabra, que es un pequeño ordenador capaz de seleccionar y codificar los sonidos útiles. Este procesador está disponible en un formato corporal, normalmente utilizado en bebés, y otro retroauricular, que se coloca detrás de la oreja. Las baterías que proporcionan la energía al sistema se localizan externamente junto al procesador.

Los códigos electrónicos aquí producidos son enviados por un cable al transmisor que a través de la piel pasa dicha información a la antena y de ahí al receptor-estimulador, ambos colocados sobre el hueso craneal por debajo de la piel. Estos códigos se transforman en señales eléctricas que son enviadas a los electrodos

10. <http://blog.oiresclave.org/?p=700>

11. CLARÓS BLANCH, P., *Implante coclear «El oído biónico»*, Barcelona, 2015, recoge el concepto de hipoacusia neurosensorial, la historia del desarrollo del IC, su funcionamiento, cirugía, etc.

12. La Federación de Asociaciones de Implantados Cocleares de España, «AICE», define el implante coclear como un transductor que transforma las señales acústicas en señales eléctricas que estimulan el nervio auditivo. http://implantecoclear.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76:ique-es-un-implante-coclear&catid=62:que-es&Itemid=82

ubicados dentro del oído interno, en la cóclea, que estimulan las fibras del nervio auditivo. La corteza cerebral recibe estas señales y las interpreta. La señal y la energía para la estimulación son transmitidas por inducción¹³. Los componentes externos (micrófono y procesador) pueden estar contenidos en un procesador retroauricular que se coloca detrás de la oreja o bien en un procesador corporal. Se pueden situar en el cinturón, en el bolsillo o escondido debajo de la ropa. Los procesadores corporales suelen emplearse en niños. El transmisor se adapta por magnetismo, a la antena, que junto al receptor-estimulador y los electrodos fueron colocados internamente en la cirugía¹⁴.

Los implantes cocleares están indicados en las siguientes pérdidas de audición:

- Personas que padecen una sordera profunda o severa de origen coclear en ambos oídos, que se benefician de forma escasa o nula de los audífonos y que además, se sienten motivados hacia el implante coclear.
- Personas con sorderas unilaterales, en las que la audición de un oído está ausente y en el otro oído es normal o hay un cierto grado de pérdida auditiva que puede oscilar de un grado leve a severo. En estos casos, llega a estar especialmente indicado un implante coclear cuando en el oído sordo se perciben acúfenos de alta intensidad que alteran de forma relevante la calidad de vida.
- Personas con restos auditivos, capaces de percibir sonidos de tonalidad grave, con baja audición para los sonidos de tonalidad media y aguda, que tienen grandes dificultades para entender la palabra hablada incluso con el empleo de audífonos adecuadamente adaptados.

Hay que tener en cuenta que estos criterios y otros factores adicionales de índole técnica deben ser considerados a la hora de recomendar la implantación. Por ello, a paciente se le realizan diferentes estudios que tratarán de determinar si existen o no las condiciones idóneas para que obtenga un rendimiento adecuado con el implante coclear. Entre otras posibles pruebas, se realizarán valoraciones audiológicas, psicológicas, y radiológicas como el TAC o la RMN¹⁵.

Tras estas breves y básicas consideraciones quizá lo más importante sea centrarnos en la pregunta clave: ¿cómo se oye con un implante coclear? Con carácter general, las personas implantadas oyen de forma muy parecida a como escucha un oyente. Esta afirmación viene respaldada a través de los resultados de algunos test y de las manifestaciones de pacientes ya implantados. Es muy interesante, como señala el Dr. Manrique¹⁶, que «no se trata de códigos nuevos, sino de una información

13. Por ello, no se precisa un enchufe entre las partes externas e internas, y no se necesita realizar cambios de ninguna batería interna como sucede por ejemplo con los marcapasos.

14. <http://www.oiresclave.org/>

15. MANRIQUE, M. y GÓMEZ RODRÍGUEZ, L., «Introducción a la audiolología. Sistemas de amplificación individual», en <http://www.oiresclave.org/> En la Clínica Universitaria de Navarra se han llevado a cabo con éxito implantes cocleares en pacientes de edades comprendidas entre los 5 meses y los 86 años.

16. El Dr. Manuel MANRIQUE es el Director del Departamento de Otorrinolaringología de la Clínica Universitaria de Navarra, en Pamplona. <http://www.cun.es/nuestros-profesionales/profesionales/manuel-manrique-rodriguez>

sonora que guarda una estructura semejante a la que estamos acostumbrados a oír los oyentes». Y, continúa, «por ello, cuando se implanta a un sordo postlocutivo o postlingual, que ha oído antes de quedarse sordo y que conserva una buena memoria auditiva, a los pocos días de utilizar el implante es capaz de reconocer fácilmente las palabras de una conversación»¹⁷.

Son muchos los estudios que han demostrado que en niños oyentes existe un fuerte vínculo entre el lenguaje oral y el desarrollo de la alfabetización, lo que lleva a muchos autores a afirmar que la implantación coclear dando soporte al desarrollo del lenguaje, tendrá un impacto positivo en el niño sordo¹⁸. A lo largo de los últimos treinta años, se han puesto de manifiesto las dificultades que los alumnos sordos presentan en el aprendizaje de la lengua escrita, los problemas que tienen para lograr un progreso lector adecuado y los bajos niveles alcanzados al finalizar la escolarización obligatoria. Se ha demostrado que mejoran considerablemente este pronóstico lector, dependiendo de las circunstancias de cada persona, la utilización sistemática y precoz de la Palabra Complementada como la utilización de Implantes Cocleares, especialmente cuando la intervención ha sido realizada precozmente¹⁹.

A este fin, la mayoría de las investigaciones realizadas sobre los efectos del IC en el desarrollo de niño se han centrado en valorar los efectos que éste tiene en la percepción del habla²⁰.

Estas investigaciones aseguran que los ICs proporcionan a los niños con sorderas profundas niveles más rápidos y altos de percepción y producción del habla y de desarrollo de lenguaje que las prótesis convencionales. Estas mejoras han sido observadas en los siguientes aspectos:

1. Producción-repetición de fonemas.
2. Aumento del vocabulario.
3. Mejora en la morfosintaxis.

17. MANRIQUE, M. y GÓMEZ RODRÍGUEZ, L., «Introducción a la audiología. Sistemas de amplificación individual», en <http://www.oiresclave.org/>

18. MAYER, C., y MOLLETT, P., «Éxitos de alfabetización en niños sordos con IC», *Integración*, núm. 75, 2015, pp. 18 y ss., se realiza un estudio examinando las habilidades lectoras y de escritura de un conjunto de niños canadienses en edad escolar que son usuarios de IC para establecer si su rendimiento se aproxima al de sus compañeros normoyentes. Tras los estudios realizados, se ha comprobado que los IC han tenido un impacto en la alfabetización mayor que cualquier cambio en la pedagogía o en cualquier estrategia de comunicación. De un 10% –antes del IC–, se ha elevado a un 70% el número de estudiantes leyendo al nivel de su edad.

19. DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ, A. B., y LEYBAERT, J., «Acceso a la estructura fonológica de la lengua: repercusión en los lectores sordos», *Aula*, núm. 20, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, pp. 65-81, citan como obras de referencia: Conrad, 1979; Lichtenstein, 1998; Marschark y Harris, 1996; Musselman, 2000; Perfetti y Sandak, 2000. Alegría, 2003; Alegría y Domínguez, 2009; Leybaert, Colin y LaSasso, 2010; LaSasso, Lamar y Leybaert, 2010. Y respecto a la utilización de IC: Archbold *et al.*, 2008; Marschark, Khoten y Fabish, 2007; Nicholas y Geers, 2008; Spencer y Marschark, 2003.

20. DOUGLAS M., «¡Si! Su hijo con IC puede aprender múltiples lenguas», *Integración*, núm. 76, 2015, p. 13, afirma como hay evidencia en la bibliografía que sugiere que aprender más de una lengua puede ser beneficioso para el desarrollo del lenguaje y habilidades de conocimiento fonológico para niños con IC, comparado con aquellos implantados que solo conocen una lengua.

Las investigaciones también muestran una gran heterogeneidad en los resultados. En su mayoría, indican que los niños con IC funcionan lingüísticamente²¹ como los niños con sorderas moderadas o leves, aunque algunos trabajos recientes han encontrado niveles de desarrollo del lenguaje semejantes a los de los oyentes²².

Por otra parte, es importante señalar que, cuando la implantación se produce antes de los 2 años de edad, los resultados son óptimos y alcanzan una destreza comunicativa semejante a la de un niño normoyente. En diferentes estudios realizados bajo las mismas condiciones de escolarización y rehabilitación, los resultados obtenidos por niños implantados fueron significativamente superiores a los recogidos en niños con pérdidas profundas de audición que empleaban audífonos o aparatos vibrotáctiles²³.

Por último, es interesante reseñar los resultados de un estudio realizado en la Clínica Universitaria de Navarra que investigó la «calidad de vida» antes y después de la implantación. Todas las personas entrevistadas confirmaron cambios muy positivos en su humor, equilibrio mental y actitud frente a la vida en general. Podían relajarse más fácilmente y encarar mejor el estrés diario. Además, alcanzaban una mayor autoconfianza, integración social, relación con la familia, amigos y compañeros de trabajo. Casi ninguno podía imaginarse volver a una vida sin implante coclear²⁴.

21. Es muy interesante el estudio de DOMÍNGUEZ Y SANTAMARÍA, «¿El uso de implantes cocleares mejora el nivel lector de los estudiantes sordos?», *Integración*, núm. 79, 2016, pp. 16-26, que analiza el rendimiento lector de los estudiantes sordos. Con esta investigación, dan a conocer hasta qué punto y de qué forma los ICs pueden modificar las estrategias de lectura y escritura de los escolares.

22. DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ, A. B. y LEYBAERT, J., «Acceso a la estructura fonológica de la lengua:...», *op. cit.*, p. 65.

23. MADRID CÁNOVAS, S. y MORENO-TORRES, I., «Producción fonológica en el niño sordo con implante coclear prelocutivo», *Quaderns de Filologia: Estudis Lingüístics* XIX, 2014, pp. 47-69, examinan el dominio de un inventario fonémico en un grupo de niños sordos con implante coclear prelocutivo y un grupo de niños con desarrollo típico, así como el análisis de los procesos fonológicos más recurrentes entre los que destacan por su atipicidad la inconsistencia y la omisión de todas las consonantes de una palabra. La generalización de los implantes cocleares (IC) tempranos o también llamados prelocutivos permite al niño sordo profundo el desarrollo de la lengua oral alcanzando, en algunos casos, niveles de desarrollo próximos a los del niño típico (Nicholas & Geers, 2008). El beneficio de la implantación temprana es tal que el niño con hipoacusia severa implantado muestra unas destrezas lingüísticas que lo asemejan más a un niño con una sordera leve, o incluso a un oyente típico, que a un niño sordo sin IC: el creciente número de niños implantados que logran entrar en la escuela primaria con niños de su misma edad cronológica confirma este hecho (Geers *et alii*, 2009). Del mismo modo, afirman que «Durante los últimos años, numerosos trabajos han ido dejando constancia de las mejoras en estos niños en varias de las fases del desarrollo prelingüístico y lingüístico: en el balbuceo canónico (Ertmer & Mellon, 2001; Ertmer & Moreno-Torres, 2009), en el desarrollo léxico y gramatical (LeNormand, 2004; Szagun, 2004), o en el desarrollo prosódico (LeNormand & Lacheret, 2010). Sin embargo, al mismo tiempo se han observado al menos dos aspectos en los que, como grupo, parecen diferenciarse de los niños normo-oyentes. El primero es la variabilidad de los resultados (Pisoni & Cleary, 2003): mientras algunos niños con IC parecen compensar el retraso tras cuatro o cinco años con el implante, otros parecen mantener el retraso de manera indefinida. El segundo aspecto es que hay ámbitos lingüísticos donde el desarrollo tiende a ser atípico. Entre tales ámbitos lingüísticos se encuentra el desarrollo fonológico (Adi-Bensaid & Tubul-Lavy, 2009), la adquisición de estructuras prosódicas (Moreno-Torres, 2013) y, especialmente, el desarrollo gramatical (Szagun, 2004; Le Normand, 2004; Moreno-Torres y Torres, 2008)».

24. MANRIQUE, M. y GÓMEZ RODRÍGUEZ, L., «Introducción a la audiología. Sistemas de amplificación individual», *op. cit.*, en <http://www.oiresclave.org/>

Podemos concluir que los ICs que se utilizan en la actualidad ofrecen resultados muy satisfactorios²⁵.

V. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

Retomando el supuesto objeto de estudio en este trabajo, nos queremos centrar en varios aspectos jurídicos fundamentales que analizaremos en dos puntos: en primer lugar, cuál es el alcance de la patria potestad en relación con la actuación del Ministerio Fiscal; y, en segundo lugar, la falta de información de los operadores jurídicos y la necesidad de una información objetiva y libre de perjuicios.

A) Breve apunte sobre el poder de decisión de los padres

La solicitud de implantación coclear por parte de la Fiscalía Provincial de las Palmas, ante el Juzgado de Primera Instancia, supuso la incoación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria exigiendo la operación quirúrgica, en contra del firme criterio de los padres de un menor.

Como se ha podido comprobar, la negativa de los padres a someter a su hija al tratamiento quirúrgico descrito supone uno de los enclaves principales en la fundamentación de la Audiencia Provincial al fallar a su favor. No obstante, se debe principalmente a las implicaciones que despliega sobre este supuesto en concreto, pues el derecho a ejercer la patria potestad, por sí solo, no constituye una alegación suficiente a razón del auto examinado. Recordemos brevemente cuáles fueron las principales razones que expuso la Audiencia Provincial para desestimar la petición del Ministerio Fiscal:

- En primer lugar, las circunstancias que rodeaban a la menor en lo relativo al tratamiento desaconsejaban su implantación, no habiéndose observado una razón de urgencia o riesgo vital que supusieran un peligro para la menor en caso de no realizarse la operación.
- Ninguno de los informes médicos que se han aportado a lo largo del procedimiento apoyaban la iniciativa de la Fiscalía de manera exhaustiva.
- El Ministerio Fiscal no aportó a lo largo del proceso documentación que soportara suficientemente su pretensión, como por ejemplo: un historial detallado de la menor, informes relativos a las ventajas del implante coclear, su coste y mantenimiento posterior y los riesgos inherentes a la intervención.
- Asimismo, el Ministerio Fiscal no realizó consideraciones acerca del entorno social y familiar de la menor, lo que es especialmente relevante a efectos del seguimiento y rehabilitación auditiva del IC.

En primer lugar y con objeto de configurar cuál es el verdadero alcance de la patria potestad, debemos definir este término de acuerdo con la legislación y la ju-

25. Con resultados excepcionales: tasas de fallos técnicos inferiores a un 0,3 % y con capacidad para preservar los niveles de audición existentes.
<http://www.cun.es/aclaracion-nuevo-implante-coclear>

risprudencia²⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo estableció en 1994, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que la patria potestad se configura como «*el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos*»²⁷.

Ahora bien, este derecho debe ejercerse velando el interés de los menores, con respeto a su integridad física y mental²⁸. Así lo exige el art. 154 CC, que define la patria potestad como el ejercicio de la responsabilidad parental en consonancia con la personalidad de los hijos. Por tanto, ¿en qué medida los padres pueden decidir sobre el futuro de sus hijos cuando no está en riesgo su vida o su integridad física?

El Tribunal Supremo tiene establecido que los progenitores han de participar en la formación integral de sus hijos menores, así pues, para la elección de asuntos importantes como, por ejemplo, la elección del centro escolar, la carrea u oficio, intervenciones quirúrgicas no urgentes o salidas al extranjero, entre otros asuntos semejantes o trascendentes, los progenitores deberán decidir de mutuo acuerdo y solo en caso de discrepancia se someterá a decisión judicial²⁹.

A pesar de que no sea descrito de forma expresa, el art. 154 CC conlleva una obligatoriedad respecto de los cuidados sanitarios de los menores o «responsabilidad médica» que debe ser ejercitada por los padres o, en su defecto, por la autoridad judicial en tanto el menor no dispone de suficiente madurez para ser informado o consultado. Es decir, la patria potestad actúa de forma aislada al control público, salvo en supuestos excepcionales en los que concurra un «abuso» para los menores. De esta forma, los núcleos familiares gozan de autonomía suficiente, quedando supeditado el control estatal a supuestos urgentes.

26. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 señaló que: «*El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos –como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular– que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción. Ésta parece ser la concepción sustentada por el Código Civil español que en el art. 153 contempla de manera especial los intereses trascendentes que subyacen en la patria potestad –al decir que se ejercerá siempre un beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad– y resalta el carácter de derecho-función de la misma, proclamando que comprende derechos y deberes que se enumeran en el indicado precepto*».

27. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968/1994).

28. PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J. M., «Límites del ejercicio responsable de la patria potestad: ¿es susceptible de reproche jurídico la forma de actuar de los toreadores lidiando con sus hijos pequeños en brazos?», *El Derecho, Revista de Derecho de Familia*, 1 de marzo de 2016.

29. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de mayo de 2015.

En este caso, la Audiencia Provincial determina que no nos encontramos ante una intervención paterna que pueda poner en peligro la integridad física o la vida del menor, sino que se trata de un supuesto en el que se podría paliar la discapacidad sensorial del menor, mejorando así, sin duda alguna, su calidad de vida, como ya hemos podido comprobar. Por lo tanto, la autorización o dispensa judicial que se exige en interés del menor³⁰ y en contra del abuso de los progenitores cuando intervienen, por ejemplo, convicciones religiosas³¹, no puede, en principio, aplicarse en este caso³².

Así pues, podríamos considerar que, en general, el Ministerio Fiscal no goza de la información suficiente para representar los intereses del menor y defenderle en este tipo de procesos, pues no tiene los conocimientos necesarios acerca del entorno y del propio menor. Y, en particular, en este caso, como ya expuso la Audiencia Provincial, el Ministerio Fiscal no soportó suficientemente cuáles serían las ventajas para la menor que aconsejaran su pretensión de implantación, ni propuso informes médicos psicológicos especializados en esta materia que fueran acreditativos de la conveniencia de este tratamiento. No obstante, ya hemos establecido que la decisión consensuada debe ser siempre «en interés del menor».

La LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*, concreta el concepto jurídico indeterminado «interés superior del menor» incorporando, tanto la jurisprudencia del TS, como los criterios de la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En el art. 2, indica cuáles son los criterios generales que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, «sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto», así:

«a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y

30. Como señala la STS de 11 de febrero de 2016 respecto de un caso de custodia compartida: «El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

31. ESPINOSA LABELLA, M., «Las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo», *Actualidad Penal* núm. 46, 1996, afirma que «La obligación que impone el Código Civil a los padres para con sus hijos referentes a velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos... impide que se pueda aceptar que el progenitor pretenda que por sus concepciones religiosas se pueda poner en peligro la vida del menor. Esas obligaciones son un deber impuesto por la sociedad y no renunciabiles, por lo que en caso de conflicto debe prevalecer el cumplimiento de esos deberes, si bien quien debe examinar resolver el conflicto en cada caso es el Juez ya que en última instancia es el encargado de tutelar esos derechos y resolver los conflictos entre los derechos del padre y los del menor».

32. GONZÁLEZ MIRASOL, P., «Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, D-213, 2005.

opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

En estos casos tan delicados y complejos, estamos ante una encrucijada difícil que reside en encontrar, en cada caso, dónde y cómo el legislador articula la fórmula que permita que se utilicen «unos medios de observación, calificación y valoración de las circunstancias concurrente en cada caso, que, por su calidad, permitan rechazar lo que es lesivo a ese interés y seleccionar lo que es favorable»³³. Para ello, se requiere una coordinación entre los profesionales médicos y psicólogos con el Ministerio Fiscal, con el objetivo de conocer si el interés de los progenitores se encuentra, verdaderamente, en consonancia con el interés del menor o, si por el contrario, es necesaria la intervención judicial y, en ese caso, si tiene en sus manos toda la información necesaria para poder enjuiciar.

B) El acceso a una información objetiva y libre de prejuicios

En el caso objeto de estudio es un punto fundamental, a nuestro juicio, la insuficiencia o falta de prueba alegadas por la Fiscalía, a las que alude el auto de la AP al indicar que: «Se documenta el diagnóstico de la niña pero no su historial detallado; sobre todo, ni siquiera se explica en qué consiste el implante coclear, si el que se propone es bilateral o unilateral, secuencial o no, sus ventajas y desventajas, los riesgos asociados, su mantenimiento y seguimiento posterior, su coste para los usuarios o la efectividad y seguridad de la técnica, a fin de garantizar la existencia de un consentimiento debidamente informado en el paciente (en el supuesto de autos, los progenitores en representación legal de su hija), cuyos extremos el Tribunal también debe necesariamente conocer para adoptar una decisión de calibre tal como la adoptada en la instancia».

Como es sabido, las obligaciones del Ministerio Público en las tareas de supervisión de la Administración en su función de protección de menores son especialmente relevantes, en cuanto se configura al Ministerio Fiscal como órgano de control de las actuaciones administrativas de los servicios sociales competentes de cada Comunidad Autónoma (art. 174 CC). Para ello, es más que evidente que el Ministerio Fiscal

33. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La defensa de los menores y el fiscal», *Boletín Derecho de Familia*, 1 de junio de 2013, p. 12.

debe tener un conocimiento previo, detallado de los hechos a los que vayan dirigidos y debe mostrarlos sin dejar atrás un especial cuidado y espíritu crítico para controlar las fuentes.

El art. 2.5 de la mencionada Ley 8/2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, previene que «toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular, en su punto b): «la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados».

Llegados a este punto, surgen varios interrogantes al respecto, habida cuenta de que la principal función del Ministerio Fiscal reside en proteger los intereses del menor, ¿no debería haber realizado éste una labor profunda de conocimiento del caso en cuestión y de cuáles son dichos intereses tal como indica la ley? y, más aún, ¿no debería el Ministerio Fiscal haber conocido con anterioridad la opinión del entorno familiar y social que rodea al menor con el fin de adoptar la decisión más adecuada?

Toda esa información podría haber arrojado luz a muchas de las preguntas planteadas y no resueltas.

En consecuencia, resulta lógico concluir que la opinión del pediatra de la menor no era, en modo alguno, suficiente. Al encontrarnos ante un caso de discapacidad severa, el análisis de los factores a tener en consideración deberían haber sido estudiados por especialistas en la materia, profesionales médicos expertos en casos de hipoacusia infantil y con extensos conocimientos del implante coclear.

A nuestro juicio, además, de un dictamen independiente por un experto en esta materia, será necesario el auxilio de pruebas periciales psicológicas, tanto del menor, como del entorno más cercano (padres, abuelos y demás familiares que pueden estar en contacto diario con ella) y que inexorablemente incidirá de forma determinante en la evolución y desarrollo de las ventajas del implante coclear en la menor de edad.

Sin perjuicio de lo anterior, todos estos resultados deberían haber sido, en su caso, compartidos y expuestos a los progenitores de la menor a fin de mostrarles cuáles son los verdaderos efectos de este tipo de biotecnología, tratando de llegar a una decisión consensuada, lo que beneficiaría, sin lugar a dudas, al interés del menor y a la familia, en general.

Son muy diversas las opiniones que existen sobre los ICs y muchos los prejuicios que existen tanto en posiciones a favor como en contra. No queremos ahondar en esta polémica ni tomar partido, simplemente exponer, desde una perspectiva jurídica, cómo puede influir la falta de información veraz, objetiva y técnica en las posiciones del juzgador.

Somos conscientes que nos hallamos ante supuestos extremadamente delicados, en los que conceptos jurídicos como patria potestad e interés del menor de edad se encuentran en ocasiones en contraposición. En nuestro ordenamiento, reside en

el órgano previsto para ello, la ardua labor de análisis, estudio e investigación del supuesto de hecho, con objeto de presentarle al Juzgador cuál es el verdadero interés del menor y si éste prevalece o no sobre el poder de decisión de sus progenitores.

A la vista de esta falta de prueba en las alegaciones de la Fiscalía, consideramos que hubiera sido pertinente y determinante la valoración y examen de peritos médicos especializados en implante coclear, de forma que tanto los progenitores como el juzgador hubieran podido tener a su disposición un dictamen y una información muy valiosa realizada por expertos independientes, habida cuenta de que cada paciente constituye un caso singular. Del mismo modo que, la información de un técnico experto en esta materia solicitada de oficio por el Juez, le hubiera permitido un conocimiento más profundo del asunto³⁴, además, de constituir una potestad en virtud del art. 85.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria³⁵.

En definitiva y así se indica por la resolución de la Audiencia Provincial, no es suficiente el informe del médico forense que aporta la Fiscalía porque, «tampoco constan los datos antedichos ni se considera el entorno social y familiar de la menor a efectos de valorar la real incidencia de las circunstancias que se señalan en el desarrollo integral de la personalidad de la niña, así como las consecuencias derivadas de la intervención que se le pretende realizar y las concretas repercusiones de todo tipo –positivas o negativas– que pudiera conllevar para la menor la colocación del implante cuestionado».

Todos esos aspectos omitidos son esenciales para poder dar una solución adecuada y justa al caso planteado. Así lo recoge la Ley 15/2015, en su art. 2.5. d), antes mencionado, que preceptúa que «toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas».

Y no sólo la decisión no incluye esa motivación exigida por la ley –las alegaciones y pruebas son inexistentes–, sino que consideramos que una información actualizada y libre de prejuicios sería muy favorable para la familia de la menor y podría ayudarle a conocer otras posibilidades y otros casos de familias con progenitores deficientes auditivos y con hijos sordos implantados que se han convertido en personas bilingües, utilizando la Lengua de Signos y lenguaje oral de manera natural. Con toda esa información, se podría articular una proyección de los intereses presentes y futuros de la menor para tomar la mejor decisión, única y exclusivamente, en su interés.

Nos parece muy oportuna la labor de investigación que ha realizado la Magistrada Ponente sobre el IC consultando publicaciones e investigaciones científicas relevantes del Prof. Graeme Clark, Doct. Ingeborg Hochmair, Prof. Erwin Hochmair y Lie. Manan Valmaseda y documentos emitidos por organismos oficiales españoles (Uni-

34. ARMENGOT VILAPLANA, A., «De la intervención judicial en relación con la patria potestad», *Práctica de Tribunales, La Ley*, núm. 116, 2015.

35. El precepto indicado señala que: «El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días».

dad de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de la Comunidad de Madrid, Agencia Catalana de Evaluación de Tecnologías e Investigaciones Médicas, Comité Español de Audiofonología, entre otros). Sin embargo, algunas de las afirmaciones vertidas en el Auto, como consecuencia de la lectura por una persona no experta en la materia carecen de rigor científico y tras la labor de investigación que hemos realizado, a nuestro juicio, son erróneas.

Todo lo anterior, deja paso a otra cuestión de especial relevancia: la especialización del Ministerio Fiscal en este tipo de materias. Es decir, si ya existen unidades fiscales dirigidas a la persecución de los delitos medioambientales, digitales o económicos, a través de las cuales el ámbito de conocimiento de estas materias es fundamentalmente más amplio, de igual modo sería necesario la implantación de unidades del Ministerio Fiscal especializadas en casos de discapacidad, donde es más difícil explorar a las personas con discapacidad, entender el alcance de los diagnósticos o pruebas médicas realizadas, las diferentes opiniones y criterios que existen respecto a los tratamientos, etc. Si se consigue conocer y se analiza toda la información científica y técnica de una forma objetiva y sin prejuicios se podrá llegar a conocer cuáles son las verdaderas premisas que conducen a hallar su interés.

VI. CONCLUSIONES

En un supuesto de hecho en el que intervienen diferentes operadores jurídicos y en el que se alcanzan decisiones judiciales de diversa índole, ha resultado ser un denominador común la falta de suficiente información especializada y referida al caso concreto.

En una sociedad en la que, afortunadamente, la discapacidad cada día se encuentra más presente y toma mayor fuerza y conciencia en ámbitos como el profesional o, incluso, el legislativo, no podemos permitir que quede anclada a decisiones judiciales carentes de la base informada y experta que estos supuestos, sin duda, requieren.

En este caso, hemos podido comprobar cómo a pesar de que exista una decisión unánime de ambos padres en contra de la implantación coclear, el Ministerio Fiscal hizo uso de la capacidad otorgada por el art. 124.1 CE promoviendo la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, entre otros. En consecuencia, tras la denuncia del pediatra del menor, interpuso una solicitud de jurisdicción voluntaria solicitando una medida de protección del menor en virtud del art. 158 CC que fue desestimada por la Audiencia Provincial, al comprender que la vida de la menor no corría peligro, que no se había acreditado suficientemente cuáles iban a ser las ventajas de su implantación y, que por lo tanto, no podía imponerse una operación quirúrgica invasiva.

Como señala la mayoría de la doctrina, las competencias del Ministerio Fiscal han ido aumentando a lo largo de los años en el sistema legal español, concretamente en el ámbito de los menores³⁶ por lo que no resulta extraño que este organismo

36. SOLETO MUÑOZ, H., «Ministerio Fiscal, responsabilidad penal del menor y mediación», *Derecho de la Persona*, coord. RAVETLLAT BALLESTÉ, BOSCH, 2011, p. 375.

público haya intervenido en una materia tan delicada. No obstante, el conocimiento de estos asuntos compete en exclusiva a los Jueces de acuerdo con lo previsto en el apartado tercero de la Exposición de Motivos de la LJV señalando que «a lo largo de su articulado se establecen instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que requieran la intervención de los tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria».

En este sentido, si la decisión de un asunto tan delicado como puede ser el ahora analizado, ha de ser necesariamente competencia de los Tribunales, debería constituir una obligación **legal el conocimiento** de la materia en profundidad por parte de los operadores jurídicos intervinientes, con objeto de permitir una decisión informada por expertos, absolutamente libre de prejuicios e independiente.

En este supuesto concreto, consideramos que la información sobre la que se han basado los órganos judiciales no ha sido suficiente, ni de la calidad y profundidad requeridas en este caso. Para ello, como ya hemos ido analizando durante este escrito, hubiera sido conveniente la valoración y examen de peritos médicos especializados en implante coclear, informes de carácter psicólogo y sociológicos que determinaran el grado de utilidad que reportaría el implante en función del entorno familiar, educativo y social de la menor. Esta posición la comparte la Audiencia Provincial que ha enjuiciado este supuesto, al haber sido una de las principales razones para la desestimación de la pretensión del Ministerio Fiscal que ninguno de los informes médicos que se han aportado a lo largo del procedimiento apoyaran de forma exhaustiva la iniciativa de la Fiscalía.

En este sentido, el juzgador también destaca que el Ministerio Fiscal no se prestó a aportar a lo largo del proceso toda aquella documentación que hubiera soportado suficientemente su pretensión, como podría haber sido un historial detallado de la discapacidad de la menor, informes relativos a las ventajas del implante coclear efectuados por expertos en la materia y referidos al caso concreto del paciente o consideraciones acerca del entorno educativo y social que hubieran permitido en mayor o menor medida el aprovechamiento de esta biotecnología.

En todo caso, sin toda esta información, consideramos lógico que la decisión de la Audiencia Provincial no se haya desvinculado del legítimo poder de decisión de los progenitores, al no encontrarse el menor en una situación de abuso o de peligro. No obstante, desconocemos cuál habría sido la resolución final si, por el contrario, el juzgador hubiera tenido a su disposición toda la información relevante al IC y sus ventajas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOT VILAPLANA, A., «De la intervención judicial en relación con la patria potestad», *Práctica de Tribunales, La Ley*, núm. 116, 2015.
- CLARÓS BLANCH, P., *Implante coclear «El oído biónico»*, Barcelona, 2015.
- DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ, A. B. y LEYBAERT, J., «Acceso a la estructura fonológica de la lengua: repercusión en los lectores sordos», *Aula*, núm. 20, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.