



VACUNACIÓN CONTRA AL COVID-19 EN MENORES. LA CAPACIDAD DECISORIA EN DISTINTOS ESCENARIOS*

Carmen González Carrasco
Catedrática de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Javier Moreno Alemán
Socio director de MBE Legal

Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2021

Introducción

La apertura de la vacunación contra la covid-19 a los menores de cinco años en adelante, ha traído consigo nuevas controversias relacionadas con los sujetos llamados a decidir en caso de discrepancias entre los progenitores, así como con el alcance de su intervención decisoria en la vacunación conforme al protocolo gestionado por las CCAA en el marco de la Estrategia de Vacunación diseñada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

El artículo 9 de la Ley 41/2002, dirigido a regular los “límites del consentimiento informado” y el consentimiento “por representación”, contiene un confuso párrafo conforme al cual, en el caso de menores de edad:

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-098683-B-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: “FEDER Una manera de hacer Europa”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



c) «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: [...] c) 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor¹.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

Algunas CCAA están permitiendo la vacunación masiva en centros escolares mediante la plasmación del consentimiento parental en un formulario que el menor entregará de forma previa al acto médico. En algunas, dicho documento hace referencia a los riesgos típicos o frecuentes (v. gr. Cataluña), mientras que en otras constituye una mera autorización al acto de la vacunación (Madrid).

La actual situación de disparidad autonómica en relación con la administración de la vacunación infantil frente a la covid-19 y los diferentes escenarios familiares de decisión parental invitan a planteamiento de diversas cuestiones como la necesidad de un consentimiento informado por escrito, el alcance de la negativa de los padres, la posibilidad y las modalidades de imposición directa o indirecta de la vacunación y la solución a adoptar en los casos de divergencias entre los titulares de la patria potestad en relación con la decisión de vacunar a sus hijos dependiendo de su edad.

¹ Obsérvese que la letra c) transcrita anteriormente ya no prosigue con la frase “si tiene doce años cumplidos”. Tras la reforma operada por Ley 26/2015 de reforma de las medidas de protección de la infancia y la adolescencia, el apartado finaliza ordenando que se escuche la opinión del menor “conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Este matiz es importante, porque tras la reforma operada por la LO 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 9 de la LO 1/1996 se refiere al derecho del menor a ser oído sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias (...)”.



1. ¿Es preciso un consentimiento informado por escrito para la vacunación frente al Covid-19 de menores?

En el caso de la vacunación, que puede considerarse una actuación mínimamente invasiva condicionada en su práctica por la situación epidemiológica, ambos consentimientos se otorgan en la práctica de forma tácita, acudiendo el menor acompañado por su representante legal a la cita o al llamamiento masivo de la vacunación (SSTS -3ª- 9.10.2012 y 9.09.2012). No obstante, aun no siendo imprescindible disponer de un consentimiento informado explícito para administrar las vacunas financiadas o incluidas en los calendarios oficiales de vacunación, sigue habiendo resoluciones judiciales muy exigentes en materia de información y consentimiento², por lo que, en todo caso, resulta recomendable, como mínimo, anotar en la historia clínica del paciente que el acto de la vacunación ha sido realizado de acuerdo con los padres (o con consentimiento verbal informado de los padres o tutores) y que los mismos han sido informados de las consecuencias leves que pueden presentarse, de los medios para paliar sus efectos, así como de la duración prevista de las mismas.

En el caso de que la vacunación se lleve a cabo en centros escolares, a los que los menores no acuden acompañados por sus progenitores a la vacunación, el consentimiento de, al menos, el progenitor custodio, debe figurar en el documento de autorización.

2. ¿Los padres pueden negarse a vacunar a sus hijos?

Como en cualquier supuesto de decisión vacunal, es necesario diferenciar entre una diversidad de conceptos que van mucho más allá del binomio obligatoriedad-voluntariedad. No es correcto hablar de obligatoriedad como vacunación forzosa, pues existe un amplio abanico donde situar la actual situación de la vacunación frente a la Covid-19. Las vacunas pueden ser meramente voluntarias no financiadas, también pueden ser recomendadas (financiadas o no), pero asimismo pueden ser condicionantes para entradas en lugares o realización de actividades. Avanzando en su carácter impuesto, pueden ser obligatorias – que, como obligación personalísima, no permite compulsión física, pero sí sanción administrativa- y finalmente, coactivas o forzosas en sentido estricto. Estas últimas solo podrían imponerse con autorización judicial puntual regulada en la LJCA (arts. 8 y ss.), en supuestos muy excepcionales. La Ley 22/1980, de 24 de abril, así como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública avalan la obligatoriedad en todas sus modalidades descritas, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad en relación con el riesgo para la salud

² Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 201. 2012, que condena por los riesgos materializados.



pública y el acto por el que se imponen sea avalado por la jurisdicción contencioso-administrativa en el sentido expuesto.

Aclarado el concepto de obligatoriedad, la situación varía en función de la franja de edad del menor.

En el caso de que los progenitores sean contrarios a la vacuna y nieguen la prestación de dicho consentimiento, hemos de preguntarnos de qué forma podrá ser autorizado dicho acto médico. Tras la modificación operada en la Ley 41/2002 por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, el apartado 6 del art. 9 exige que la decisión del representante legal del menor o de la persona con discapacidad, en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del mismo artículo, sea adoptada atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida *o la salud del paciente*. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses “*deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad*”. Es evidente que en este caso no concurren las razones de urgencia que permiten a los profesionales sanitarios actuar sin el consentimiento de los representantes legales del menor³, por lo que la autorización judicial sustitutoria será necesaria.

La vía procesal para obtener una autorización judicial sustitutoria de la negada por los titulares de la patria potestad será la del expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 87.1 LJV (ejercicio inadecuado de la patria potestad), instado de oficio, por el Ministerio Fiscal, cualquier pariente o el propio menor (o, en caso de que se trate de una persona con discapacidad, el propio profesional sanitario responsable del protocolo de vacunación o cualquier interesado) para que el juez adopte las medidas del apartado 6^a del art 158 CC (art. 87 LJV *in fine*). En dicho expediente, el Juez puede, en general y conforme a dicho apartado 6.º, “acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, *las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar*

³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Glass v Reino Unido*, 2004, consideró que los profesionales sanitarios, cuando no se trata de un caso de urgencia, no pueden aplicar el tratamiento médico en contra de la voluntad de los representantes legales del paciente, en este caso, los padres. Y así señala que si dichos profesionales consideraban que los padres estaban actuando, en el caso concreto, en contra del menor interés de su hijo, debieron en tal caso recabar el auxilio judicial y no aplicar directamente el tratamiento en contra de la voluntad de aquéllos.



al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Entendemos que la resolución a adoptar en esta vía no puede extenderse a la suspensión de la patria potestad o guarda y custodia que prevé esta norma, pues esta medida sólo procede en los casos de riesgo para el menor. Y ello porque, si bien el apartado 2 del artículo 17 de la LO 1/1996 (modificados por LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), consideran indicador de la situación de riesgo del menor “*b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento*”, no parece que la negativa a consentir la vacunación de un menor de edad sano comprendido entre los cinco y los 16 años de edad sea equiparable a la negligencia y falta de seguimiento médico, ya que la vacuna no está pautada en calendario vacunal, sino protocolizada, y hasta la fecha, dicha franja de edad ha presentado un índice contagio y gravedad bajos.

Sin embargo, como cabe la posibilidad de que, por razones de salud pública, se haya avalado una vacunación condicionante en virtud de los arts. 8 y ss. de la LJCA, la declaración de riesgo del menor podrá proceder, como ya se dijo anteriormente, desde el momento en que la ausencia de la vacunación le impida acceder a actividades que conforman su interés superior, como la educación, el ocio o la socialización con sus iguales.

3. ¿Todos los menores de edad están en la misma situación? (menores maduros y mayores de dieciséis años cumplidos)

Según una interpretación literal del art. 9.3 de la Ley 41/2002, *si el menor tiene la madurez suficiente para comprender el alcance de la intervención a criterio del facultativo, aunque no tenga cumplidos los dieciséis años cumplidos*, no sería necesario acudir al consentimiento “por representación”. Esta interpretación no parece descabellada si se piensa que el dato decisivo es la capacidad real del menor –«*sus condiciones de madurez*», en la terminología del art. 162 del Código Civil– para comprender la trascendencia de la intervención; y que, todo menor mayor de doce años no afectado por una discapacidad intelectual o un trastorno cognitivo tiene la madurez suficiente “en todo caso” para comprender el alcance de la vacunación contra la Covid-19 al efecto ser escuchado y que su opinión se tenga en cuenta (art. 9.2 LO 1/1996, modificado por LO 8/2015). No es solo la propia literalidad del precepto, y la remisión a la LO 1/1996 la que conduce a esta interpretación, sino también la interpretación que del mismo realiza la



Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012⁴, que fue la precursora de la reforma operada por la Ley 26/2015 en el art. 9 de la Ley 41/2002.

La duda que se plantea entonces es la de si en tal caso -menores de dieciséis que a juicio del profesional responsable gozan de capacidad y madurez suficiente para comprender el alcance de la intervención y que desean ser vacunados- se puede prescindir del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor. La doctrina más autorizada en materia de capacidad ya entendió en la fecha de la entrada en vigor de la ley 41/2002⁵ que “la exigencia del cumplimiento de los deberes de guarda y protección impide una contraposición radical entre, de una parte, la representación de los padres o tutor y, de otra, la actuación del menor por sí mismo”. En efecto, eliminar la necesidad de consentimiento parental no parece razonable, y resulta preferible conciliar el criterio “mixto” del art. 9.3.c) con lo previsto en el ámbito del ejercicio del deber de guarda de los padres (y tutores, «representante legal»: arts. 154 y 215 - 216 - 267 y 269 del Código Civil). Es decir: si a juicio del profesional responsable, el menor (de más de doce años, por remisión a la LO 1/1996) está plenamente capacitado intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención a pesar de no tener dieciséis años cumplidos, se excluye la representación en sentido técnico (es decir, no cabe que otro tome la decisión por el menor, y debe recabar su consentimiento); pero no la intervención de los obligados a su guarda y custodia, que deben prestar también su consentimiento, *junto al del menor*, (esto es, codecidir) como manifestación del deber de velar por él.

Cabe también plantearse qué ocurre cuando se trata de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos. Según el art. 9.4 de la Ley 41/2002, en este caso no cabe prestar el consentimiento por representación. Ahora bien, el tránsito hacia el criterio mixto (edad-madurez) o escala móvil propugnado por la Circular 1/2012 de la Fiscalía General de Estado se plasmó también en este apartado. Y así, si originalmente el apartado establecía que “*Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación*”, desde la modificación operada por Ley 26/2015 establece que “*4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación*”.

⁴ La Fiscalía considera que el legislador no opta en la redacción original de la Ley de autonomía del paciente por un criterio únicamente objetivo, basado en la mera edad, sino que de su tenor se deduce la operatividad también de una regla subjetiva basada en la madurez real del menor para entender y aceptar o rechazar el tratamiento. No obstante, la propia Fiscalía admite en la justificación de la propia Circular que resulta tan correcto una interpretación que postule como criterio único el objetivo, como la que postule un criterio mixto objetivo y subjetivo. Y de ahí que sea la ausencia de un régimen claro en la Ley la que justifique la propia la Circular.



A pesar de que la doctrina no se ha hecho eco de que la redacción actual haya supuesto cambio de criterio alguno, la referencia al apartado c) del art. 9.3 transcrito es definitiva para entender que, en la actualidad, siguiendo el criterio mixto impulsado por la Circular, se requerirá el consentimiento de los representantes legales del menor mayor de dieciséis años o del defensor judicial del emancipado cuando, a juicio del facultativo, el paciente menor de edad (aun mayor de dieciséis años o emancipado) “*no sea capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la concreta intervención*”. Y si éstos la niegan, será aplicable la misma solución anteriormente expuesta.

4. ¿Pueden las autoridades sanitarias provocar la imposición judicial de la vacunación del menor?

Fuera de estos casos puntuales de indicación pediátrica, una vez comprobada la efectividad de la estrategia española de no obligatoriedad en sentido estricto, creo que la cuestión debe transitar por la posibilidad de que las vacunas sean meramente condicionantes para la admisión o entrada en centros educativos a los que el menor puede tener derecho en virtud de su interés superior.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2021, pronunciada tras el recurso planteado por padres de niños rechazados por guarderías en República Checa por no estar vacunados es un ejemplo de ello. Esta sentencia ha terminado avalando la vacunación infantil condicionante de admisión en guarderías en virtud del principio de “solidaridad social”, así como su “necesidad en una sociedad democrática.

En definitiva, Sanidad puede instarles a vacunar; pero parece que, de momento, no imponiendo coactivamente o forzosamente la vacuna -lo cual solo sería posible tras la intervención judicial en casos de riesgo grave para la salud y la vida del menor (ex art. 9 de la Ley 41/2002), o tras una autorización basada en el riesgo grave para la salud pública basada en los art. 8 y ss. LJCA)-, sino supeditando la admisión y derecho de entrada en centros educativos y de ocio a la vacunación previa (vacunación condicionante).

Llegado este caso, es preciso solucionar el problema -que el ejemplo checo y nuestros antecedentes jurisprudenciales en la misma materia no resuelven- de la privación del derecho del menor a la educación en una etapa de enseñanza obligatoria. Entendemos a este respecto:

- a) Que la afectación del derecho fundamental a la educación reconocido en el art. 27 CE, exige la intervención judicial en los términos de los artículos 8 y ss. LJCA (que establece distintas modalidades dependiendo de que la medida sea de alcance general o afectante a sujetos determinados).



- b) Y que la inadmisión del menor en el centro donde cursa una etapa de enseñanza solo sería autorizable cuando, en una ponderación de derechos, se garantice la equidad en la posibilidad de acceso tanto a la vacuna, como a los recursos educativos perdidos (v. gr. mediante enseñanza online). Por otra parte, esa imposibilidad de acceso a los recursos educativos presenciales (incluso a los de ocio y deporte extraescolar) sí podrá dar lugar, en su caso, a la declaración de riesgo del menor; y ello porque la misma provoca la pérdida de la socialización necesaria en la etapa de escolarización presencial propia de la etapa de educación obligatoria (a partir de seis años), que, sin integrar el núcleo esencial del derecho a la educación (cubierto por la enseñanza online), si conforma el interés superior del menor.

Con los matices expuestos, una vacuna condicionante acompañada del cumplimiento escrupuloso del deber de confidencialidad de los centros educativos y de ocio es una solución constitucional, y a la vez es un buen incentivo para la vacunación infantil. Es cierto que la Fiscalía de la Sala Civil del Tribunal Supremo en su dictamen del 24 de febrero de 2021, en relación a la imposición de la vacunación de los ancianos en residencias, se pronunció en el sentido de que "en tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la vulnerabilidad de un determinado grupo de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna". Pero dicho dictamen se refiere a la imposibilidad de imponer en la vía judicial civil una vacuna por razones ajenas al interés concreto de la persona vulnerable, esto es: el juez civil no puede imponer una vacuna basándose en razones de salud pública, sino en razones de protección del interés superior del menor. Por ello, la solución, como el propio dictamen sugiere, es otra cuando no se habla de una autorización civil para la vacunación en contra del criterio del representante legal (que era el caso enjuiciado), sino de la posibilidad de que un acto administrativo imponga una vacunación condicionante de actividades por razones de salud pública avalada a través de los trámites previstos en los arts. 8 y ss. LJCA.

5. ¿Qué ocurre si los padres no se ponen de acuerdo?

Hemos de partir de que esta vacunación no es una actuación sanitaria de carácter urgente ni vital. Pero también de que la ecuación riesgo-beneficio para la salud del menor se resuelve a favor de este último según el estado actual de la ciencia.

Los escenarios que pueden plantearse en relación con el consentimiento a prestar para la vacunación de menores son los siguientes:

1º. Los progenitores (convivientes) ejercen la patria potestad conjunta sin medidas sobre la guarda y custodia de los hijos.



Tal y como indica el art. 156 CC, aplicable a los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, «*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*». Tratándose la vacunación objeto de protocolo, puede considerarse un acto sanitario ordinario para el cual: a) basta que el menor acuda acompañado por uno de los progenitores, y b) la información previa al consentimiento queda reducida a los efectos secundarios frecuentes, siendo la información sobre los riesgos infrecuentes sustituida por la información epidemiológica incluida en la información pública del protocolo de vacunación. c) Respecto del servicio sanitario (tercero de buena fe del art. 156 CC), se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

2º. Los progenitores no conviven juntos, y la guarda y custodia del menor está atribuida a uno solo de ellos.

Dentro de este escenario se abren varias posibilidades:

a) Que el progenitor custodio decida que el menor se vacune, sin oposición del menor pero el progenitor no custodio se manifieste contrario a dicha posibilidad.

En este caso, es directamente aplicable, por tratarse de un acto sanitario de carácter ordinario, el primer párrafo del art. 156 CC, que atribuye la decisión al progenitor custodio sin que la oposición del no custodio sea oponible al servicio sanitario, aunque la discrepancia sea detectada antes de la vacunación. La guarda y custodia “incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias” (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) núm. 203/2015, de 5 de noviembre; y núm. 85/2016, de 13 de abril). El progenitor no custodio puede acudir a la aplicación del art. 158.6º CC por la vía del art. 87 LJV (expediente de jurisdicción voluntaria por ejercicio inadecuado de la patria potestad), si considera que por alguna razón específica concurrente en el menor, la vacuna será un riesgo para su salud o su vida; pero mientras no exista una resolución conocida por el servicio sanitario, no será oponible a éste.

b) Que el progenitor custodio sea contrario a la vacunación del menor, y el no custodio, solicite la vacunación de éste.

Partimos de la base de que el menor de dieciséis años debería acudir acompañado a la vacunación por uno de los representantes legales que exprese el consentimiento, expreso o tácito, por representación, y que la carga de averiguar la situación convivencial de los progenitores no puede hacerse recaer sobre los profesionales sanitarios. Por lo tanto, las situaciones de conflicto entre progenitores serán difícilmente detectables en los casos en



los que el menor está de acuerdo en la decisión de vacunarse. No obstante, si se da la circunstancia de que la discrepancia es detectada -y lo será en aquellos casos en los que el progenitor custodio se niegue a firmar la mera autorización que algunas CCAA están comenzando a utilizar para la vacunación en centros escolares-, el progenitor no custodio que pretenda la vacunación del menor puede acudir al expediente de jurisdicción voluntaria de adopción de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la patria potestad (art. 87.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

Y ello porque la autoridad judicial habrá de garantizar *la audiencia de la persona menor de edad*, y en dicha audiencia, el menor pondrá de manifiesto su deseo de ser vacunado conforme al protocolo sanitario establecido, volviendo al punto inicial: la medida acordada por el juez consistirá en autorizar la vacunación, con un retraso lamentable y el evidente riesgo de que se cause un perjuicio al interés del menor. Además, creo lógico entender que en caso de discrepancia de los padres, y tratándose de un protocolo de vacunación generalizado, al menor de doce años cumplidos se le presume “en todo caso” el grado de madurez suficiente como para inclinar la balanza hacia la autodeterminación de su interés en los casos en los que no concurra un riesgo evidente para su vida o su salud.

3º) Los progenitores viven separados, y la guarda y custodia del menor está atribuida a ambos de forma compartida.

Según el art. 156.3 CC, “*en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial (el trámite más rápido es, de nuevo, el del art. 87 LJV) quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores*”. Parece que lógico pensar que el Juez decidirá en favor del progenitor que, de acuerdo con la opinión expresada por el menor, opte por la vacunación. Si éste es contrario a ser vacunado, su opinión será tenida en cuenta en función de su grado de madurez (que se le presume a este efecto a los 12 años), pero no prima en estos casos el principio de autonomía, sino el de beneficencia, de modo que el juez decidirá en función del interés superior del menor, que en circunstancias normales será su vacunación.

6. Epílogo

A pesar de lo anteriormente expuesto, para muestra de que la cuestión sigue abierta, basta el botón del Auto 314/2021 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Icod de los Vinos el pasado 10 de diciembre, dictado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria 482/2021. El Juzgado considera que, en el caso, - los padres divorciados de un hijo adolescente no se ponían de acuerdo sobre la vacunación-, ha de denegarse la



solicitud de autorización judicial instada por el padre (que consideraba perjudicial para la salud del niño no vacunarle). Los argumentos de la resolución son básicamente tres. En primer lugar, entiende el juzgador que *“los argumentos de la madre se basan en el principio de prudencia, en que se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado”*. Entiende, además, que ante el hecho no controvertido de la existencia de efectos adversos de la vacuna, la progenitora *“aporta con anterioridad al acto de la vista abundante documentación médica y científica”*, entre los cuales se enumeran informes sobre la reducida tasa de mortalidad juvenil por covid-19. Y, en tercer lugar, porque, en opinión del juzgado, no existe verdadero consentimiento informado, ya que no existe prescripción facultativa propiamente dicha y es el usuario el que, conforme a la opinión pública y a las campañas de información vacunal, decide vacunarse.

La resolución es incorrecta conforme al art. 9.3 de la Ley 41/2002 y la LO 1/1996, de protección jurídica del menor. Un menor mayor de doce años goza de una presunción de madurez de cara a la toma en cuenta de su opinión en relación con sus actos personalísimos cuando no está en grave riesgo su salud o su vida. En estos casos, ante la divergencia de sus progenitores, cobra especial importancia su opinión, que en este caso estaba fundada en un hecho notorio (los síntomas son más leves en sujetos vacunados) y, por lo tanto, no debió ser obviada. En todo caso, la corta edad de los menores a los que ahora se abre la vacunación (y que no tienen la presunción de madurez que hace necesaria su audiencia en el proceso), aboga por la conveniencia de acordar medidas sanitarias condicionantes⁶ de las actividades a realizar por los no vacunados, que desincentiven las posturas obstruccionistas de sus padres, siempre que dichas medidas sean convenientemente avaladas conforme al art. 10.8 de la LJCA. Los Autos judiciales en tal sentido ya han comenzado a dictarse, como es el caso del ATSJ de Baleares de 16 de diciembre de 2021, recaído en el procedimiento 652/2021.

⁶ Como afirma DELGADO GARRIDO C. “No estaría de más que, dada su relevancia, la cuestión se regulara mediante ley y con una cierta cohesión a nivel nacional. Más cuando este modelo de vacunación condicionante se va extendiendo en nuestro país sin una base jurídica clara. Por ejemplo, Castilla y León, Extremadura y Galicia ya exigen que los niños estén vacunados para acceder a sus escuelas infantiles públicas. Y el Ayuntamiento de Barcelona estudia la obligatoriedad de estar al día de vacunas para acceder a las guarderías públicas” (“el debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia” *Revista Vasca de Administración Pública*, 2021núm. 121. Septiembre-Diciembre 2021. Pág. 40 (<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.01>)).