

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VACUNA CONTRA
LA COVID-19 EN LA ACTUALIDAD: DE LA IMPOSICIÓN
GENERAL A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE
PROGENITORES***

***THE LEGAL REGIME OF THE COVID-19 VACCINE TODAY: FROM
GENERAL IMPOSITION TO THE RESOLUTION OF CONFLICTS
BETWEEN PARENTS***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 980-1015

* Esta investigación ha sido financiada por el Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (Referencia: FPU19/00862).



Víctor
MORENO
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo analiza la evolución en el tratamiento jurídico de la vacunación contra la Covid-19 en el ordenamiento jurídico español y la complejidad que presenta la temática en las coordenadas actuales.

PALABRAS CLAVE: Vacunación; menor de edad; conflictos; progenitores.

ABSTRACT: *The present paper analyses the evolution in the legal treatment of vaccination in the Spanish legal system and the complexity of the subject in the current coordinates.*

KEY WORDS: *Vaccination; minors; conflicts; parents.*

SUMARIO.- I. VACUNAS Y DERECHO.- I. Una pandemia ¿impredecible? – 2. Vacunas y salud pública: la negativa por motivos religiosos o de conciencia.- II. EL NUEVO ESCENARIO MARCADO POR LA PANDEMIA PRODUCIDA POR LA COVID-19.- 1. Las distintas fases que ha sufrido la vacunación en España.- 2. La regulación de la vacunación obligatoria en otros países.- A) Austria.- B) Italia.- 3. España: ¿Una excepción? – III. LA DECISIÓN DE VACUNAR CONTRA LA COVID EN EL ÁMBITO FAMILIAR: ¿QUIÉN DECIDE? – 1. Cuestiones generales.- 2. Pronunciamientos judiciales respecto a la vacuna contra la COVID-19 en menores de edad.- 3. Argumentos a favor de la vacunación infantil.- A) Vacuna instrumento ideal.- B) Aconsejado por las instituciones sanitarias.- C) Solidaridad social.- D) El eventual riesgo de la administración de la vacuna es menor que los beneficios que reporta.- E) Perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa.- 4. Argumentos en contra de la vacunación infantil.- A) Incidencia COVID-19 en menores de edad.- B) Efectos adversos a largo plazo desconocidos.- C) Escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y autorización de “emergencia”.- D) Improcedente solidaridad.- E) Cuestionamiento eficacia para frenar contagios.- IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

I. VACUNAS Y DERECHO.

I. Una pandemia ¿impredecible?

Desde que apareciera en nuestras vidas la enfermedad por coronavirus (provocada por el virus SARS-CoV-2) ha habido pocos momentos en los que se haya dejado de abordar los datos de personas infectadas, hospitalizadas y fallecidas a consecuencia de la enfermedad. De hecho, nos encontramos en un momento en que se vuelve a advertir la llegada de “una nueva ola” que aconsejaría el mantenimiento de algunas restricciones – como el uso de la mascarilla obligatoria en transporte público – y la exploración de nuevas medidas para evitar una “Navidad peor que el año pasado”².

Sea como fuere, es innegable que la pandemia global provocada por la COVID-19 ha traído consigo la necesidad de hacer frente a múltiples desafíos manifestados en distintos ámbitos económicos, sociales y políticos. Es evidente afirmar que el Derecho cuenta con la dificultad de no poder ofrecer siempre respuestas con anterioridad a los retos que se plantean.

- 1 Al menos así lo manifiestan distintos expertos, basándose en los datos ofrecidos por las fuentes oficiales actualizadas a fecha 21 de octubre de 2022. No obstante, somos conscientes de que en el momento de la lectura de este artículo, la situación podría ser distinta. Véase: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_642_COVID-19.pdf (Última consulta: 23/10/2022).
- 2 Así lo ha declarado recientemente la conocida viróloga Margarita del Val. Véase: https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/alerta-margarita-val-contagios-covid-esta-navidad-habra-situacion-peor-que-ano-pasado_2022102463568dcf8fa20000019cf4df.html (Última consulta: 23/10/2022)

• Víctor Moreno Soler

Contratado Predoctoral de Investigación en el Departamento de Derecho Romano y Eclesiástico del Estado en la Universitat de València. Correo electrónico: Victor.Moreno@uv.es

Además, pocos hubieran podido pronosticar la aparición de un virus que pudiera traer estas consecuencias para el conjunto de la humanidad. No obstante, también cabe resaltar que desde hacía unos años contábamos con algunas advertencias desde distintos organismos y ámbitos. De este modo, sírvase los siguientes ejemplos para ilustrar al lector acerca de la amenaza que existía y se ponía de manifiesto por parte de distintos actores. En 2015, tras el brote de ébola de 2014, se creó el Grupo de Alto Nivel sobre la Respuesta Mundial a las Crisis Sanitarias dentro de Naciones Unidas, con el objeto de proponer recomendaciones que servirían para prevenir y responder de manera eficaz a futuras crisis sanitarias. Pues bien, el 9 de febrero de 2016, la Asamblea General de Naciones Unidas advertía en su Resolución 70/723³: “El elevado riesgo de que se produzcan grandes crisis sanitarias suele, por lo general, subestimarse y que la preparación y la capacidad de respuesta del mundo es lamentablemente insuficiente. En el futuro, las epidemias podrían superar con creces la magnitud y la devastación del brote de ébola en África Occidental. Preocupa (...) saber que la aparición de un virus de gripe altamente patógeno, que podría causar rápidamente millones de muertes y grandes trastornos sociales, económicos y políticos, no es un escenario poco probable”⁴.

Un año más tarde, la propia Estrategia de Seguridad Nacional de España⁵ reconocía como uno de los desafíos a tratar “las epidemias y pandemias”, ya que disponía que en las últimas décadas había aumentado “el número de enfermedades emergentes identificadas y de situaciones de riesgo asociadas a ellas”. Y advertía: “España, un país que recibe más de 75 millones de turistas al año, con puertos y aeropuertos que se cuentan entre los de mayor tráfico del mundo, un clima que favorece cada vez más la extensión de vectores de enfermedades, con una población envejecida y una situación geopolítica polarizada, no está exenta de amenazas y desafíos asociadas a enfermedades infecciosas tanto naturales como intencionadas”⁶.

Incluso desde la ciencia jurídica, precisamente eclesiasticista, ya se había puesto de manifiesto con anterioridad que la globalización también estaba presente en el ámbito de las enfermedades. De este modo, la Prof^a. García Ruíz advertía de que no existían fronteras para las enfermedades y que los riesgos de sufrir pandemias

3 A/70/723. Proteger a la humanidad de futuras crisis sanitarias. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre Respuesta Mundial a las Crisis Sanitarias.

4 Ibid., p.5.

5 Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Puede consultarse: https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/Estrategia_Seguriad_Nacional_2017.pdf (última consulta: 29/10/2022).

6 Ibid., p. 76.

a escala mundial eran “más reales en la actualidad que en cualquier otro momento de la historia de la humanidad”⁷.

Sea como fuere, lo cierto e innegable es que la pandemia apareció en nuestras vidas y con ella un nuevo modo de vida impuesto por los efectos derivados por ella. Es evidente el daño que nos causó – y sigue causando – esta pandemia a nivel mundial en múltiples ámbitos, aunque lo más cuantificable sea, sin duda, el número de personas que han perdido la vida y las repercusiones económicas que ha tenido – y sigue teniendo – la pandemia sobre los ciudadanos, empresas y Estados. Estos efectos secundarios fueron señalados desde el inicio de la pandemia por las autoridades sanitarias⁸.

Ante esta situación de tales magnitudes, se produjo un despliegue de medios con el fin de pudiera obtenerse el instrumento idóneo para frenar los efectos negativos de la pandemia: la vacuna. Sin duda, los distintos pasos agigantados que se dieron en aquellos meses recibieron la máxima atención de los medios de comunicación, ya que se esperaba con ansia su llegada con el planteamiento de que cuando éstas estuvieran disponibles, recuperaríamos la vida “normal” a la que habíamos estado acostumbrados. Y, ciertamente, pese a que se empezó a jugar en cierta medida con la terminología – un ejemplo lo encontramos en la mal llamada “nueva normalidad” aludiendo a la normalidad que se presenta como “nueva” –, es cierto que se fueron recuperando prácticas habituales de forma progresiva. No obstante, con la llegada de éstas, también se requería de la intervención del Derecho para regular la configuración legal que se otorgase en diversos ámbitos.

2. Vacunas y salud pública: la negativa por motivos religiosos o de conciencia.

La relación entre estos dos términos no suele ser demasiado sencilla. Lo podemos atestiguar de múltiples modos, precisamente porque no estamos ante un fenómeno nuevo. En realidad, contamos con vacunas desde hace mucho tiempo. Gracias a ella hemos conseguido detener – e incluso erradicar – numerosas enfermedades. Por ello, es evidente que la vacuna se presenta como el instrumento idóneo para preservar la salud pública en las sociedades.

Ahora bien, la evidencia científica que muestran los diferentes datos respecto al control de la expansión de numerosas enfermedades infecciosas no ha traído consigo un apoyo unánime a éstas. De hecho, parece que siempre han existido

7 GARCÍA RUIZ, Y.: “¿Vacunas obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?”, *HUMANITAS Humanidades Médicas*, Enero 2009, núm. 35, p. 8.

8 De este modo, la Organización Mundial de la Salud, junto con la Cámara de Comercio Internacional: Declaración conjunta de la ICC y la OMS: Un llamamiento a la acción sin precedentes dirigido al sector privado para hacer frente a la COVID-19. Disponible en <https://www.who.int/es/news/item/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>. (Última consulta: 14/10/2022).

grupos sociales que han mostrado reticencias a la inoculación de una vacuna. Se puede advertir que los motivos que han llevado a estas personas a rechazar las vacunas han sido diversos⁹. No obstante, las creencias religiosas han sido uno de las razones que más se han argumentado en distintas situaciones¹⁰. En la última pandemia, las confesiones religiosas han llevado a cabo pormenorizados estudios para cerciorarse de que la vacuna y los componentes utilizados en su desarrollo no fuesen contrarios a los preceptos propios. Se puede advertir que en nuestra realidad más cercana las confesiones han aceptado e incentivado la vacunación contra esta enfermedad contagiosa, teniendo un importante papel en la difusión de una imagen positiva sobre sus comunidades¹¹.

Ante la negativa de estos grupos sociales y/o religiosos a recibir el tratamiento médico, los ordenamientos jurídicos han debido articular una configuración legal que pudiese ofrecer respuestas ante los eventuales escenarios que pudieran darse. Conviene destacar que cada vez que sucede un hecho de esta naturaleza, el eco que se presta desde los medios de comunicación es considerable. Además, esta respuesta jurídica no ha resultado ser uniforme, sino que han sido los Estados quienes, teniendo presentes las particularidades concretas presentes en su territorio, han decidido implementar un modelo u otro. Por tratar de agrupar de una manera sencilla – aunque, como tal, siempre corremos el riesgo de caer en simplismo – podríamos identificar un modelo de recomendación y otro de obligación. Por supuesto, dentro de cada uno de estos dos grupos las diferencias que encontramos entre un Estado y otro son considerables, por ejemplo, respecto al tratamiento jurídico aplicable a aquellos que no cumplen con la obligación de vacunación en aquellos casos donde ésta es preceptiva, o en el número y causas de posibles excepciones ante esta obligación general de vacunación.

En este sentido, es inevitable mencionar el supuesto estadounidense, que se inclina hacia una mayor intervención en el colectivo de los menores de edad, llegando a condicionar el acceso a la escolarización. En las legislaciones federales del país americano, se fueron adoptando exenciones por motivos médicos, cuando la inoculación de la vacuna tenía contraindicaciones para el paciente en cuestión. Además, en algunas de ellas también se contemplaron exenciones por motivos ideológicos o filosóficos y exenciones por motivos religiosos, siempre que

9 De este modo, los motivos pueden ser muy diversos: “porque se ven como una imposición injustificada de la industria farmacéutica; porque tienen efectos secundarios mucho más graves que los beneficios que tratan de aportar; porque están hechas con sustancias gravemente peligrosas para salud; porque atenta contra formas de medicina más naturales; y, en general, por variadas razones de índole filosófica o incluso religiosa”. Véase BELLVER CAPELLA, V.: “Vacunas”, *Revista ROL Enfermería*, 2015, núm. 38 (10), p. 659.

10 Un ejemplo lo tendríamos en el debate político-social que tuvo lugar en los Países Bajos en 2013, que tenía como objeto una epidemia de sarampión y como sujeto un grupo de calvinistas holandeses que se negaban a la vacunación contra dicha enfermedad. Véase GARCÍA RUIZ, Y., “Salud pública y multiculturalidad: inmunización poblacional y seguridad alimentaria”, *AFDUAM*, 2014, núm. 18, pp. 269-289.

11 MILANI, D.: “Vaccinazioni e bene comune: la prospettiva ecclesiasticistica”, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, agosto 2022, Fascicolo 2, pp. 362-370.

cumplieran con unos requisitos. No obstante, la puesta en práctica de éstos no ha conllevado una ausencia de conflictos judiciales, ya que muchas situaciones han requerido la actuación de los tribunales. A su vez, se ha observado una tendencia hacia una mayor restricción en la aplicación de las exenciones religiosas, dejando la cuestión al “al arbitrio de las autoridades estatales, que se perciben como las más adecuadas para valorar las medidas de las que disponen para proteger la salud pública”, como ha puesto de manifiesto la Prof^a. Meseguer¹².

El mayor intervencionismo de los Estados Unidos podrían ser debido a que “se entiende que el bien de la salud pública justifica el recorte de las libertades individuales y la imposición de la vacunación”¹³. Lo llamativo – como sostiene el Prof. Bellver – es que en países como el nuestro “la ausencia de castigo no ha dado pie a un incumplimiento generalizado: al contrario, el porcentaje de personas vacunadas en España es de los más altos del mundo”¹⁴. Por otro lado, es procedente subrayar la correspondiente responsabilidad de la Administración Pública que puede traer consigo la implantación del deber legal de inocularse la vacuna, por los daños derivados de la administración de la misma.

Por tanto, lo que está en discusión no es el éxito de la vacuna como instrumento de inmunización de la población ante enfermedades contagiosas, sino si resulta ético que los Estados intervengan imponiendo su administración en aras de proteger la salud pública. Especialmente, en un contexto caracterizado por un éxito en la vacunación. Evidentemente, lo óptimo es alcanzar estas altas tasas mediante otros medios diferentes a la imposición, tales como las campañas de sensibilización. Ello trae consigo resultados muy similares sin resultar afectados otros intereses jurídicos en juego.

II. EL NUEVO ESCENARIO MARCADO POR LA PANDEMIA PRODUCIDA POR LA COVID-19.

I. Las distintas fases que ha sufrido la vacunación en España.

Sin duda alguna, en estos dos últimos años hemos presenciado numerosos sucesos que han tenido lugar en el mundo. Además, una nota característica de este período ha sido la inmediatez de los hechos, que precisaba desarrollar en mayor grado la capacidad de adaptación a un entorno en constante cambio. Ello

12 Puede apreciarse en el detallado estudio, MESEGUER VELASCO, S.: “Libertad religiosa, salud pública y vacunación Covid-19”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, núm. 56, pp. 1-36.

13 Resulta de especial interés BELLVER CAPELLA, V.: “Vacunas”, cit., pp. 658-667. La cita se encuentra en la p. 663.

14 Ídem.

trae como consecuencia una variación en algunas cuestiones que giran en torno a la vacunación¹⁵.

En un primer momento, es cierto que la preocupación giraba en torno a quién debía tener prioridad para acceder a la vacuna. Esto es fácilmente comprensible al situarnos en un momento en que el número de dosis disponibles era muy limitado, y el porcentaje de la población que deseaba inyectarse la vacuna era muy superior a éste. Esto llevó a los distintos Estados a adoptar estrategias de vacunación, priorizando unos grupos de población sobre otros a la hora de administrar la vacuna. En el caso de España, el 2 de diciembre de 2020 se aprobó la Estrategia de vacunación frente a la COVID-19 en España. Este documento, aprobado por el Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación COVID-19, de Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones, ya advertía desde el inicio que pretendía ser un “documento vivo”, que precisaría de nuevas actualizaciones conforme se tuviera mayor nivel de conocimiento¹⁶. En efecto, fue así, y al momento de escribir estas líneas existen once Actualizaciones de Estrategia disponibles en el Portal del Ministerio de Sanidad; la última de ellas, del 8 de febrero de 2022¹⁷.

El establecimiento de la prioridad de los grupos de población a vacunar, lejos de ser una tarea sencilla, precisó de importantes dosis de reflexión. Aunque también es cierto que en el ámbito sanitario siempre debe decidirse hacia qué y quiénes van destinados los recursos. Ello es así porque, tal y como afirma el Comité de Bioética de España: “El todo, para todos, siempre y ya casi nunca es posible”¹⁸. Por tanto, esta priorización en los recursos sanitarios no es una cuestión exclusiva de la pandemia provocada por la COVID-19.

Ahora bien, a nadie se le escapa, que en esos meses todo el mundo estaba esperando fervientemente la llegada de la vacuna que pudiese reestablecer, en la mayor proporción, el orden preestablecido hasta ese momento. Es por ello que se oían voces que clamaban en favor de visiones más técnicas y utilitaristas, en detrimento de otros criterios que se fundamentaban en la protección de los más

15 Esto comportaría la no tan fácil extrapolación de algunos viejos resortes a la nueva situación. La misma dificultad se aplicaría a las conclusiones a las que llega la conocida Sentencia Vavříčka y otros c. la República Checa, de 8 de abril de 2021, pese a que efectivamente la fase de deliberación tuvo lugar en pleno contexto pandémico. Para una mayor profundización, véase MESEGUER VELASCO, S.: “Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2022, núm. 1, pp. 100-132.

16 Así está dispuesto en el Resumen Ejecutivo de la Estrategia de vacunación frente a COVID19 en España, de 2 de diciembre. Puede consultarse en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/Actualizaciones_Estrategia_Vacunacion/docs/COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf (Última consulta: 10/10/2022).

17 Pueden consultarse todas ellas en: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm> (Última consulta: 10/10/2022).

18 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus, 25 de marzo de 2020, p. 4. Puede verse: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> (Última consulta: 10/10/2022).

vulnerables. Como en toda situación de recursos limitados para cubrir necesidades de mayor tamaño, existían importantes dilemas que tenían que resolverse.

Huelga mencionar que los efectos que se derivasen de las decisiones que se tomaran, en un sentido u otro, se desplegarían sobre distintos ámbitos y tendrían una relevancia destacable, además de a nivel sanitario, también en el plano social, político y económico. No obstante, las importantes consecuencias que los criterios tenían sobre el tejido industrial y social de las sociedades no fue impedimento para que las decisiones que se tomaran no atendiesen exclusivamente a criterios científicos, económicos o sociológicos, sino a principios y valores éticos¹⁹.

Por tanto, podríamos afirmar indudablemente que inicialmente la preocupación giraba en torno a *quién* debía tener prioridad para acceder a la vacuna. De este modo, el foco mediático se centró en aquellos casos en los que personas se habían inoculado la vacuna a pesar de que no les correspondía en ese momento. Quizá los casos con más eco mediático fueron los de los políticos de distintos niveles, que se vacunaron “saltándose” la cola que guardaba el resto de la población²⁰. En ningún caso hasta el momento ha habido consecuencias jurídicas, limitándose tan sólo algunos de ellos a dimitir, forzados generalmente por las cúpulas de sus propios partidos.

No obstante, los tribunales no han dudado ni un instante en condenar a Administraciones Públicas por no respetar la prioridad que se fijaba en la normativa que establecía el orden y prioridad a la hora de administrar las primeras vacunas que se recibieron contra la COVID-19. Así, la Comunidad Valenciana relegó a los médicos de la sanidad privada, retrasando la vacunación de éstos respecto a aquellos trabajadores que prestaban servicios en la sanidad pública. Por ello, la administración autonómica fue condenada por vulneración de derechos fundamentales a indemnizar con 10.000€ al Colegio de Médicos de Alicante²¹. Otro ejemplo lo tendríamos en Cataluña, donde se optó por no vacunar a policías nacionales y guardias civiles en las fechas en las que sí que se estaban dispensando las vacunas a los Mossos y la Guardia Urbana. De esta forma, mientras “ya había sido vacunado el 80,3 % de los Mossos d’Esquadra, el 71,2 % de los policías locales y el 79,1 % de los integrantes de la Guardia Urbana de Barcelona”, la situación era

19 Así lo han declarado Federico de Montalvo Jääskeläinen y Vicente Bellver Capella, que eran, respectivamente, presidente y miembro del Comité de Bioética de España e integrantes del mencionado Grupo Técnico para la Estrategia de la Vacunación frente al COVID-19. Véase <https://www.vacunacovid.gob.es/voces-expertas/la-etica-protagonista-de-la-estrategia-espanola-de-vacunacion-contra-el-covid-19> (Última consulta: 10/10/2022).

20 Consúltese <https://www.rtve.es/noticias/20210121/politicos-se-saltan-cola-vacunacion-nuevo-tipo-corrupcion-pandemica/2068383.shtml> (Última consulta: 10/10/2022).

21 Véase la Sentencia de 3 de enero de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 3 de Alicante, Procedimiento Especial de DDFF N° 3/2022.

bien distinta en los otros cuerpos, ya que “el porcentaje de los policías nacionales destinados en Cataluña era del 9,9 % y del 6,3 % en la Guardia Civil”²².

Más tarde, cuando el número de dosis de disponibles fue ampliándose y el abastecimiento ya no presentaba un problema real, se dejó de hablar acerca de *quién* se vacunaba primero y pasó a hablarse de *qué sucedía* con quien no deseaba vacunarse. En otras palabras, cuáles serían las consecuencias que deberían afrontar aquellos individuos y grupos sociales que mostrasen su rechazo a la inoculación de la vacuna. E incluso se llegó a plantear en alguna ocasión el posible establecimiento de la vacunación obligatoria.

No obstante, la mención del recurso a la imposición de la vacuna no ha traído consigo un posterior recorrido en el ámbito nacional, quizá en parte por la gran acogida que han tenido las vacunas en nuestro país. Cabe destacar que en otros países de nuestro entorno ha sido una cuestión de Estado, enfrentando a partidos políticos en la defensa o reticencia a la adopción de medidas coercitivas concretas para aquellas personas no vacunadas. De hecho, en algunos de ellos se ha llegado a imponer la vacunación obligatoria, bien sea para la población en su conjunto, a partir de una edad, bien para un colectivo concreto, como por ejemplo los trabajadores en el ámbito socio-sanitario.

2. La regulación de la vacunación obligatoria en otros países.

A) Austria.

Sin duda, entre los Estados que han impuesto la vacunación obligatoria es inevitable destacar a Austria, por ser el primer país de la Unión Europea que estableció la vacunación obligatoria en su territorio. Además, es importante también porque, a diferencia de otros países, en este caso la obligación fue general para cualquier persona mayor de 18 años que residiese en el país. Por tanto, no se trataba únicamente de una regulación para un colectivo específico de edad – con mayor vulnerabilidad – o un personal específico – por trabajar en con colectivos más vulnerables –. Ante el incumplimiento de esta medida se estableció que se impondrían sanciones de 600€, llegando a poder elevarse la cuantía de la multa pecuniaria a 3.600€, en caso de que el ciudadano persistiese en su intención de no inocularse la dosis²³. El Parlamento austríaco ya había antes ordenado confinar a los no vacunados, unos 2 millones de habitantes por aquel entonces, de modo que

22 Véase la Sentencia 4789/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo.

23 COVID-19-Impfpflichtgesetz (en español: Ley de Vacunación COVID-19). Puede consultarse el texto legal en línea, en versión original en: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00164/fname_1024580.pdf (Última consulta: 12/10/2022).

únicamente pudieran salir de casa con fines estrictos como el de acudir al trabajo o comprar alimentos.

Pese a que la norma establecía que la disposición estaría vigente hasta finales de enero de 2024, jamás llegó a aplicarse. Y ello a pesar de que entró en vigor el 1 de febrero de este mismo año. Pero, en la norma se establecía un período de “fase inicial” hasta el 15 de marzo. Dentro de esta fase, se estableció que se informaría por escrito a todos los hogares sobre la medida. Pasada esa fecha, se procedería a aplicar ya las sanciones previstas. Lo que sucedió es que, a menos de una semana de que se pasase a la siguiente fase prevista por la norma, se anunció que la norma quedaría en suspensión durante tres meses, amparándose en un informe de una comisión de expertos que consideraba que ya no existían razones para ponerla en marcha debido al carácter leve de los contagios de la variante Ómicron. Así, se ordenó el 9 de marzo, que los efectos de esta norma quedaban suspendidos por el momento, sin que quedase en ningún caso derogada la ley. La Ministra de Asuntos Constitucionales, Karoline Edtstadler, tras una reunión del Consejo de Ministros, precisó que ante la variante ómicron del SARS-CoV-2, la vacuna obligatoria no respondía al principio de “proporcionalidad” entre los beneficios que aporta a la sociedad y las limitaciones a las libertades individuales que exigía la Constitución²⁴.

Ahora bien, pese a la reiteración y énfasis en la no derogación, sino suspensión de los efectos de la norma, la ley fue derogada definitivamente tan sólo tres meses más tarde. De este modo, el 23 de junio de 2022 se derogaron las enmiendas llevadas a cabo en la Ley de Epidemias austríaca de 1950, para dejar de nuevo en el olvido la idea de la vacunación obligatoria²⁵. Así, aquel país que había resultado ser abanderado de los cambios legislativos con el foco centrado en la vacunación obligatoria, daba un paso al lado, argumentando que las circunstancias no eran las mismas y que en el contexto vigente era más perjudicial que beneficioso la imposición en la realidad nacional, sin dejar de manifestar que la vacuna seguía siendo el mejor instrumento para protegerse frente al virus.

Pese a que hemos optado por destacar en mayor medida las modificaciones legislativas que hubo en Austria, otros países también trataron de adoptar alguna norma con un alcance similar a ésta. Un ejemplo sería Alemania, que pese a que lo intentó jamás la llegó a aprobar.

24 Se puede consultar todo lo manifestado por la Ministra austríaca en: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2022/03/verfassungsmministerin-edtstadler-covid-19-impfpflicht-wird-ausgesetzt.html> (Última consulta: 12/10/2022).

25 Puede consultarse la versión consolidada de la norma, y también las distintas enmiendas en: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010265> (Última consulta: 12/10/2022).

No obstante, tanto Alemania como otros países – Francia e Italia, por ejemplo – sí que adoptaron otras normas encaminadas a la vacunación obligatoria. La diferencia radica en que estas disposiciones no tenían un alcance general, esto es, para toda la ciudadanía residente en el país; más bien, se centraban en un colectivo específico de la población.

B) Italia.

El caso italiano también es digno de mención porque recientemente ha habido modificaciones al respecto. Primero, se aprobó una norma (Decreto Ley n°44/2021 de 1 de noviembre 2020)²⁶, que preveía la vacunación obligatoria para ejercer una serie de profesiones. De este modo, el artículo cuarto de la norma desarrollaba el contenido de los practicantes de las profesiones sanitarias y operadores de interés sanitario a los que se aplicaba la obligación²⁷. Por tanto, la aprobación de esta norma traía consigo la configuración de la vacunación como “requisito esencial” para poder desarrollar las actividades profesionales²⁸. La decisión de no someterse a la imposición conllevaba, pues, la suspensión de la prestación laboral (artículo 6). La norma fijaba que sería de aplicación como máximo hasta el 31 de diciembre del 2021. Y, además, en su artículo 4.2 delimitaba que únicamente podrían alegarse causas de “accertato pericolo per la salute” derivado de específicas condiciones clínicas documentadas para permitir la exoneración de la obligación o el aplazamiento en su administración. Por tanto, la objeción de conciencia no podía tener lugar.

El contenido de la norma sufrió algún cambio con la aprobación del Decreto Ley n°172 de 26 de noviembre 2021²⁹. Esta norma, a los efectos de lo que nos ocupa, se prorrogó esta obligatoriedad un año más, hasta el 31 de diciembre 2022. Y, además, se extendió también su obligatoriedad a otras profesiones, que ya no se ceñían de forma estricta al ámbito socio-sanitario. De esta forma, en el artículo 2 de la norma se modificaba el alcance del decreto anterior con el objeto de incluir a cualquier trabajador que prestara servicios en una de estas dependencias que se recogían en la norma, no sólo a los sanitarios y personal de interés sanitario. Además, también era de aplicación para el personal educativo, el personal del ámbito de la defensa, seguridad y bomberos y todo el personal que prestase servicios en el “Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria” o en el

26 Puede consultarse en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/04/01/79/sg/pdf> (Última consulta: 03/11/2022).

27 El apartado uno del mencionado artículo incluye en este grupo de profesiones a: “gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali”.

28 El mismo apartado explicita: “La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati”.

29 Puede consultarse la norma: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/26/21G00211/sg> (Última consulta: 03/11/2022).

“Dipartimento per la giustizia minorile e di comunita’”, además del personal que trabajase en el interior de los propios centros penitenciarios de adultos y menores de edad.

La obligatoriedad de estos grupos – seleccionados por profesión – se complementaba con la obligatoriedad de las personas residentes en Italia que fuesen mayores de cincuenta años. Así se aprobó por medio del Decreto Ley n°1 de 7 de enero 2022³⁰. No obstante, la misma norma preveía que su vigencia se limitaría al 15 de junio del mismo año. No hubo ninguna otra modificación, y en esa fecha quedó sin efecto esa imposición para los mayores de cincuenta años. También cesó la obligatoriedad para los grupos profesionales que habían sido incluidos en un momento posterior, quedando desde ese momento restringida la administración obligatoria para los trabajadores socio-sanitarios. Estaba prevista que ésta se extendiese hasta el 31 de diciembre del mismo año, salvo que hubiese novedad. No obstante, el nuevo ejecutivo recientemente ha anticipado el fin de la aplicación de la norma. Así, con la aprobación del Decreto Ley n°162 de 31 de octubre 2022³¹, la suspensión de empleo y sueldo para aquellos trabajadores no vacunados en el ámbito sanitario y asistencial queda sin efecto desde el 1 de noviembre de 2022, esto es, dos meses antes de lo previsto. Por tanto, ya no queda tampoco ninguna medida en vigor en Italia.

3. España: ¿Una excepción?

En contraste con las realidades puestas de manifiesto, en el ámbito nacional parecería que no se ha aprobado ninguna norma conducente a la vacunación obligatoria. Y ello es cierto. Pero tan sólo parcialmente. Y decimos ello porque, si bien es cierto que no se ha aprobado ninguna norma en las Cortes Generales, distintos parlamentos autonómicos han aprobado normas con cláusulas relativas a esta cuestión.

De esta forma, en este tiempo se han adoptado normas autonómicas que contemplan medidas preventivas que incluyen la vacunación obligatoria. Un ejemplo lo encontramos en Galicia, con la aprobación de Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia³². Otro, en el País Vasco, con la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19³³.

30 La norma está disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/01/07/22G00002/sg> (Última consulta: 03/11/2022).

31 Puede consultarse en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/31/22G00176/sg> (Última consulta: 03/11/2022).

32 «BOE» núm. 79, de 2 de abril de 2021, páginas 37859 a 37887 (29 págs.).

33 «BOE» núm. 168, de 15 de julio de 2021, páginas 84466 a 84501 (36 págs.).

Las mencionadas normas tenían por objeto articular un instrumento jurídico que permitiese que la mencionada comunidad autónoma contase con los resortes jurídicos para aplicar las medidas consideradas necesarias en un contexto como el que hemos tenido que hacer frente en estos últimos dos años. El problema es que en el desarrollo de estas normas autonómicas se previeron medidas que incluían la vacunación obligatoria, sin requerirse resolución judicial para ello, tanto en la norma vasca³⁴ como en la gallega³⁵.

Por ello, ambas normas autonómicas fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional, utilizando el mismo resorte previsto en la Constitución³⁶, aunque sin tanta celeridad en el caso de la ley vasca. Posteriormente, el Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión acordada.

En ambos casos, el Tribunal ha decidido mantener la suspensión, aunque en el caso de la ley gallega, ha sido de forma parcial, ya que ha levantado parte de la suspensión que había acordado el ejecutivo nacional³⁷.

El ATC 74/2021, de 20 de julio³⁸, que aborda la ley gallega ha establecido: “Pues bien, la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse, conforme a lo previsto en el artículo 44 bis de la Ley de salud de Galicia, en relación con los artículos 41 bis d), 42 bis c) y 43 bis d) de la misma ley. Cabe, por tanto, apreciar en este caso que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios

34 Su artículo 14.3 disponía: “La realización de pruebas diagnósticas de acuerdo con lo previsto en esta ley se ajustará a lo previsto en los artículos 8 y 9.2.a de 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. La denegación del consentimiento para la realización de las pruebas por la persona afectada se recogerá por escrito y llevará aparejada como consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo o la actividad sujeta a la realización de la misma, así como, en su caso, la posibilidad de que se impongan restricciones u obligaciones personalizadas en los términos previstos por esta ley. Este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación”.

35 El artículo 38.2.b.5ª de la norma modificada recogía ahora que “las autoridades sanitarias autonómicas” podrían adoptar “las medidas oportunas para el control de las personas enfermas”, incluyendo como posible medida preventiva el “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”.

36 En concreto, en el artículo 161 CE, que dispone: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

37 En concreto, en el fallo del Auto: “Levantar la suspensión que afecta al resto de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero”.

38 ATC 74/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2021:74A)

ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano” (FJ 4°).

Por otro lado, el ATC 112/2022, de 13 de julio³⁹, que aborda la ley vasca: “En relación con los perjuicios de difícil reparación impuestos contra la voluntad del ciudadano, por cuanto la norma asocia consecuencias desfavorables a la negativa a someterse a la vacunación y, en tal medida, puede modular intensamente el principio de voluntariedad en la participación de actuaciones de salud pública que deriva del art. 5.2 de la Ley 3/2011, de 4 de octubre, general de salud pública” (FJ 4°).

En el caso de Galicia, es además interesante advertirlo, ya que el entonces Presidente de la región es hoy presidente del principal partido de la oposición. Por tanto, goza de una cierta relevancia, e incluso la mayoría de las encuestas dan un notable ascenso que le podría permitir alcanzar el Gobierno en las próximas elecciones generales. Este partido político ha traído en numerosas ocasiones a colación una “Ley de Pandemias” que consistiría en un instrumento jurídico mediante el cual el Estado pudiese hacer frente, de modo específico, a una eventual pandemia como la que hemos vivido – o estamos todavía viviendo –. Así, han tratado de que el proyecto se convirtiese en una norma jurídica aprobada por las Cortes Generales en dos ocasiones. Primero, con la Proposición de Ley Orgánica de protección de la salud y de los derechos y libertades fundamentales, registrada el 5 de agosto de 2020⁴⁰. Más tarde, mediante la Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles, registrada el 14 de abril de 2021⁴¹.

El hecho de contar con una instrumento específico no nos parece negativo *per se*, aunque sí consideramos que debe ser extremadamente cauto cuando abordamos la restricción de derechos y libertades fundamentales o cuando quedan afectados los pilares básicos de la configuración del derecho a la salud⁴².

39 ATC 112/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TC:2022:112A).

40 122/000077.

41 122/000140.

42 Es cierto que, desgraciadamente, en muchas ocasiones la aprobación de estas normas – que pueden generar un impacto en los derechos fundamentales y libertades públicas – no trae consigo una preocupación social demasiado alta. Un ejemplo de ello sería el desarrollo que ha tenido el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. No parece haber despertado excesivo interés en el debate público, pese a que en su articulado se recoge la posibilidad de movilizar a cualquier ciudadano mayor de edad, para obedecer a órdenes “generales o particulares”, sin derecho a indemnización por ello. De este modo, el artículo 28.2 del mismo recoge: “En los casos de situación de interés para la Seguridad Nacional, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes, siguiendo las directrices del Consejo de Seguridad Nacional o de la autoridad funcional, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan”.

Tampoco hay que olvidar que en la Cámara Baja se registró una Proposición No de Ley (PNL), a iniciativa del Grupo Parlamentario Vox, que instaba al Gobierno a “elaborar un Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la vacunación obligatoria de los menores de 0 a 16 años”, argumentando que “el derecho del niño a la salud es más importante que los derechos de los padres a tomar una decisión que pudiera resultar incorrecta”⁴³. Claro que eso fue antes de que esta formación política cambiase su posicionamiento y se orientase hacia una postura más liberal respecto a la imposición de medidas adicionales como el Pasaporte COVID-19 o incluso el uso obligatorio de las mascarillas en los espacios públicos. Por ello, el Grupo Parlamentario retiró la PNL unas semanas más tarde⁴⁴, pese a que había sido uno de los puntos de su programa electoral⁴⁵.

Sea como fuere, la cuestión relevante a destacar es que en España no se ha llegado a adoptar ninguna norma nacional que estableciese la vacunación obligatoria, a diferencia de otros países de nuestro entorno⁴⁶. Además, los preceptos de las normas autonómicas que contemplaban la posibilidad de que se pudiera establecer, han sido suspendidos por parte del Tribunal Constitucional. Como consecuencia, no se han originado algunas controversias jurídicas que han tenido lugar en los Estados en los que se ha implementado esta medida con el objetivo de frenar el contagio del virus o reducir los efectos adversos de contraer la enfermedad. Lo más parecido que se ha llegado a implementar ha sido el certificado COVID digital. Este certificado – o “pasaporte” como en muchas ocasiones se le denominó – fue introducido por el Derecho de la Unión Europea, con el fin de controlar la transmisión del virus en la circulación de las personas⁴⁷.

43 Proposición no de Ley relativa a la política de vacunación de menores en España tras la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. (161/001085).

44 Se puede ver la retirada de la PNL en el portal del Congreso de los Diputados, en la sección correspondiente a la Actividad Parlamentaria de las Cortes Generales: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=161/001085. (Última consulta: 10/10/2022).

45 El punto 56 del Programa Electoral con el que concurrieron a las últimas elecciones generales de 2019 contenía en su punto 56: “Las vacunas infantiles serán obligatorias y gratuitas”. Ciertamente es que la elaboración de ese Programa fue redactado en un momento anterior al contexto de la pandemia provocada por la COVID-19.

46 Aunque es cierto que el ordenamiento jurídico español cuenta con resortes legales suficientes para poder imponer la vacunación obligatoria, por medio de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. No obstante, sería necesaria la intervención de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, para autorizar o ratificar judicialmente tales medidas, conforme al artículo 8.6.II de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por tanto, tal medida debería ser proporcionada y mostrarse necesaria para los fines legítimos que se pretendiesen. Al respecto, véase BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, mayo 2020, núm. 12 bis, pp. 118-125.

47 Se pretendía así optar por una tercera vía, para evitar el modelo de vacunación obligatoria que “requeriría la fijación de una serie de garantías, como la responsabilidad por daños del Estado, que no se pueden obviar, ni desconocer”. Vid. GARCÍA RUIZ, Y.: “Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2022, núm. 21, p. 138.

No obstante, también fue usado posteriormente para controlar el acceso a lugares cerrados, tales como lugares de ocio y restauración.

Pese a la ausencia de estas cuestiones relativas a la imposición directa de la vacuna por parte de las autoridades públicas, la administración de la dosis no ha estado exenta de judicialización, desde distintos órdenes jurisdiccionales. En algunas ocasiones los conflictos se originaban como consecuencia de actos posteriores a la decisión de no vacunarse de una persona, por ejemplo, un despido. En otras, en cambio, el conflicto se originaba con el objeto de determinar si cabía administrar la dosis a una persona en cuestión. Los supuestos más comunes, personas mayores que residían en residencias y que no tenían la capacidad de obrar para poder tomar la decisión respecto a si inocularla; y menores de edad, en los que cada padre tenía un planteamiento distinto respecto a la vacunación del niño. Es precisamente este segundo supuesto el que será objeto de investigación en las próximas páginas, tratando de aproximarnos a una cuestión que está candente en los tribunales españoles.

III. LA DECISIÓN DE VACUNAR CONTRA LA COVID EN EL ÁMBITO FAMILIAR: ¿QUIÉN DECIDE?

Se debe reconocer que las cuestiones relativas al consentimiento de administrar la vacunación contra la COVID en menores de edad no cuentan con un largo recorrido. No es difícil percatarse de ello, si atendemos al hecho de que la vacunación de adolescentes (12-15 años) no se inició hasta el mes de junio de 2021, después de recibir la autorización del Comité de Medicamentos de Uso Humano de la Agencia Europea de Medicamentos en mayo del mismo año⁴⁸. Y, la de los niños (5-11 años), comenzó algo más tarde. Concretamente, el 15 de diciembre de 2021 – siendo autorizada el 25 de noviembre del mismo año—⁴⁹.

Además, tras haber visto la poca repercusión jurídica que tuvo la vacunación obligatoria de adultos, es por tanto fácil de imaginar que en el caso de los menores hubiera tenido menos sentido. Si no se impone a los adultos que son quienes más padecen los efectos, ¿por qué los menores iban a recibir un tratamiento jurídico distinto?

Ante tal planteamiento, pues, es necesario atender a la regulación que ofrece el ordenamiento jurídico español. Para ello, conviene acudir a las distintas normas relevantes que se aplican a los menores en el ámbito sanitario.

48 Véase: <https://www.ema.europa.eu/en/news/first-covid-19-vaccine-approved-children-aged-12-15-eu> (Última consulta: 01/11/2022).

49 Consúltese: <https://www.ema.europa.eu/en/news/comirnaty-covid-19-vaccine-ema-recommends-approval-children-aged-5-11> (Última consulta: 01/11/2022).

I. Cuestiones generales.

En primer lugar, cabe destacar que el principio rector que rige las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del afectado, por lo que el mismo se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, Ley 41/2002)⁵⁰, en su artículo 3 establece la definición del consentimiento informado: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"⁵¹. Es por ello que, tal y como reza el art. 4 de la norma: "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma". Este derecho, establece el mismo precepto, incluye incluso el "derecho a que se respete su voluntad de no ser informada".

En aras de poder aproximarse de un mejor modo al consentimiento informado, cabe tener en mente lo previsto en el artículo 8 de la Ley 41/2002:

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

50 "BOE" núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, pp. 40126 a 40132 (7 pp.).

51 Sobre la naturaleza jurídica, elementos y caracteres del consentimiento informado, puede verse ROVIRA, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

Además, es imprescindible resaltar el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 23 de julio de 1999⁵². En su artículo 2, titulado “primacía del ser humano”, establece: “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”. Además, el artículo 5 del Convenio establece que, como regla general “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”. Ahora bien, el siguiente artículo, en su apartado segundo contempla el supuesto en que un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, indicando que “ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”. En este escenario, establece acto seguido que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

El *quid* de la cuestión será determinar la capacidad del menor para la válida emisión del consentimiento. Además, la autonomía del menor se consigue no solo mediante el reconocimiento de la titularidad de los derechos, sino que es esencial la capacidad progresiva para ejercerlos en función de las condiciones de madurez⁵³.

Por otro lado, el menor, además de sujeto de derechos, también es persona en desarrollo o formación. Esta situación de vulnerabilidad temporal justifica la protección que se le ha de garantizar, y que se consagra a través del principio del *favoris minoris* o *interés superior del menor*, que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁵⁴. Es importante destacarlo, porque en muchas ocasiones se ha podido confundir el interés de los padres, o de otras personas relacionadas en el ámbito familiar, con el interés propio del menor de edad⁵⁵. Por este motivo, hay quienes proponen un criterio mixto para que se

52 “BOE” núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825 a 36830 (6 pp.).

53 El principio rector será el desarrollo evolutivo en el ejercicio de los derechos, que implica una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos, según la aptitud para entender el significado y alcance del acto que realiza y de sus consecuencias (cfr. SANTOS MORÓN, M.ª J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp. 35-36).

54 De este modo, el art. 2 de la LOPJM: “En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

55 Al respecto, nos puede facilitar en la tarea de trazar esta distinción la lectura de BUENO BIOT, Á.: “La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos”, *Actualidad Civil*, marzo 2022, núm. 3, pp. 1-29.

tengan en cuenta los factores de la edad, la capacidad (madurez) y el interés superior del menor, a efectos de determinar los ámbitos en los que el menor debería poder prestar su consentimiento en el ámbito sanitario⁵⁶.

Ahora bien, hemos de reconocer que la cuestión relativa a la inoculación de la vacuna genera interrogantes importantes en el terreno práctico. E, indudablemente, los padres juegan un papel muy relevante en lo que afecta a esta esfera del menor. Ellos son quienes ejercen la patria potestad, esto es, la facultad de decidir, acerca de las cuestiones relativas al niño o adolescente. Ello no es óbice para que se atienda el interés superior del menor. Más bien, en la toma de decisiones debe estar presente lo que resulta más beneficioso para él⁵⁷. Las dificultades se manifiestan cuando surgen conflictos paterno-filiales, bien sea porque existen conflictos entre ambos progenitores que ostentan la patria potestad; bien porque la decisión de los padres no coincide con la voluntad del menor⁵⁸. Por ello, consideramos relevante citar el artículo 156 del Código Civil, que dispone:

“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.

(...)

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

Así, como norma general, el ejercicio de la patria potestad se llevará a cabo de forma conjunta por los padres, en caso de que exista una nulidad, separación o divorcio. No obstante, cabe también la posibilidad de que exista ejercicio individual,

56 En este caso, Vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2022, núm. 16, pp. 176-203.

57 Ello es más fácil de comprender en situaciones en las que la decisión puede traer un efecto irreversible. Véase MORENO SOLER, V.: “La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

58 Uno de los ámbitos donde estos conflictos están más presentes guarda relación con la educación religiosa de los hijos menores. Véase RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.ª.: “Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 142-162.

en el caso en que sea acordado en el convenio regulador o judicialmente en beneficio de los hijos⁵⁹.

Además, también conviene tener clara la distinción que existe entre los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad y los actos de ejercicio extraordinario. Los primeros, corresponden al progenitor custodio (o al no custodio mientras el menor se encuentre en su compañía); mientras los segundos, requieren el consentimiento de ambos progenitores o, en caso de no ser posible éste, una resolución judicial atribuirá a uno u otro la facultad de decisión. En este segundo grupo se hallarán los actos referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y que resultan excepciones conforme a los usos sociales.

De este modo, entre aquellos actos de ejercicio ordinario podríamos mencionar algunos ejemplos como autorizar al menor a excursiones o salidas, servicio de comedor, clase de ropa o calzado o actividades de ocio que no comporten riesgo. En cambio, por lo que respecta al ejercicio extraordinario, los actos revestirían una entidad mayor, como la elección del lugar de residencia del menor, la elección del colegio o institución de enseñanza – con todo lo que ello comporta respecto al ideario del centro –, acudir a un lugar de culto y, sin duda alguna, las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor⁶⁰. Por tanto, no parece que existan excesivas dudas respecto a la inclusión de la administración de la vacuna como elemento integrante de este grupo de actos de ejercicio extraordinario.

Teniendo claro el consenso que debe existir a la hora de decidir en este punto, se deduce por tanto que, en caso de desacuerdo entre progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al juez. Pero se debe poner de manifiesto que el juez no será quien tome la decisión respecto al punto en cuestión. Aun en el supuesto de desacuerdo reiterado, los progenitores seguirán siendo quienes tomen la decisión que consideren más conveniente. Lo único que hará el juez – porque así lo ha deseado el legislador – será atribuir esta facultad de decisión a uno de los dos progenitores, que será quien ejerza la capacidad de decisión sobre un extremo en cuestión. En el ámbito en que nos movemos, esto es, la administración de la vacuna, el juez no decidirá si inocularla o no, sino que atribuirá esta competencia a uno de los dos progenitores.

Además, existe otra garantía que se establece, y es aquella referente al máximo de dos años para la atribución de la toma de decisiones relativas a la patria potestad

59 Así se establece en el artículo 92.4 del Código Civil, que dispone: “Los padres podrán acordar en convenio regulador, o el juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

60 Todos estos ejemplos han sido puestos de manifiesto, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, del 27 de junio de 2017.

total o parcial, en cuestiones específicas como puede ser la administración de la vacuna contra la COVID.

En cualquier caso, pese a que esté regulado en el ordenamiento jurídico y, efectivamente, en la práctica se acuda a los órganos judiciales para resolver disputas de esta naturaleza, es innegable que este recurso a la Justicia no suele ser lo más adecuado. Así se ha puesto de manifiesto también en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, del 26 de noviembre de 2018:

“La judicialización de estos conflictos es, cuanto menos, inapropiada. En materias esencialmente de naturaleza ética, son los progenitores los que deben consensuar en todo caso lo que es más conveniente para los hijos en cuestiones como la educación, la formación y los valores culturales que desean transmitir -en lo ningún juez puede sustituirles- ni tampoco en materia religiosa o en la apreciación de la mayor o menor conveniencia de que fijen su residencia en uno u otro lugar, sigan un curso de idiomas en el extranjero o vayan a pasar sus vacaciones a unas colonias o a otras”.

Por tanto, todos los supuestos que veremos a continuación serán relativos a los casos en los que los padres del menor, tras no ponerse de acuerdo, han llegado a la judicialización de la causa, ya que uno de los dos ha solicitado la iniciación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2. Pronunciamientos judiciales respecto a la vacuna contra la COVID-19 en menores de edad.

Lo cierto es que, hasta la emergencia de esta pandemia, las controversias que se habían generado en sede judicial por discrepancia entre los progenitores respecto al hecho de suministrar la vacuna al hijo en común habían planteado pocos interrogantes. Los tribunales se habían mostrado favorables a la administración de ésta, en aras de proteger el interés superior del menor. Se entendía que los riesgos que conllevaba su inoculación no revestían la suficiente entidad como para desatender a los beneficios que aportaba al menor de edad. Ahora bien, desde que se inició con el plan de vacunación en nuestro país, empezaron a surgir algunas dudas respecto a si la jurisprudencia fallaría del mismo modo en relación con la vacuna contra el SARS-CoV-2.

En un primer momento, surgieron controversias en el seno de algunas residencias de personas mayores. El motivo fue que algunas personas carecían de capacidad de obrar y sus representantes legales se negaban a que se les suministrase la vacuna. No obstante, la jurisprudencia ha resuelto sin titubeos esta cuestión, situándose del lado de la administración de la vacuna⁶¹. En un primer momento,

⁶¹ La única excepción la encontramos en el *AJPII Telde 627/2021*, de 5 de octubre de 2021.

fueron los Juzgados de Primera Instancia los encargados de dictar los autos que resolvían estos asuntos. Más tarde, han venido numerosos autos de Audiencias Provinciales que resolvían recursos de apelación interpuestos por las personas mayores y/o sus tutores. Pues bien, la respuesta judicial ha sido exactamente la misma, y éstas se han limitado a confirmar el criterio que había sido mantenido por los juzgados previamente⁶².

Los tutores se mostraban en muchas ocasiones reacios a la inyección de la dosis fundamentándolo en el temor que tenían a que la administración causase en la persona tutelada efectos adversos, ya que algunas de ellas presentaban patologías o enfermedades de base que podrían facilitar la aparición de éstos y, con ello, pudiese ser más perjudicial su administración que la no inoculación.

Los pronunciamientos judiciales han razonado el sentido del fallo favorable a la vacuna sobre la base de que las personas en cuestión eran vulnerables y los datos demostraban el éxito de ésta en la hospitalización y mortalidad de la enfermedad⁶³. Además, hay un hecho relevante en esta cuestión, y es el efecto que tiene sobre los demás residentes del centro, ya que no hay que olvidar que se trata de un colectivo especialmente golpeado por la gravedad de los efectos de la enfermedad. Y a ello hay que sumar el propio entorno, las residencias de mayores, que han resultado ser uno de los lugares sin duda alguna donde la virulencia se ha hecho notar de forma realmente dramática⁶⁴.

Los pronunciamientos judiciales de asuntos relativos a la vacunación de menores contra el SARS-CoV-2 vinieron, como es lógico, posteriormente, ya que fue el último grupo en las estrategias de vacunación, tras despejarse algunas incógnitas respecto a la conveniencia y edades comprendidas en el grupo de los menores de edad. Lo primero que tuvimos fueron los Autos correspondientes a Juzgados de Primera Instancia. Esto es así por la sencilla razón de que, conforme el artículo 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, es el órgano competente para conocer estos asuntos⁶⁵. Y, posteriormente, algunos progenitores

62 Algunos ejemplos los podemos encontrar en AAP Ourense, 22 noviembre 2021 (CENDOJ 32054370012021200141); AAP Barcelona, 12 enero 2022 (CENDOJ: 08019370182022200009); AAP Jaén, 16 diciembre 2021 (CENDOJ 23050370012021200272); AAP Santander, 14 diciembre 2021 (CENDOJ: 39075370022021200223); y AAP Valencia, 11 abril 2022 (CENDOJ: 46250370102022200165).

63 En aras de una mayor profundización en administración de vacunas a personas mayores, véase el pormenorizado estudio GIL MEMBRADO, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

64 Basta mencionar como en el territorio valenciano, las residencias de mayores de las localidades de Torrent y Alcoy sufrieron un impacto al que nadie podía dar crédito. Véase: https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-coronavirus-amplia-dispositivo-para-actuar-residencias-ancianos-torrent-y-alcoy-202003191254_noticia.html (Última consulta: 23/10/2022).

65 Así, el artículo 86.2 de la mencionada Ley establece: "Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado".

han interpuesto recursos de apelación contra éstos, por lo que algunas Audiencias Provinciales han tenido que pronunciarse al respecto en los últimos meses.

A diferencia del consenso que han mantenido los órganos judiciales en los asuntos que afectaban a las personas mayores sin capacidad de obrar en decisiones relacionadas con su propia salud, la vacunación infantil en caso de discrepancias entre progenitores no ha obtenido una única respuesta jurídica por parte de éstos.

De este modo, no resulta posible efectuar un análisis con pincel de brocha gorda porque dejaríamos en el tintero cuestiones no del todo irrelevantes en esta cuestión. En efecto, como puede imaginar el lector, no hay dos casos iguales. En el mundo del Derecho es muy difícil que existan. Tampoco los ha habido en el caso de las personas de edad avanzada o que presentaban alguna discapacidad. Pero en el caso de los menores, cada pequeña diferencia parece tener mayor relevancia, por aquello que siempre está en el razonamiento jurídico cuando tratamos algún aspecto concerniente al menor denominado “interés superior del menor”.

En los diversos pronunciamientos judiciales de los asuntos relativos a menores de edad se puede apreciar como cada uno tiene una edad diferente. Hay casos de niños de ocho años, pero también hay asuntos que conciernen a menores de dieciocho. Algunos de ellos han participado en el proceso. Unos se han mostrado favorables a la vacuna mientras que otros han manifestado su reticencia a la misma. Además, en unas ocasiones el juez ha seguido el criterio del menor a la hora de redactar el fallo, mientras en otras éste ha resultado ser en sentido opuesto a lo manifestado por el menor.

Por otro lado, también existen diferencias respecto a qué progenitor ha resultado ser el interesado en iniciar el proceso, en algunos casos era el progenitor que deseaba tener la facultad de decisión para administrar la vacuna al menor; en cambio, en otras era el progenitor que mostraba su negativa a que el otro progenitor decidiese administrarla.

Otro factor a destacar ha sido el posicionamiento adoptado por el Ministerio Fiscal, ya que éste no ha sido siempre el mismo. En unos casos, ha considerado más conveniente el argumento de la protección al menor y al resto de la sociedad a través de la vacuna; en otros, ha estimado que el estudio entre beneficios y riesgos tenía como conclusión la inoportunidad de la vacuna. Además, los pronunciamientos judiciales no siempre han seguido el criterio adoptado por el Ministerio Fiscal.

Del mismo modo, no siempre han existido informes médicos forenses que arrojaran claridad al respecto. E, incluso, en los casos en los que se ha contado con un informe, éste no siempre ha llegado a las mismas conclusiones, inclinándose

algunas veces en favor de la administración del medicamento y, otras, en contra de su suministro.

También, ocasionalmente ha habido dictámenes periciales, principalmente llevados a cabo por doctores en Ciencias Químicas. Unas veces, éstos han sido tenidos en cuenta la hora de redactar el fallo del auto. En otras, en cambio, no han resultado tener la suficiente fuerza para los jueces.

Por no hablar de la relación entre las consecuencias alcanzadas por el médico forense y el sentido de la resolución judicial. Cabe destacar que en ocasiones ha coincidido uno y otro, mientras que en otras no ha estado coincidente lo manifestado por el informe forense y el fallo del juez respecto a qué progenitor debía tener la facultad de decisión en la administración de la vacuna.

Todo ello no es impedimento para poder llevar a cabo un estudio en este terreno, sino más bien refuerza en mayor medida la importancia que tiene analizar estos fallos para poder identificar ciertos rasgos comunes que pueden derivarse de los mismos, en aras de poder ofrecer unas notas básicas que pueden extraerse. Para facilitar la labor del lector, hemos decidido hacer una división clara. Por un lado, los argumentos esgrimidos por los pronunciamientos judiciales que se han mostrado favorables a la vacunación – esto es, que han concedido el poder de decisión al progenitor que pretendía vacunar al menor –; por otro, los argumentos con los que los pronunciamientos judiciales en contra de la vacunación – esto es, que han coincidido la facultad de decidir al progenitor que se negaba a la inoculación del menor – han sostenido sus fallos.

3. Argumentos a favor de la vacunación infantil.

A) *Vacuna instrumento ideal.*

Una de las cuestiones que más se ha puesto de manifiesto en los asuntos que se han inclinado a favor del progenitor que deseaba la administración de la vacuna para el menor es el recurso de la misma se presenta como el medio idóneo para controlar los efectos negativos que trae consigo el contagio del virus.

De este modo, se ha afirmado que “es innegable que desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por covid ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas”⁶⁶.

66 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

También se señala que “la vacunación es la medida más efectiva para combatir la pandemia actual”⁶⁷. En el mismo fundamento jurídico del auto se destaca que “las medidas no farmacológicas (como son el distanciamiento físico y las medidas de higiene respiratoria y de contacto) contribuyen al control de la diseminación de la infección, pero algunas de ellas no se pueden mantener de forma indefinida sin que se afecte la normalidad deseada”.

B) Aconsejado por las instituciones sanitarias.

Otro de los argumentos que con más fuerza se han utilizado en los fallos de los autos judiciales favorables al progenitor que deseaba la potestad de decisión para administrar la vacuna al menor de edad ha sido el hecho de que ésta ha recibido la aprobación de las autoridades sanitarias competentes.

De esta forma, se ha enfatizado que la misma “no es un ensayo clínico, es un medicamento aprobado por la Agencia Estatal de Medicamentos y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios”⁶⁸. Ello se ha considerado como un aval suficiente, ya que “permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia”⁶⁹.

En estos fallos, cuando la otra parte ha presentado estudios de algunos investigadores que refutarían esta tesis, los jueces han considerado que los “estudios de dos Doctores en Ciencias Químicas” no constituyen “informes oficiales avalados por las autoridades sanitarias”⁷⁰.

El hecho de que “en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid” y que “las autoridades sanitarias españolas son las que facilitan y proporcional (sic) la misma” también es argumentado para afirmar que “vacunar a la menor no va contra su interés”⁷¹.

C) Solidaridad social.

Los órganos judiciales han puesto de manifiesto que no se trata únicamente de resultar su administración beneficiosa para el propio menor, sino que también lo es “para toda la sociedad en evitación de futuros contagios”, ya que proporciona beneficios respecto a “la aparición de brotes en los centros educativos”⁷².

67 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 5°).

68 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2°).

69 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3°). En términos muy similares, AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2°).

70 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2°).

71 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

72 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2°).

En otro pronunciamiento, también se argumenta que “es un hecho notorio que los menores sí se infectan y no son inmunes, y que a la vez se contagian entre ellos como ocurre con los colegios o agrupaciones similares de menores, y que aun teniendo menor carga viral que un adulto, pueden contagiar a los mismos”⁷³.

Por este motivo, la vacunación de los niños debe balancearse “buscando contribuir al control de la infección de la comunidad”⁷⁴. Conforme a este pronunciamiento, esta vacunación sirve “como protección no solo individual, sino, también, de las personas vulnerables del entorno de los niños”. En otro auto, se concretiza el caso particular del eventual contagio del menor, y el efecto de un mayor riesgo para su madre, sus abuelos maternos e incluso abuela paterna. De modo que, “llegado el caso y si la menor contagia a todos sus cuidadores la misma quedará sin asistencia, y por tanto esta medida se adopta en su interés”⁷⁵.

D) El eventual riesgo de la administración de la vacuna es menor que los beneficios que reporta.

Los juzgados que fallan en favor de la vacunación no tienen dudas en afirmar que “los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento”⁷⁶. Además, el mismo fallo establece que “en el momento actual parece la única alternativa eficaz frente al riesgo real de desarrollar la enfermedad”. “Y tampoco se acredita que las personas vacunadas desarrollen otros efectos perjudiciales para su salud en estos momentos”, es afirmado en otro auto, que enuncia que “no hay estudios que consideren que a los menores les causa un mayor perjuicio la vacuna, que de no vacunarse, para su salud”⁷⁷. Además, también se argumenta que el “sistema español de farmacovigilancia de medicamentos de uso humano coordinado por la citada Agencia Española cuenta con un plan específico para analizar eventuales acontecimientos adversos que sean comunicados”⁷⁸.

En algún pronunciamiento se ha reconocido que “es cierto que en jóvenes y adolescentes se ha notificado con mayor frecuencia casos de miocarditis y pericarditis asociados a la vacunación”, no obstante, tras realizar el correspondiente balance riesgo/beneficio, éste “es claramente favorable a la vacunación”⁷⁹. Todos estos efectos además “han sido ponderados por las diferentes autoridades

73 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

74 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 5°).

75 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

76 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3°).

77 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

78 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4°).

79 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2°).

europeas y en particular españolas y aun así han recomendado la vacunación en menores de esa edad⁸⁰.

También en el supuesto en el que un padre solicitaba retrasar la decisión de vacunar a la hija menor por un periodo de cinco meses, el pronunciamiento estima que “el riesgo de no vacunarse es, como mínimo, tan alto como la vacunación, sin que existan datos para creer que esperar unos meses pueda servir para despejar las dudas actuales; antes al contrario: puede provocar que la menor permanezca indefensa ante un posible contagio o contagio a terceros”⁸¹.

Es interesante también conocer otra justificación que se ofrece para avalar la inyección en el menor, que guarda relación con el desconocimiento “(d)el futuro de los menores infectados que no se han vacunado aun cuando no hubieran desarrollado de manera inmediata los síntomas de un adulto, pero que pudiera afectar a otros organismos”⁸².

En este apartado, resulta relevante destacar que también se ha atendido al estado de salud que tenía el menor de edad. Por ello, en los autos judiciales observamos que éste se ha constatado por medio de informes médicos, evidenciando que no constaban “alergias conocidas ni patología médica activa que pueda resultar incompatible con la vacuna contra el SARS-Cov-19”⁸³. Esta preocupación se fundamenta en que su administración “estaría contraindicada en personas con antecedentes de reacciones alérgicas graves”, pero “no es el caso del menor en el supuesto de autos”, reza otro auto⁸⁴.

E) Perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa.

Es cierto que este último argumento ha tenido menor repercusión en los pronunciamientos judiciales analizados. No obstante, en alguno de ellos se ha enunciado que “el principal beneficio indirecto de la vacunación es que les permite recuperar su vida social y de relación imprescindible para su buen desarrollo emocional”⁸⁵. Alude este mismo auto al incremento que ha habido de síntomas de depresión y ansiedad durante la pandemia, además de otros factores que han afectado como el aislamiento físico, la alta dependencia de las redes sociales para mantener las relaciones, carencias socioeconómicas, falta de ejercicio físico y la “persistente exposición a los medios de comunicación”. Todo ello lleva al juzgado a considerar que “la vacunación constituiría un beneficio personalizado”.

80 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4º).

81 AJPI Torremolinos 534/2021, de 14 diciembre 2021 (FJ 3º).

82 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4º).

83 AJPI Vigo 624/2021, de 15 noviembre 2021 (FJ 3º).

84 AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022 (FJ 2º).

85 AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021 (FJ 4º).

En otro auto, también vemos la relación de la falta de suministración de la dosis con la interferencia que puede tener en su vida educativa. Así, se expresa: “Lo mismo acontece con su formación académica, la cual puede tener un retroceso, si ante la falta de vacunación a menores, se debe suspender las clases presenciales”⁸⁶.

4. Argumentos en contra de la vacunación infantil.

A) *Incidencia COVID-19 en menores de edad.*

Una de las primeras cuestiones que suele analizarse y tomar como argumento es que los menores de edad “apenas sufren las consecuencias del COVID, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%) de los menores de 19 años”⁸⁷.

Además, se ha afirmado que en los niños estos casos graves “suele estar asociado a la preexistencia de una patología previa, presentando mayoritariamente un cuadro clínico mucho más leve que en adultos, desarrollando el 99,7% de los casos un cuadro leve, siendo la mitad asintomáticos, únicamente el 0,21% de los casos precisó hospitalización y el 0,016% ingreso en UCI pediátrica, de los ingresados más del 50% tenían patología previa”⁸⁸.

Por ello, se ha sostenido que “se podría recomendar la vacunación en niños que formen parte de los grupos de riesgo (trasplantados, inmunodeprimidos, etc.) pero en niños sanos la relación riesgo/beneficio no está clara”⁸⁹, ya que “entre los menores de 12 años, y sin patologías previas, la enfermedad apenas tiene incidencia en su salud”⁹⁰.

Ello llevaría a algunos juzgados a afirmar que “se deduce que la vacuna no evita la transmisión de la infección sino la gravedad de sus efectos y, en niños, el riesgo de desarrollar complicaciones graves por contraer la enfermedad es muy baja”⁹¹.

B) *Efectos adversos a largo plazo desconocidos.*

También se plantea en estos pronunciamientos judiciales el hecho de que se desconocen por el momento los efectos secundarios que pudiera tener la vacuna a largo plazo. Algún auto manifiesta que “los riesgos y efectos adversos de la vacuna covid, al igual que los de cualquier medicamento, fármaco o vacuna, pueden

86 AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022 (FJ 4°).

87 AJPII Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1°).

88 AJPII Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

89 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2°).

90 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2°).

91 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2°).

aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación y que el hecho de que aparezcan tardíamente no significa que vayan a tratarse de efectos o secuelas leves, ya que nada obsta para que se trate de dolencias de gravedad”⁹².

Otro pronunciamiento judicial reconoce que los estudios se han realizado “a marchas forzadas, no teniendo una perspectiva temporal suficiente para conocerlo en profundidad, lo que cabe extender a las vacunas que se han ido desarrollando que, si bien han dado signos de ser efectivas, se han elaborado de forma urgente y rápida, acortando los plazos que se suele exigir para la aprobación de este tipo de fármacos, por lo que tampoco se dispone de un conocimiento exacto de los efectos que dichas vacunas pueden producir”⁹³.

En otros, se menciona este desconocimiento respecto a los efectos a largo plazo, además de los efectos que conocen por los informes oficiales: “los efectos adversos de las vacunas para Covid-19 en son aún incompletos (faltan los efectos a largo plazo), pero por ahora (último informe con fecha 19/1/22) se han notificado en España alrededor de 11.000 casos adversos graves y 375 muertes sobre un total de 40 .683.950 vacunados”⁹⁴.

Esta cuestión de los efectos adversos ha sido puesta de manifiesto en el sentido de que “no podemos obviar la abundante jurisprudencia existente acerca de condenas ya a farmacéuticas, ya a Administraciones Públicas por los efectos adversos de vacunas o medicamentos que han aparecido tiempo después de su ingesta o inoculación o que años después se ha determinado su relación de causalidad con el fármaco ingerido años atrás”⁹⁵.

C) *Escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y autorización de “emergencia”.*

Por otro lado, ha sido argumentado por médicos forenses adscritos a los correspondientes juzgados que “las vacunas en comercio contra la Covid-19 son experimentales y se encuentran en fase IV (fase de notificación, recogida y evaluación de los efectos adversos”⁹⁶. Por ello, se ha dicho que “ninguna de ellas cuenta con una autorización de vacuna que ha finalizado sus ensayos clínicos”, sino que “la Comisión Europea por previa recomendación de la EMA (Agencia Europea de Medicamento) ha concedido una autorización condicional de comercialización de emergencia a varias empresas o entidades farmacéuticas, por lo que Europa y por tanto, España disponen de ella”⁹⁷.

92 AJPII N°1 de Montilla y Juzgado de Violencia sobre la Mujer 81/2022, de 10 octubre 2022 (FJ 3°).

93 AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

94 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2°).

95 AJPII Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1°).

96 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2°).

97 AJPI Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1°).

En algún pronunciamiento judicial se recoge el contenido mismo de “la ficha técnica del medicamento Comirnaty (Pfizer-BioNtech)” señalando que “la eficacia y seguridad de la vacuna no se podrá confirmar hasta diciembre de 2023”⁹⁸. En este auto se recogen distintos informes aportados por las partes y que proceden de distintos órganos oficiales y asociaciones de profesionales médicos, como el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría⁹⁹ o el Comité Conjunto de Vacunación e Inmunización británico¹⁰⁰, entre otros¹⁰¹.

D) *Improcedente solidaridad.*

Este argumento se opone frontalmente a lo que argumentan los autos judiciales que fallan en favor del progenitor que desea administrar la dosis al menor. En este sentido, se argumenta que proceder a la vacunación infantil “cuando el covid apenas tiene incidencia entre ellos, bajo el pretexto de que así protegen a sus abuelos, sería éticamente dudoso, máxime cuando hay mecanismos que se han revelado eficaces para evitar la propagación del virus tales como mascarillas u otras precauciones”¹⁰².

Además, en otro se arguye que “una inmunización completa no excluye la capacidad de contagio, ni de transmisión del virus a personas con patologías o de edad avanzada, por lo que el debate entre el interés del bien común por encima del interés individual ya no es discutible”¹⁰³.

E) *Cuestionamiento eficacia para frenar contagios.*

En otras ocasiones se plantea la propia eficacia para frenar contagios que tiene la vacuna. Así, se recoge en algún auto lo manifestado por el médico forense relativo a que “los datos epidemiológicos actuales confirman que la vacuna no

98 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º). En el mismo se reproduce: “Para confirmar la eficacia y seguridad de Comirnaty, el TAC deberá enviar el informe del estudio clínico final para el estudio aleatorizado, controlado con placebo y con enmascaramiento para el observador C4591001”. Fecha límite: diciembre 2023”.

99 El mismo reconocería: “Se espera que en los próximos meses se pueda disponer de estudios específicos en población infantil, lo que permitirá establecer si el perfil de seguridad en adolescentes y niños es diferente al de la población adulta”.

100 Se recoge que dicho Comité indica que, pese a que “los beneficios de la vacunación son marginalmente mayores que los posibles daños conocidos”, existe “una incertidumbre considerable con respecto a la magnitud de los daños potenciales”.

101 Este auto es uno de los pronunciamientos judiciales que contiene más informes, datos de evolución y decisiones en otros Estados. Así, puede verse también evidencias de la Alta Autoridad Sanitaria francesa (HAS) (Haute Autorité de Santé - Covid-19: la HAS précise la place de Spikevax® dans la stratégie vaccinale (has-sante.fr); un estudio europeo (Questions and answers on COVID-19_ Children aged 1 – 18 years and the role of school settings); otro de la Universidad de Columbia, denominado Vacunación COVID y riesgo de mortalidad por todas las causas estratificado por edad, realizado por Spiro Pantazatos y Herve Seligmann; por citar algunos.

102 AJPI Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021 (FJ 1º). Añade el Juzgado que “en los casi dos años que llevamos de pandemia (uno de años sin autorización alguna para comercializar vacunas) no consta que XXXXXXXXX hubiere contraído el virus ni que lo hubiere contagiado a nadie”.

103 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

ha influido significativamente en la vehiculación del virus, es más los contagios notificados desde que comenzó la campaña de vacunación se han incrementado respecto a los contagios en época pre- vacunación, no obstante más del 80% de la población española resulte inmunizada¹⁰⁴. Por tanto, el juez argumenta que “ninguna de las vacunas que se suministran en España en la actualidad inmuniza frente al virus, ninguna evita el contagio ni impide la transmisión. De forma que, difícilmente se van a beneficiar los no vacunados de una inmunidad que no se da por el hecho de que los demás se vacunen¹⁰⁵.”

Se argumenta que “es un colectivo que incide poco en el contagio comunitario¹⁰⁶. Y ello se fundamenta en que “en la transmisión niño-adulto parece que los niños no son casi nunca los transmisores primarios a los adultos¹⁰⁷. Esto explicaría que “hasta ahora, los niños no han sido el grupo que más ha influido en el comportamiento comunitario de la infección por SARS-CoV-2¹⁰⁸. Y se llega a comparar con otras enfermedades: “se dice que la transmisión niño-niño es menos eficiente para SARS-Cov-2 que para la gripe¹⁰⁹.”

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Tras haber analizado el estado de la cuestión, es momento de aportar algunas notas conclusivas acerca de la temática abordada.

En efecto, es indiscutible que España se ha salvado de las controversias jurídicas que se hubieran derivado ante un escenario de imposición de la vacunación obligatoria. Como hemos visto, países de nuestro entorno han gestionado la situación de un modo diverso, recurriendo a la coerción, aunque no siempre llegándose a aplicar en la práctica¹¹⁰.

Esta no obligatoriedad no ha traído consigo una ausencia de conflictos, sino que éstos simplemente se han desplazado del Derecho público al Derecho privado. De este modo, la acción de vacunar no ha sido configurada como un deber legal, sino como un deber moral. Y, en el ámbito de los menores de edad, en esta decisión los progenitores indudablemente ocupan una relevancia innegable.

104 AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022 (FJ 2º).

105 El juez se apoya en los datos que aporta el médico forense, que proceden de fuentes oficiales: “De hecho, conforme al informe de Don Sergio Pérez Olivera, fechado en octubre de 2021, si comparamos los datos de España de hace un año con los actuales: la Incidencia Acumulada, era 8 veces menor que la actual; los fallecidos Covid eran 15 veces menos; el número de ingresos hospitalarios era 9 veces inferior y el número de ingresados UCI estaba 14 veces por debajo”.

106 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º).

107 AJPII Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

108 AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022 (FJ 2º).

109 AJPII Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022 (FJ Único).

110 Hemos visto el caso de Austria, que aprobó una norma que preveía la obligatoriedad para cualquier ciudadano mayor de 18 años, pero que después suspendía sus efectos y, en un momento posterior, la derogaba por completo.

La controversia surge cuando los planteamientos de los padres no son homogéneos en esta cuestión. Nace, pues, una discrepancia entre los titulares de la patria potestad, que deben tomar una decisión, bien afirmativa o negativa, respecto a la administración de este medicamento especial. La solución que ofrece el legislador en estas situaciones es acudir a la vía judicial, por medio de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Resulta innegable la inconveniencia que genera judicializar una decisión de esta naturaleza. Pero, en muchas ocasiones, se tiene la percepción de que no existe alternativa a ello. En esa situación, lo que realiza el juez no es sustituir la capacidad de decisión de los padres, esto es, tomar la decisión por ellos. Más bien, concede la facultad de decisión a uno de ellos, respecto a un ámbito determinado.

Si en el pasado contábamos con un consenso jurisprudencial relativo a los asuntos de vacunación infantil, esta unidad en la interpretación de esta cuestión se ha visto afectada por la situación provocada por la pandemia global.

Hasta ese momento, los distintos fallos habían acabado inclinándose del lado de la inoculación de la correspondiente vacuna, considerando que los posibles efectos adversos que pudiera tener su administración no revestían la suficiente entidad para poder obviar los beneficios que reportaba la misma. Es innegable que el común denominador de todas ellas era que se trataba de una enfermedad de la que se tenía bastante conocimiento y, sobre todo, de una vacuna de la cual existía una dilatada experiencia y estudio respecto a sus efectos, beneficios y riesgos.

No obstante, es inevitable hacer mención que, en la vacuna que nos ocupa en esta ocasión, en cambio, este recorrido es distinto – por razones obvias de plazos de tiempo –. Ello ha hecho que en muchas ocasiones, el padre o la madre haya mostrado reticencias a la hora de decidir si administrar la dosis al hijo.

Ante esa negativa, se han tenido que analizar los motivos que estaban detrás de ésta. En alguna ocasión, en concreto, el AJPI N.º 51 de Barcelona 28 julio 2021, el progenitor que rechazaba la inoculación realizaba un cambio de posicionamiento respecto al resto de vacunas previstas en el calendario de vacunación, pese a que con anterioridad no había mostrado ninguna reticencia a ello. Es evidente que en este supuesto nos hallamos ante un escenario distinto, pues supone un cambio de criterio repentino respecto a aquello que se había mantenido hasta el momento.

En el resto de ocasiones, en cambio, esta negativa se ha limitado a la vacuna contra SARS-CoV-2. En estos casos, a veces ha existido una mayor argumentación y fundamentación por parte de las partes, mientras que en otros, ha brillado por su ausencia. En esta fundamentación, en muchas ocasiones se aportaron pruebas que evidenciaban los argumentos esgrimidos de las partes. Pues bien, los jueces

han debido entrar en estos documentos e informes para tratar de dilucidar qué era lo mejor para el menor de edad en cuestión, siendo en muchas ocasiones recabado el informe de un médico forense con el fin de ayudar a esclarecer la cuestión científica que estaba detrás del asunto.

Como es de sobra conocido, en cualquier situación sanitaria, una de las máximas aplicables es la ponderación entre riesgos y beneficios y, como hemos visto, de los pronunciamientos no se deduce unanimidad al respecto. Más bien, existe una ausencia de consenso acerca de si los beneficios que reporta la administración de la misma superan los riesgos que comporta. Como en algún pronunciamiento se ha puesto de manifiesto, incluso los propios expertos en la materia van conociendo nuevos efectos, beneficios y riesgos con el paso del tiempo y tras conocer resultados de nuevas investigaciones.

No podemos concluir que la vacuna sea un instrumento más perjudicial que beneficioso para el colectivo de menores de edad. Pero tampoco lo contrario.

No podemos extraer que la facultad de decisión debe corresponder al progenitor que se opone a la inoculación. Pero tampoco lo contrario.

Somos conscientes de no estar descubriendo la pólvora en estas líneas. Tampoco se puede esperar que se haga, cuando la propia jurisprudencia no lo ha hecho tampoco hasta la fecha. Pero, precisamente por ello, conviene poner de manifiesto la particularidad de la situación actual y las consecuencias que conlleva en esta temática. Y comprendemos con ello que muchos tribunales hayan decidido aplicar el principio de la prudencia, para preservar el interés superior del menor ante la discrepancia que existía entre sus progenitores.

Por este motivo, los órganos judiciales han atendido no en pocas ocasiones a la fundamentación razonada que realizaban las partes. Para ello, han debido dejar a un lado las etiquetas que podían tener unos u otros. Y han decidido en unos casos en un sentido, y en otros, en el opuesto. Por tanto, han prestado más atención al objeto que al sujeto, que no es otro que el interés superior del menor.

Es evidente que en los próximos años la cuestión avanzará hacia una dirección u otra. El escenario será bien distinto al presente en la actualidad. En ese caso, la respuesta por parte de los órganos judiciales es posible que se aproxime en mayor medida a la que se ofrece en relación con el resto de vacunas que hoy se administran a los menores de edad. Ello irá acompañado de la evolución que vaya experimentando también esta vacuna, en dirección hacia una situación que resulte más homologable al resto. Hasta entonces, el debate en los órganos judiciales está servido.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, mayo 2020, núm. 12 bis, pp. 118-125.

BELLVER CAPELLA, V.: "Vacunas", *Revista ROL Enfermería*, 2015, núm. 38 (10), pp. 658-667.

BUENO BIOT, Á.: "La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos", *Actualidad Civil*, marzo 2022, núm. 3, pp. 1-29.

GARCÍA RUIZ, Y.: "¿Vacunas obligatorias de menores contra la voluntad de los padres?", *HUMANITAS Humanidades Médicas*, Enero 2009, núm. 35, pp. 1-23.

GARCÍA RUIZ, Y., "Salud pública y multiculturalidad: inmunización poblacional y seguridad alimentaria", *AFDUAM*, 2014, núm. 18, pp. 269-289.

GARCÍA RUIZ, Y.: "Libertad vs. solidaridad: ¿de la vacunación voluntaria a la vacunación obligatoria en Europa tras la pandemia del COVID-19?", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2022, núm. 21, pp. 121-138.

GIL MEMBRADO, C.: "Autonomía, capacidad y jueces que vacunan en tiempo de pandemia", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2021, núm. 18-19, pp. 37-56.

MESEGUER VELASCO, S.: "Libertad religiosa, salud pública y vacunación Covid-19", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2021, núm. 56, pp. 1-36.

MESEGUER VELASCO, S.: "Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 2022, núm. 1, pp. 100-132.

MILANI, D.: "Vaccinazioni e bene comune: la prospettiva ecclesiasticistica", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, agosto 2022, Fascicolo 2, pp. 362-370.

MORENO SOLER, V.: "La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2022, núm. 16, pp. 176-203.

RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.^a.: "Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp.142-162.

ROVIRA, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.

SANTOS MORÓN, M.^a J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.