

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, Auto 125/2019 de 22 Jul. 2019, Rec. 321/2019

Ponente: Míguez Tabares, Eugenio Francisco.

Nº de Auto: 125/2019

Nº de Recurso: 321/2019

Jurisdicción: CIVIL

Cabecera

JURISDICCION VOLUNTARIA.

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000321/2019

AUTO Nº125/19

TRIBUNAL QUE LO DICTA

MAGISTRADOS:

D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO

D. JULIO C. PICATOSTE BOBILLO

D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS

En VIGO, a veintidós de julio de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de JURISDICCION VOLUNTARIA 0000322/2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA NÚM. 5 DE VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000321/2019, en los que aparece como parte apelante, Delia, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARÍA AUXILIADORA RUIZ SÁNCHEZ, asistida por la Abogada Dª. EVA MARÍA PÉREZ VICENTE, y como parte apelada, Darío representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARÍA TAMARA UCHA GROBA, asistida por el Abogado D. GUILLERMO PRESA SUÁREZ. Interviene el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo, con fecha 20 de noviembre de 2018, se dictó auto cuya parte dispositiva expresa:

#### "PARTE DISPOSITIVA

Se atribuye a D. Darío la facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos, Mario y Pablo conforme al Programa y calendario gallego de vacunación infantil, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el futuro si las actuales circunstancias cambiaran.

Se declara finalizado el presente procedimiento, ARCHIVÁNDOSE las actuaciones previas las anotaciones en los Libros de registro correspondientes.

No se efectúa un especial pronunciamiento en materia de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARÍA AUXILIADORA RUIZ SÁNCHEZ, en nombre y representación de Delia se formalizó recurso de apelación, que fue admitido a trámite, oponiéndose de contrario la parte apelada D. Darío y el MINISTERIO FISCAL.

Elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, para su resolución se abrió el oportuno rollo bajo el núm. 321/2019, siguiendo el recurso los trámites de rigor y señalándose para su deliberación y fallo el día 18 de julio de 2019.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el auto recurrido se declara que se atribuye al padre don Darío la facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos Mario y Pablo conforme al Programa y calendario gallego de vacunación infantil.

Por doña Delia se recurre dicha resolución alegando que no se ha tenido en cuenta el interés superior de los menores, que ambos progenitores adoptaron de mutuo acuerdo la decisión de no vacunar a sus hijos y que la vacunación en España es voluntaria.

SEGUNDO.- En el presente caso nos encontramos ante una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" o interés superior del hijo, por lo que los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro. Así el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor declara que "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. 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".

Tal y como se afirma en la STS de 10 de febrero de 2012 "La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor".

La STS de 20 de julio de 2015 declara de forma pormenorizada que: "La Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre , ... Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor.

Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148. 20º de la CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada

caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (sentencia 21 de febrero de 2011, Rº. 1186/2008).

Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

Hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio (STC 10 diciembre 1984)".

Se trata pues en el presente caso de valorar qué puede resultar más beneficioso para los menores

TERCERO.- No se discute el derecho de los progenitores a defender las creencias que estimen oportunas o el sistema de educación y vida de sus hijos que consideren más adecuado, pero siempre que no resulta perjudicial para los mismos. En el tema de la vacunación de los menores nos encontramos ante una cuestión que está resultando controvertida últimamente. Ciertamente en España no existe la obligación de vacunar, sí hay un calendario de vacunación que puede variar de una comunidad autónoma a otra y que es una simple recomendación, por lo que la decisión final sobre si vacunar o no a los hijos corresponde a sus padres, pero en este caso se plantea la discrepancia sobre esta cuestión entre ambos progenitores aun cuando inicialmente la misma pudiera no haber existido- lo que lleva al planteamiento del presente procedimiento judicial.

Evidentemente no puede quedar al arbitrio de uno de los progenitores decidir si desea vacunar a los hijos y en qué momento. La facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos otorgada al señor Darío está condicionada a que la misma se realice conforme al Programa y calendario gallego de vacunación infantil.

En materia de vacunación la OMS -según se plasma en el apartado "Preguntas y respuestas sobre inmunización y seguridad de las vacunas" de su página web- declara que "Las vacunas son seguras. Todas las vacunas aprobadas son sometidas a pruebas rigurosas a lo largo de las diferentes fases de los ensayos clínicos, y siguen siendo evaluadas regularmente una vez comercializadas. Los científicos también siguen constantemente la información procedente de diferentes fuentes en busca de indicios de que una vacuna pueda tener efectos adversos. La mayoría de las reacciones a las vacunas son leves y temporales, tales como el dolor en el lugar de inyección o la febrícula. Los raros efectos colaterales graves notificados son investigados inmediatamente". Se afirma también que "Es mucho más fácil padecer lesiones graves por una enfermedad prevenible mediante vacunación que por una vacuna".

De hecho la OMS publica una serie de documentos de posición en los que hace recomendaciones mundiales sobre las vacunas y la inmunización contra enfermedades que tienen repercusiones internacionales en la salud pública. Estos documentos siguen las recomendaciones del Grupo de Expertos de la OMS en Asesoramiento Estratégico (SAGE) en materia de inmunización.

En materia de Inmunización, Vacunas y Productos Biológicos la OMS aprobó un Plan de acción mundial sobre vacunas 2011- 2020. El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es un marco que ha sido aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la visión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se señala en el plan que la misión indicada en el GVAP es sencilla: Mejorar la salud mediante la ampliación más allá de 2020 de todos los beneficios de la inmunización a todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, quiénes son o dónde viven. La OMS llega a dicha conclusión al declarar que "Hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas".

Lo expresado lleva a enunciar que no solo no se ha acreditado desde el punto de vista médico que las vacunas causen perjuicio para la salud, sino que, por el contrario, la mayoría de los estudios científicos sobre la materia llevan a concluir que los beneficios de las vacunas son innegables tanto a nivel individual como poblacional, por lo que debemos concluir que el acuerdo adoptado en la instancia toma en consideración el superior interés de los menores, lo que nos lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar dicha resolución.

CUARTO.- Pese a desestimarse el recurso, al tratarse de una cuestión controvertida no procede hacer especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

#### PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Auxiliadora Ruiz Sánchez, en nombre y representación de doña Delia contra el auto de fecha 20 de noviembre de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo, confirmamos el mismo, sin que proceda hacer especial imposición en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno al no tratarse de sentencia y no encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 477 LEC.