

## **Discrepancia de los progenitores acerca de la necesidad y conveniencia de vacunar a su hija menor contra la COVID-19 (STC 148/2023, 6 de noviembre de 2023)**

Vicente Lomas Hernández

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)

**Diario LA LEY**, Nº 10425, Sección Comentarios de jurisprudencia, 15 de Enero de 2024, **LA LEY**

### ÍNDICE

Discrepancia de los progenitores acerca de la necesidad y conveniencia de vacunar a su hija menor contra la COVID-19 (STC 148/2023, 6 de noviembre de 2023)

I. Consideraciones generales

II. Aplicación al caso concreto

1. Ausencia de consentimiento informado por parte de la menor
2. Omisión del trámite de audiencia a la menor
3. Omisión de información previa a la prestación del consentimiento
4. Ausencia de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la necesidad y beneficios de la vacunación de la menor

Normativa comentada

LO 1/1996 de 15 Ene. (protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC)

TITULO I. De los derechos y deberes de los menores

CAPITULO PRIMERO. Ámbito e interés superior del menor

Artículo 2. Interés superior del menor.

L 41/2002 de 14 Nov. (autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)

CAPÍTULO IV. El respeto de la autonomía del paciente

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

Jurisprudencia comentada

TC, Pleno, S 38/2023, 20 Abr. 2023 (Rec. 3214/2022)

Comentarios

Resumen

Análisis de la reciente STC 38/2023, de 20 de abril, sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales, favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, contraria a la medida planteada, se realizasen las gestiones necesarias para la vacunación de la hija común de ambos de once años, contra la covid-19

La STC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales, auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, y el posterior auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimatorio del recurso de apelación, favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, contraria a la medida planteada, se realizasen las gestiones necesarias para la vacunación de la hija común de ambos de once años, contra la covid-19.

La demanda de amparo afirma que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la hija por dos motivos:

- a)** Los órganos judiciales autorizaron su vacunación contra la covid-19 sin haber obtenido previamente el consentimiento informado de los progenitores y de la propia menor, por escrito y con todas las garantías exigidas por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LA LEY 1580/2002) (LAP);
- b)** Los órganos judiciales no han justificado la necesidad de la vacuna, ni los beneficios directos que habría de reportar a la menor en el sentido expresado por el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

## I. Consideraciones generales

Previamente al estudio del caso el TC, a partir de su reciente STC 38/2023, de 20 de abril (LA LEY 72597/2023), FJ 4b), en la que se analizó por vez primera la incidencia de la vacunación sobre el derecho fundamental a la integridad física, si bien referido a una persona con discapacidad, hace un recorrido sobre la normativa aplicable en este tipo de situaciones.

Conforme a dicha doctrina, «la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Cuando falte ese consentimiento o no pueda obtenerse por el motivo que sea, la constitucionalidad de la

administración de la vacuna queda supeditada al cumplimiento de los siguientes: (i) que la medida o actuación limitativa del derecho fundamental de que se trate esté prevista por la ley (habilitación legal), con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias; (ii) que sea autorizada por resolución judicial que contenga una motivación reforzada relativa a la legitimidad constitucional de la medida autorizada; (iii) que esté dirigida al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo; y (iv) que respete el principio de proporcionalidad, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.»

**La habilitación legal** en este tipo de casos se encuentra en la LAP que, para el supuesto de personas menores de edad, articula la fórmula del «consentimiento por representación», que se atribuye a los representantes legales de la persona menor, siempre y cuando esta «no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención» y después de haber escuchado su opinión.

La lectura art. 9.3, letra c) de la LAP parte de la premisa de que la minoría de edad no implica per se la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni autoriza el recurso automático al consentimiento por representación —otorgado por los representantes legales de la persona menor o, en caso de desacuerdo, por la autoridad judicial—.

No obstante, el TC matiza al afirmar que tanto: i) la capacidad general de autodeterminación de las personas que todavía no hayan alcanzado la mayoría de edad en relación con las actuaciones médicas que les afectan, como ii) la obligación de dar audiencia al menor de edad con edad inferior a los 12 años (art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002)), y iii) la prestación del consentimiento por representación, tienen como límite común la salvaguarda del interés superior del menor, que cabe identificar con «[l]a protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas» [art. 2.2, letra a) de la Ley Orgánica 1/1996 (LA LEY 167/1996)].

Lo que no parece contemplar el TC en sus consideraciones generales son los distintos tramos de edad en relación con la prestación del consentimiento por parte del menor de edad, como se pondrá de manifiesto en el siguiente apartado.

## **II. Aplicación al caso concreto**

### **1. Ausencia de consentimiento informado por parte de la menor**

En el presente caso el TC interpreta que sí procedía la prestación del consentimiento por representación, pues:

**a)** No consta informe profesional ni datos que permitan afirmar que la menor contaba con la madurez a que se refiere el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002), a efectos de responsabilizarse del acto de consentir con exclusión de sus padres.

Manifiesta el TC que «En ningún momento, a lo largo del expediente de jurisdicción voluntaria, se planteó por la recurrente en amparo la posibilidad de que la menor tuviera la capacidad emocional e intelectual necesarias para prestar el consentimiento a la vacunación por sí misma, de forma independiente. Los órganos judiciales tampoco pusieron en cuestión esta asunción de los progenitores, que no podía tacharse de injustificada dada la evidente complejidad científico-médica de la cuestión dirimida, de la que cabía inferir razonablemente que una menor, de once años, no había de contar con la capacidad intelectual ni los elementos de juicio científico-técnicos precisos para emitir un consentimiento informado por sí misma.»

A sensu contrario, es decir, si se hubiese constatado por parte de los profesionales sanitarios madurez suficiente, se podría concluir —siempre conforme al planteamiento que hace el TC en su sentencia— que la menor de once años de edad podría haber prestado por sí misma su consentimiento, sin necesidad de intervención alguna por parte de sus progenitores, afirmación ésta que no se corresponde con el marco legislativo actual.

Conforme a la vigente LAP un paciente menor de edad de 11 años — como es el caso— no podría tomar decisiones que afecten a su salud por sí mismo, siendo preciso para ello tener una edad igual o por encima del umbral de los 12 años y, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales, a saber: a) madurez suficiente, y b) que la decisión se adopte en relación con actos médicos cuya realización no comporte grave riesgo para su vida o salud.

**b)** Ambos progenitores asumieron que la menor carecía de la capacidad emocional e intelectual para que pudiera prestar el consentimiento informado por sí misma y de forma autónoma; y que, en consecuencia, habían de ser ellos, en cuanto titulares de la autoridad familiar, quienes habían de prestarlo por representación.

## 2. Omisión del trámite de audiencia a la menor

Si bien las resoluciones judiciales impugnadas fueron dictadas sin escuchar previamente a la menor afectada, esta omisión a juicio del TC no reviste trascendencia suficiente para estimar el recurso de amparo, y la anulación de las resoluciones recurridas.

El argumento empleado para ello es que la cuestión suscitada presentaba una especial complejidad técnica, «...*la decisión pasaba por efectuar una compleja ponderación de los riesgos y beneficios de la vacunación frente a la covid-19 y requería, para un adecuado análisis, de la capacidad de comprender y someter a juicio crítico documentos médico-científicos contrapuestos que, a su vez, utilizaban argumentos técnicos, propios de la medicina, la farmacología y la estadística aplicada, notablemente sofisticados e intrincados*».

### **3. Omisión de información previa a la prestación del consentimiento**

Se argumenta en la demanda de amparo que no se entregó a los progenitores un consentimiento informado por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna.

Nada de esto se correspondería con la realidad, toda vez que «del expediente judicial se desprende con total claridad que los dos progenitores de la menor contaban con tal información desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Así resulta de modo evidente del escrito de iniciación del expediente presentado por el padre de la menor, en que justifica su pretensión de vacunarla atendiendo precisamente a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención pretendida, que obviamente conoce. Del mismo modo, la madre —recurrente en amparo— se negó en su escrito de oposición a prestar dicho consentimiento, alegando una amplia variedad de argumentos basados en estudios e informes que le eran conocidos y que aportó con dicho escrito de oposición».

### **4. Ausencia de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la necesidad y beneficios de la vacunación de la menor**

Se desestima, pues «Las resoluciones judiciales impugnadas justificaron la decisión de autorizar la vacunación de la menor en la realización efectiva de su interés superior, concretado en este caso en la preservación de su salud física y mental, que, conforme a los estudios, informes y recomendaciones de los organismos oficiales autorizados en materia de vigilancia de la salud, resultaba tutelado de un modo más efectivo y eficaz mediante la inoculación de la vacuna frente a la covid-19».