

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR NO VACUNACIÓN DE SUS HIJOS MENORES: SUPUESTOS POSIBLES PARA UNA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

PARENTS' LIABILITY FOR NOT VACCINATING THEIR MINOR CHILDREN: POSSIBLE CASES FOR A COMPENSATION ACTION

Javier Barceló Doménech*

RESÚMEN: El trabajo analiza el régimen jurídico de la vacunación en España, los conflictos surgidos por el desacuerdo de los padres a la hora de decidir sobre la vacunación de sus hijos menores y la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad en caso de daño a la salud de esos hijos.

ABSTRACT: This paper contains a description of the legal regime of vaccination in Spain, the conflicts that arise between parents about the decision to vaccinate their minor children and the possibility of exercising a compensation action in case of damage to the health of those minors.

Palabras-clave: Responsabilidad civil. Relaciones familiares. Vacunación. Daños a la salud. Indemnización.

Keywords: Civil liability. Family relationships. Vaccination. Damage to health. Compensation.

TABLA DE CONTENIDO. Introducción. Un debate todavía necesario: la responsabilidad civil en las relaciones familiares. **1.** La oposición a la vacunación de los hijos. **1.1.** El conflicto en el marco del ejercicio de la patria potestad. **1.2.** Atribución a uno de los progenitores de la facultad de decidir sobre la vacunación de los hijos. **2.** Posibles escenarios de responsabilidad civil. **2.1.** El marco normativo sanitario. **2.2.** Daños a la salud de los hijos. **2.3.** Un paso más: contagio a terceros.

INTRODUCCIÓN. UN DEBATE TODAVÍA NECESARIO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

La STS de 13 de noviembre de 2018¹ no acaba con la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares; es cierto que cierra la puerta a la indemnización de uno de los supuestos más emblemáticos de los daños familiares, el de la ocultación de la paternidad, pero en absoluto impide que otros casos (graves y con distinta ponderación de los intereses en juego) de

* Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante (España). Magistrado Suplente da Audiencia Provincial de Alicante. Director da Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Alicante. E-mail: j.barcelo@ua.es / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4031-7427>.

¹ Rec. 3275/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3700).

responsabilidad civil familiar sigan existiendo²: dejando al margen dificultades prácticas (que las hay), ¿alguien duda de que un hijo puede reclamar una indemnización por los daños que le fueron causados como consecuencia del mal ejercicio de la patria potestad? Seamos más concretos y situemos ese daño en la salud del hijo y el hecho generador de la responsabilidad en una omisión o defectuoso cumplimiento del deber de cuidado (art. 154 C.c.), y se verá claramente que los argumentos legales de la STS de 13 de noviembre de 2018 no sirven para la relación entre padres e hijos. Cualquier otra interpretación desconocería la evolución de la institución de la patria potestad de las últimas décadas (que pone en un primer plano el papel de los padres en la educación y en la protección de los hijos, a la vez que amplía los derechos de estos últimos) y se asentaría en la línea histórica de la doctrina de la «inmunidad», que impedía a los hijos ejercitar acciones de responsabilidad civil contra los padres (*parental immunity*). Hoy no se sostienen en pie ninguno de los tradicionales fundamentos de la inmunidad parental (defensa de la paz familiar, interés público de evitar los conflictos domésticos y otros similares) y desde luego sería sorprendente defender el abandono de las reglas generales de la responsabilidad civil ante conductas de los padres que claramente causen daños que merezcan ser indemnizados.

El silencio del Código sobre el tema no puede ser entendido como una exclusión de las reglas de la responsabilidad civil en las relaciones entre padres e hijos. Fuera de los casos más graves tutelados por el Derecho penal, en un ámbito puramente civil, el remedio legal que representa la responsabilidad civil existe y no está expresamente prohibido, ni se encuentra impedido por otras sanciones civiles típicamente familiares (privación total o parcial de la patria potestad, incapacidad para suceder, etc.). Otra cosa, y ahí radica el problema de interpretación de las reglas generales del Código, es concretar cuál es el límite de la intervención de la responsabilidad civil en el complejo ámbito del ejercicio de la patria potestad.

Es muy discutible que la ausencia de responsabilidad civil de los padres genere más paz familiar que la aplicación del principio general del Derecho de indemnizar el daño causado sobre el que se asienta todo el sistema de la responsabilidad civil³. No es de recibo tratar de preservar la relación familiar sobre la impunidad y a costa de los más débiles, desconociendo el principio de la responsabilidad por los actos propios. Ninguna norma del Código excluye la responsabilidad civil por conductas de los padres que causen daños a los hijos, por lo que hay un campo abierto, distinto del que representa la tutela penal, en el que puede existir responsabilidad (simplemente civil) por falta de cumplimiento de los deberes de la patria potestad, supuesto dentro del cual podría encajar el descuido de la salud de los hijos.

² La propia sentencia dice que el hecho de que no se indemnicen conductas como la ocultación de paternidad «no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el del Código civil ni, por supuesto deja de sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales». Hay que trazar una diferencia clara entre el caso enjuiciado y otros: al respecto, MARTÍN CASALS, M. / RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», *CCJC*, núm. 110, mayo-agosto 2019, pág. 258.

³ *Vid.*, recientemente, DE OLIVEIRA, G., «Responsabilidade civil dos pais perante os filhos», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, nº 35, 2021, pág. 9.

Por otra parte, el argumento de la defensa de la paz familiar choca con la realidad de las cosas, que nos hace ver que normalmente se desencadenará el litigio ante casos graves y en el seno de una familia que ya no convive, siendo ambas circunstancias las que llevarían al hijo o a su representante a promover una acción de responsabilidad. En cambio, si el daño no es grave y la familia convive y tiene expectativas de futuro, no parece que pueda la situación dar lugar a una demanda de responsabilidad civil.

En conclusión: el sistema de responsabilidad civil no puede cerrar la puerta a la responsabilidad civil de los padres que causaron daños a la salud de sus hijos. El cumplimiento del deber de cuidado de la salud de los hijos corresponde a un imperativo claro (art. 39.3 CE, en la perspectiva constitucional; art. 154 C.c., en el desarrollo por la legislación civil), siendo desde luego posible la intervención de la responsabilidad civil si se dan sus presupuestos de aplicación. Aunque no se diga expresamente, resulta obvio que el deber de velar de los hijos, que forma parte del contenido de la responsabilidad parental (expresión que utiliza el art. 154 C.c. y está reconocida internacionalmente), como deber genérico de cuidado de los padres, engloba el específico deber de cuidar la salud de los hijos.

Es el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil el que nos va a plantear problemas importantes de interpretación. Entre otros, si debemos exigir un determinado grado de diligencia para hacer responsables a los padres. En esta materia de la responsabilidad civil familiar, se ha defendido, con variedad de argumentos, que la responsabilidad solo se dará en casos de culpa grave. A nuestro juicio, y sin perder de vista que nos movemos en un terreno delicado, este canon privilegiado de diligencia no debe ser admitido, pues una ponderación de los intereses en juego muestra que la decisión de los padres, aunque haya sido guiada por sus convicciones, se apartó claramente de la defensa de la salud de los hijos, que debían proteger y constituye la razón de sus facultades legales. No podrán los padres ampararse en sus propias creencias y convicciones, en su libertad para decidir y en el respeto a una razonable discrecionalidad en el ejercicio de las funciones de la patria potestad, para querer limitar su responsabilidad a la culpa grave. El caso de la vacunación, objeto de este trabajo, es un claro ejemplo.

Vamos, pues, a partir de ahora a desarrollar el escenario en que podría darse una eventual acción de responsabilidad por daños derivados de la no vacunación de los hijos menores. Al margen de las dificultades prácticas, lo repetimos una segunda vez, hay base teórica para acudir a las reglas de la responsabilidad civil y este es el camino que vamos a explorar. Ello exigirá referirse al marco legal de la vacunación en España y analizar, seguidamente, como interactúan las normas civiles de la patria potestad y la proyectada intervención biomédica sobre el menor. Adelantamos que el papel que puede jugar aquí la responsabilidad civil es muy limitado, porque la solución real al problema de fondo está en otros ámbitos⁴ y seguramente tienen más posibilidades

⁴ Es necesario promover un debate serio sobre el problema de salud pública que representa el rechazo a la vacunación.

de éxito las políticas públicas de apoyo y cuidado que el (limitado) remedio reparador de la responsabilidad civil⁵.

1. LA OPOSICIÓN A LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS

1.1. EL CONFLICTO EN EL MARCO DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Desde la introducción de la primera vacuna contra la viruela, siempre ha existido escepticismo y actitudes críticas contra la vacunación⁶. En las últimas décadas, antes de la pandemia actual, las causas del rechazo se vinculaban paradójicamente al aumento de la cobertura vacunal y a la reducción de la incidencia de las enfermedades infecciosas, lo que hacía que disminuyese la percepción y la conciencia pública de poder enfermar, así como al hecho de difundir, sobre todo a través de las redes sociales, los efectos adversos de las vacunas. El problema llegó a preocupar a las instituciones europeas⁷ y a las autoridades sanitarias⁸, que vieron peligrar la «inmunidad del grupo» o del también denominado «efecto rebaño» (*herd immunity*) como consecuencia de la disminución de las tasas de vacunación.

Situándonos en el ámbito concreto de este trabajo, que es el de la vacunación de los hijos menores, constatamos la gran complejidad del tema, que ya había planteado importantes problemas antes de la aparición de la crisis sanitaria del coronavirus. No se olvide que la concreta

⁵ Convendría incluso explorar otros ámbitos, como el de la tutela inhibitoria del daño, que quizás pueda tener algún desarrollo en los casos de no vacunación de los hijos. Ante la inminencia del daño que va a ser causado, podría aplicarse este instrumento preventivo, protegiendo así el derecho a la salud del menor y de la población en general. Define LLAMAS POMBO, E., «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2007, págs. 469, la tutela inhibitoria como «una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado». Más recientemente, sobre el tema, puede también verse LLAMAS POMBO, E.: *Manual de Derecho civil. Volumen VII. Derecho de daños*, dir. LLAMAS POMBO, E., Madrid, 2021, págs. 47 a 49.

⁶ Una breve información histórica puede consultarse en DUBÉ, E. / LABERGE, C. / GUAY, M. / BRADAMAT, P. / ROY, R. / BETTINGER, J., «Vaccine hesitancy: an overview», *Hum Vaccin Immunother*, 2013 (9), págs. 1763 a 1773 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3906279/>). Más recientemente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?», *Diario La Ley*, núm. 9917, 21 de septiembre de 2021, pág. 1.

⁷ Sobre la reticencia a la vacunación, como creciente inquietud en Europa y en todo el mundo, puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Intensificación de la cooperación contra las enfermedades evitables por la vacunación, 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0029>

⁸ El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es un marco que fue aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la misión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se dice en él que hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas, añadiendo (pág. 5) que «a lo largo de los últimos decenios, la inmunización ha logrado muchas cosas, incluyendo la erradicación de la viruela, un logro que ha sido llamado uno de los mayores logros de la humanidad. Las vacunas han salvado incontables vidas, han reducido la incidencia mundial de la polio en un 99% y reducido la enfermedad, discapacidad y muerte a causa de la difteria, tétanos, el sarampión, la tosferina, *Haemophilus influenzae* de tipo b y la meningitis meningocócica». El documento del GVAP 2011-2020 se encuentra disponible en https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/DoV_GVAP_2012_2020/es/

decisión que adoptan los padres es siempre vista por ellos como la mejor decisión en interés de sus hijos menores⁹. En estudios realizados antes de la pandemia del Covid-19¹⁰, se clasifican a los padres en tres grupos: vacunadores, vacunadores selectivos (también conocidos como vacunadores tardíos) y no vacunadores. Los primeros conciben la vacuna como la medida preventiva más importante y más coherente con el ejercicio de la patria potestad; los segundos consideran que proteger equivale a singularizar cada caso, conforme a las circunstancias del hijo y del contexto familiar, que habrán de ponderarse a la hora de tomar la decisión; finalmente, para los terceros, la vacuna es un riesgo y es vista como una amenaza para la salud del hijo¹¹. Curiosamente, esta clasificación, realizada desde una óptica no jurídica, permite comprender mejor los casos en los que los Tribunales españoles han resuelto el desacuerdo de los progenitores en torno a la vacunación de los hijos, a los que nos referiremos más adelante, y un dato para reflexionar es que, a pesar de las diferencias de cada grupo, todos tienen la convicción de que su decisión es la mejor para proteger a su hijo y que está guiada por los deberes de cuidado y asistencia. Otro dato, muy relevante también a nuestro juicio, es que hay dos grupos para los cuales la autonomía de los padres en las decisiones sobre la salud de los hijos, incluyendo la vacunación o el rechazo a la misma, debe ser estrictamente respetada, al considerar que el cuidado parental remite al ámbito de lo privado y no puede existir ninguna interferencia de los poderes públicos.

Evidentemente, el tema es complejo, lo repetimos una vez más, y la perspectiva cambia totalmente, si tenemos en cuenta que la oposición de los padres a la vacunación causa un conflicto que trasciende el ámbito del ejercicio de la patria potestad y entra de lleno también en el de la salud pública, que debe ser protegido como interés colectivo. Esto tiene trascendencia para los escenarios de responsabilidad civil que luego veremos (daños a los hijos, daños a terceros); aquí y ahora, lo que interesa destacar es que está en juego la protección de la salud del hijo menor, pero también evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en peligro la salud de los demás. Las vacunas son un claro ejemplo de lo que se ha llamado la doble naturaleza o dimensión de la salud pública. Al amparo de la proclamación del derecho a la salud pública, los ciudadanos son titulares de un derecho que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengan recomendadas por el calendario vacunal correspondiente y, al mismo tiempo, podría recaer sobre

⁹ Muy interesantes son las reflexiones que, al hilo de esta cuestión, se hacen por ANDRÉS LUIS, V., «Perspectiva ética de la vacunación infantil frente a la Covid-19», *Boletín de Derecho Sanitario y Bioética*, Sescam, núm. 196, diciembre, 2021, págs. 24 y ss.

¹⁰ Nos ha llamado la atención, en particular, el de COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L., «Cuidar e (não) vacinar no contexto de famílias de alta renda e escolaridade em São Paulo, SP, Brasil», *Ciênc. saúde coletiva* [online], 2015, vol.20, n.1, 2015, págs. 105 a 114.

¹¹ En el estudio de COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L., *Op.cit.*, págs. 111 y ss., se citan como argumentos de los padres no vacunadores: 1) La enfermedad está eliminada o controlada o es leve; 2) El miedo a los efectos adversos y la falta de confianza en la seguridad de las vacunas; 3) La composición de las vacunas; 4) Es más eficaz y duradera la inmunidad generada por la enfermedad que la generada por la vacuna; 5) La crítica al calendario de vacunación (edad precoz de inicio, elevado número de vacunas, etc.); 6) Condiciones socioeconómicas y estilo de vida que, si son buenos, hacen prescindibles las vacunas; 7) Ganancias e interés comercial de la industria farmacéutica. Recuérdese que el estudio es anterior a la pandemia del Covid-19.

ellos el deber legal de vacunarse en orden a evitar la propagación de una epidemia en detrimento de la salud de la colectividad¹².

Es cierto que la vacunación no es obligatoria en España y que, en coherencia con este carácter voluntario, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben recibir los niños desde su nacimiento hasta los dieciséis años, completándose dicho calendario con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias.

Sin embargo, hay determinadas situaciones (fundamentalmente, en caso de epidemias), que permiten a los poderes públicos imponer la vacunación obligatoria o forzosa¹³. Así, el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, permite declarar el estado de alarma en caso de «crisis sanitarias, tales como las epidemias...» y una vez producida esta situación establece el art. 12.1 que «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...», siendo una de las medidas posibles la vacunación obligatoria o forzosa.

En la normativa sanitaria propiamente dicha, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, parte de la regla general de la voluntariedad en la actuaciones de salud pública en el art. 5.2, pero formula como excepción lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyos arts. 2 y 3 sí darían cobertura a la obligatoriedad de vacunarse, al disponer, respectivamente, que «las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» y que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Las medidas tienen que estar fundadas, según previene el art. 1, en razones sanitarias de urgencia o necesidad.

¹² Este planteamiento de la cuestión puede verse en el documento *Comité de Bioética de España. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario* (19 de enero de 2016), pág. 12, disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

¹³ Vacunación obligatoria y vacunación forzosa no son lo mismo y conviene evitar confundirlas. Cuando se habla de vacunación obligatoria, debe entenderse que se hace referencia a un deber cuyo incumplimiento determina una consecuencia legal, ya sea una sanción económica o una limitación de un derecho; es lo que prevé la suspendida Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, de reforma de la Ley 8/2008, de 10 de julio. En cambio, cuando se habla de vacunación forzosa, el individuo que desatiende la obligación será compelido a vacunarse, recurriéndose, incluso, a la fuerza de la autoridad. Sobre este planteamiento, *vid.*, recientemente, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Vacunación de adolescentes frente a la Covid-19: nuevas vacunas, nuevos conflictos ético-legales», *Boletín de Derecho Sanitario y Bioética*, Sescam, núm. 196, diciembre, 2021, págs. 33 y 34.

En esta Ley 3/1986, basa la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía la solicitud de autorización judicial para proceder, ante la negativa de los padres y como consecuencia de un brote de sarampión, a la vacunación forzosa de 35 niños de un colegio público, con la finalidad de evitar los contagios; el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Granada autorizó la vacunación forzosa mediante Auto de 24 de noviembre de 2010¹⁴, siendo ratificada posteriormente dicha resolución por STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Andalucía de 22 de julio de 2013¹⁵.

Una vía indirecta, que resulta en la práctica bastante eficaz para lograr la vacunación infantil, es la de exigir el cumplimiento del calendario de vacunas de la Comunidad Autónoma para acceder a la guardería o a la escuela. Esta situación ha trascendido ya al plano judicial, que ha validado la decisión de la Administración de exigir como requisito la vacunación del menor al que se pretende matricular¹⁶.

Recuérdese, por otra parte, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 8 de abril de 2021 ha avalado las sanciones y restricciones de derechos derivadas del incumplimiento del deber de vacunar a los hijos. Concretamente, en el caso *Vavříčka y otros contra la República Checa*, se pronuncia sobre los menores que son expulsados o inadmitidos en un centro de educación infantil por no estar vacunados¹⁷.

1.2. ATRIBUCIÓN A UNO DE LOS PROGENITORES DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS

Al margen de los casos judiciales que hemos mencionado y que tienen su origen en la jurisdicción contencioso-administrativa, con anterioridad incluso a la pandemia del Covid-19 han sido conocidos (algunos, particularmente, muy mediáticos, como el de Vigo) los desacuerdos de los progenitores acerca de la decisión de vacunar a los hijos menores, que han sido solucionados por expedientes de jurisdicción voluntaria (arts. 85 y 86 LJV) y con la aplicación del art. 156 C.c. (o del art. 236-13 C.c. catalán)¹⁸. Se trata de familias que ya no conviven (este dato ya lo hemos

¹⁴ Rec. 918/ 2010 (ECLI: ES: JCA: 2020: 3A).

¹⁵ Rec. 667/2012 (ECLI: ES: TSJAND: 2013: 8545).

¹⁶ Al respecto, STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de marzo de 2000 [Rec. 775/1996 (ECLI:ES:TSJCAT:2000:4377)] y STSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de abril de 2002 [Rec. 79/2000 (ECLI:ES:TSJLR:2002:222)] y, tiempo después, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de Barcelona de 28 de diciembre de 2018 [Rec. 241/2018 (ECLI:ES:JCA:2018:1322)], que inadmite el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la resolución municipal que deniega tramitar la inscripción en una escuela cuna del hijo menor de la actora, que había presentado la cartilla de vacunación en blanco; para el Juzgado, no vulnera la libertad ideológica de la recurrente en cuanto no se le impone la obligación de vacunar a su hijo ni se le pregunta sobre las razones para no hacerlo, añadiendo que el respeto a esa decisión unilateral y libremente adoptada no puede prevalecer sobre el derecho a la salud del resto de niños y familias usuarias de la escuela, que se verían obligados a asumir los riesgos derivados de una opción minoritaria y desaconsejada por las Administraciones Públicas y por los colectivos médicos y científicos.

¹⁷ Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D>

¹⁸ Hay algún caso, como luego veremos, en que la cuestión se plantea por la vía de la solicitud de medidas cautelares del art. 158 C.c. Y, desde luego, nada impide que se atribuya a uno de los progenitores la facultad de decidir en el momento en que se adoptan medidas relativas al ejercicio de la patria potestad, como sucede en la SAP Murcia de 16 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APMU: 2021:2185), que atribuye al padre el ejercicio exclusivo de la patria potestad respecto a cuestiones psicológicas y médicas de la menor, incluyendo

apuntado en las observaciones iniciales del trabajo) y, ante el desacuerdo que muestran los progenitores, el Juez atribuye la facultad de decidir sobre la vacunación a uno de ellos. El art. 156 C.c., que acabamos de citar, establece en su párrafo 3º que «en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores».

Iniciamos un recorrido por una selección de casos sobre los que existe decisión judicial. Nótese que el art. 156 C.c. (al igual que el art. 236-13 C.c. catalán) no atribuye al Juez la posibilidad de tomar la decisión referente al menor, aunque lo hará de forma indirecta porque se otorgará esa posibilidad de decidir a uno de los progenitores después de haber escuchado la postura de cada uno de ellos¹⁹.

La primera referencia nos la proporciona el AAP Barcelona de 17 de octubre de 2018²⁰, que aplica el art. 236-13 C.c. catalán. Se acuerda atribuir al padre la facultad de decidir en relación a la administración de la vacuna VPH a la menor, habiéndose opuesto la madre por considerar que habían surgido casos de efectos secundarios adversos (concretamente, afirmaba la existencia de dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral). La madre centró su recurso ante la Audiencia en la infracción del derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad personal, derechos estos recogidos en los arts. 15, 17.1 y 18.1 CE, señalando también que la vacunación en España es voluntaria y que nadie puede ser obligado en principio a vacunarse. La Sala, confirmando el pronunciamiento de primera instancia, señala que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física o moral de la menor²¹, siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, «no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios».

El siguiente caso a analizar es el del AAP Pontevedra de 22 de julio de 2019²², muy conocido al haber trascendido a los medios de comunicación.

El padre había solicitado que le fuese conferida la facultad de decidir sobre la vacunación de sus hijos menores, de 7 y 11 años, conforme al programa y calendario gallego de vacunación

las afectas a las vacunaciones y alimenticias; se trataba de una unión de hecho y la madre mantenía una postura contraria al uso por su hija de mascarillas en el centro escolar y a la vacunación Covid-19.

¹⁹ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., «El procedimiento adecuado en los casos de desacuerdo de los progenitores sobre decisiones relativas a sus hijos menores: jurisdicción voluntaria, modificación de medidas y art. 158 CC», *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, dir. BANACLOCHE PALAO, J., Pamplona, 2020, pág. 403; ESTELLÉS PERALTA, P., «Resolución de los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad», *Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 19, julio 2021, pág. 15; NEVADO MONTERO, J.J., «El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos», *La Ley* 812/2021, pág. 5.

²⁰ Rec. 438/2018 (ECLI:ES:APB:2018:6504A).

²¹ Para la Sala, la administración de la vacuna «puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. La vacuna cuya administración se solicita sirve para prevenir la infección de los virus causantes del 72 por ciento de los cánceres de cuello uterino. Y si bien es cierto que no cubre frente a la totalidad de estos virus lo hace con gran eficacia frente a un cincuenta por ciento de los virus causantes de las infecciones. No puede anteponerse la incomodidad a que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no solo por prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas». Incide también el Tribunal en que esta vacunación cuenta con el aval de la Organización Mundial de Salud y en su introducción en el calendario de vacunaciones.

²² Rec. 321/2019 (ECLI:ES:APPO:2019:1118A).

infantil. En el curso de la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo, la madre afirmó no ser «antivacunas», pues admitía la conveniencia de alguna de ellas y recordó, a este respecto, haber vacunado a su hijo mayor después de un accidente, pero relató sus dudas acerca de la seguridad de las vacunas, manifestando que el padre estaba, constante matrimonio, de acuerdo con no vacunar a los hijos, habiendo posteriormente cambiado de opinión. El Juzgado, en auto de 20 de noviembre de 2018²³, consideró que las reticencias manifestadas por la madre no están avaladas por datos científicos ni objetivos y atribuye la facultad de decidir al padre, invocando el interés de los menores, al mismo tiempo que defiende el calendario de vacunación²⁴ y trae a colación el perjuicio que supondría para los menores no poder acceder a determinados centros²⁵.

La Audiencia viene a confirmar la decisión de primera instancia, con una fundamentación mucho más amplia, si bien reitera como base del fallo el superior interés de los menores. Empieza recordando la Sala que nos encontramos ante una materia en la que es criterio primordial el interés superior del hijo, debiendo indagarse lo que le resultará más beneficioso, no solo a corto plazo, sino en el futuro, con base en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y tras reconocer que la vacunación de los menores es una cuestión controvertida en los últimos tiempos y que la discrepancia entre los padres es la que lleva al presente procedimiento judicial²⁶, el Auto se ampara en los criterios de la Organización Mundial

²³ Proc. 582/2018 (La Ley 247611/2018).

²⁴ «El informe vía email del cirujano Dr. Enrique o los comentarios sobre la sentencia del TSJ de Asturias, aportados como documentos 4 y 5, no pueden desvirtuar el criterio de las autoridades sanitarias al aprobar el calendario de vacunación infantil, que efectivamente se somete a continuas modificaciones y que difiere de unas comunidades autónomas a otras, objeción también efectuada por la Sra. Luisa. Pero las variaciones en el calendario de vacunación obedecen a estudios e informes científicos que buscan una mejor protección de la población y no a meras arbitrariedades o errores», añadiendo que «como expresa la Resolución de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección Xeral de Saúde Pública: “Os calendarios de vacunación infantil son unha das medidas de probada efectividade no control das enfermidades transmisibles e os programas de vacunación, que facilitan que as vacinas se utilicen da maneira máis eficiente posible dentro de un punto poboacional, achegaron unha das principais contribucións ao benestar dos cidadáns, reduciendo a incidencia das enfermidades fronte ás cales protexen así como a mortalidades asociada a eles”».

²⁵ «... señalar que la falta de vacunación de los menores podría también ocasionar a los menores el perjuicio de que se les impide acceder a centros de enseñanza o instituciones deportivas. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 28 de marzo de 2000, sobre impugnación de la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) dejando sin efecto la matrícula de una menor en una Escola Bressol vinculada a la UAB por la negativa de los padres a que se le inoculara cualquier tipo de vacuna, entendió que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación; en igual sentido resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala Contencioso Administrativo en Sentencia de 2 de abril de 2002, sobre la impugnación de la Resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión. En ambos supuestos, si bien no se puede imponer la vacunación al menor cuyos padres no prestaron su autorización, se declaraba ajustado a Derecho no permitir la incorporación del menor no vacunado a la actividad educativa».

²⁶ «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 adecuados, 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 llega al planteamiento del presente procedimiento judicial».

de la Salud a favor de la vacunación²⁷, concluyendo que «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».

Continuamos el recorrido jurisprudencial con el AAP Barcelona de 15 de enero de 2019²⁸, en el que resulta nuevamente de aplicación el art. 236-13 C.c. catalán²⁹. Se plantea como discrepancia la vacunación de dos hijos menores conforme al calendario recomendado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y sin necesidad de someterlos a un recuento previo de antígenos. La madre alegaba que las vacunas, en cuanto portadoras de la enfermedad que dicen proteger, intoxican y pueden provocar efectos secundarios, añadiendo que el calendario de vacunación infantil no es obligatorio y pide, en base al derecho a la libertad, que solo se autoricen, previo análisis de los anticuerpos y si la analítica de recuento es negativa, la vacuna triple vírica y, a partir de los 10 años y previo recuento, las restantes.

La Audiencia entiende que hay que ponderar si hay prevalencia del derecho a la libertad de decisión sobre el derecho a la salud de los hijos y señala que la tesis de la madre no puede compartirse en su totalidad y va a ser rechazada en interés de los menores. Para la Sala «es cierto que en España las vacunas no son obligatorias pero, como norma general, cuando se introduce una vacuna en el calendario oficial infantil es porque la comunidad médica ha valorado la existencia de un problema de salud pública que exige adoptar medidas de protección» y añade que «la vacunación es un derecho sanitario básico y, aunque como todo acto médico tiene un riesgo, cumple una importante y doble función. De prevención general en la medida en que es el método más eficaz para controlar el brote de enfermedades o epidemias entre la población e incluso su erradicación, y también de prevención especial en cuanto que son mayores sus beneficios – protección de padecer graves y peligrosas enfermedades – que los riesgos, dada la baja probabilidad de efectos adversos y el hecho de que, de contraer la enfermedad, la consecuencia es muy grave e incluso puede ser letal». Estos argumentos son, a juicio de la Sala, más evidentes en el caso de la vacunación infantil, dado el estado de vulnerabilidad de los niños

²⁷ «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 la 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 enfermedad prevenible mediante vacunación que por vacuna”».

²⁸ Rec. 960/2018 (ECLI:ES:APB:2019:137A).

²⁹ La parte dispositiva del Auto del JPI autorizaba directamente la vacunación, a diferencia de los casos que hemos visto con anterioridad, y de lo que resulta del tenor literal del art. 236-13 C.c. catalán que, en puridad, lo que permite es atribuir la facultad de decidir, en caso de discrepancia, a uno de los progenitores.

cuando sufren las enfermedades. Finalmente, respecto al recuento previo, no se considera necesario, dado que expertos profesionales «han concluido que los beneficios para la población infantil conforme al calendario específico establecido por la administración son superiores a los efectos adversos de muy baja prevalencia y suficientemente controlados». Se confirma, pues, el auto apelado, «en interés de los menores y priorizando su bienestar».

A diferencia de los anteriores, la atribución de la facultad de decidir acerca de la vacunación, en el caso del AAP Zaragoza de 1 de abril de 2019³⁰, tiene origen en una solicitud de medidas cautelares del art. 158 C.c. Ante la negativa del padre, la madre solicitaba poder vacunar al hijo de siete años, conforme a las recomendaciones médicas de la pediatra y al calendario de vacunaciones de Aragón. La negativa del padre estaba basada en contraindicaciones médicas, pero las pruebas practicadas, según la Audiencia, no detectan patología alguna. Por ello, «la situación del menor ya escolarizado, sin haber sido objeto de las vacunaciones médicamente recomendadas, desde su nacimiento, entraña para el mismo y compañeros un verdadero riesgo». Se atiende, pues, a la petición de la madre.

Tiene también interés el AAP Lugo de 6 de mayo de 2021³¹. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó al padre la facultad de decidir sobre la vacunación antigripal de los dos hijos menores, pero la Audiencia estimó el recurso de la madre que no estaba de acuerdo con el carácter indefinido de tal atribución: «Por razones de cautela, y en atención al interés superior de los menores, consideramos adecuado una valoración de las circunstancias que puedan darse en cada momento, puesto que no se trata de una de las vacunas del calendario de vacunación infantil, por lo que estimamos pertinente que la facultad de decidir sobre la vacuna antigripal de los dos hijos, que se atribuye a D. Silvio, se limite a la campaña de vacunación 2020-2021».

Con la vacuna contra el Covid-19³², el debate (que, como se ha visto, ya existía) adquiere mayor actualidad y los casos que se van planteando son directamente noticia. Lógicamente, el que más difusión tiene en los medios de comunicación es el que se considera como la primera decisión sobre la administración de la vacuna Covid: el AJPI núm. 51 de Barcelona de 28 de julio de 2021³³. La madre, favorable a la vacunación, promovió expediente de jurisdicción voluntaria, solicitando, con base en el art. 236-13 C.c. catalán, que le fuese atribuida la facultad de decidir sobre tres cuestiones, que eran la de acudir al pediatra (o al facultativo de que se trate) para el tratamiento médico que los hijos necesiten; para la realización de pruebas PCR cuando los

³⁰ Rec. 57/2019 (ECLI:ES:APZ:2019:744A).

³¹ Rec. 200/2021 (ECLI:ES:APLU:2021:125A)

³² La vacunación en población infantil frente a Covid-19 entre 5 y 11 años fue acordada por la Comisión de Salud Pública en su reunión de 7 de diciembre de 2021. Puede verse en https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/COVID-19_Actualizacion10_EstrategiaVacunacion.pdf (fecha de consulta: 30 de enero de 2022).

En términos más generales, una primera reflexión sobre el Covid-19 y la vacunación puede verse en SCHAEFER, F., «Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social. A possibilidade de responsabilização em caso de recusa à imunização», en *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contractuais e extracontractuais*, coords. ROSENVALD, D. / DO RÉGO MONTEIRO FILHO, C.E. / DENSA, R. / MARTELETO GODINHO, A. / PEREIRA BONNA, A., SP, Brasil, 2020, págs. 417 y ss.; BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus», *AJI*, núm. 12 bis, mayo 2020, págs. 118 y ss.

³³ Rec. 144/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:295A).

menores tengan síntomas compatibles con el Covid-19 y/o contacto directo con algún positivo; para la administración de las vacunas previstas el calendario de vacunación, así como la del Covid-19 cuando sea indicada por las autoridades sanitarias.

Para el Juzgado, «no proporciona el padre ninguna razón motivada para oponerse a que los menores sigan siendo visitados por quien ha sido su médico pediatra, ni para que sigan el calendario de vacunación fijado por el Departament de Salut en cuanto a las vacunas pautadas y que han sido suministradas a los menores desde su nacimiento», añadiendo que «la administración de las vacunas no supone ataque a la integridad física de los menores, y los beneficios de las mismas, no sólo para la protección de los menores sino también para la sociedad al evitar futuros contagios, son muy superiores a los inconvenientes de su administración».

En lo que se refiere a la oposición a la vacuna Covid-19, se dice que «no se argumentan tampoco los motivos de la misma, más allá de la información que parece haber recabado el Sr. Leovigildo a través de redes sociales o de internet en relación con posibles efectos negativos futuros. Sin embargo, es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia; y que los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento». El Juzgado se apoya también en la información sobre la vacuna que difunde la autoridad sanitaria catalana y destaca el objetivo de alcanzar con la vacuna la inmunidad de grupo, lo que es fundamental para minimizar los efectos de la pandemia. Llega incluso a calificar de incomprensible que el padre adopte «una posición obstaculizadora, sin valorar el riesgo que supone la infección de Covid-19, y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años, como es también un hecho notorio reflejado en todos los medios de comunicación».

Hay un dato de interés y es que los menores manifestaron, en la exploración, que no querían vacunarse porque su padre «lleva muchos meses recabando información sobre los efectos secundarios de la vacuna del Covid-19», aunque no concretaron cuáles eran, más allá de generalidades, según recoge el Auto.

Otro caso relacionado con la vacuna Covid-19 es el del AJPI núm. 12 de Vigo de 15 de noviembre de 2021³⁴, en el que, a diferencia del anterior, la hija de doce años sí manifestó su voluntad de vacunarse³⁵. Había recibido la cita para la vacuna y al no contar con el consentimiento de su padre, que se opone por temor a efectos adversos, no pudo vacunarse.

Con base en el art. 156 C.c., el procedimiento se tramita en la jurisdicción voluntaria. Existen dos informes médicos, uno aportado por la madre, emitido por la pediatra de la menor, en el que consta que la niña ha recibido todas las vacunas del calendario vacunal infantil y que es una niña sana y no presenta ninguna enfermedad, y otro, emitido por la médica forense para este

³⁴ Proc. 726/2021 (La Ley 199388/2021).

³⁵ La menor fue oída en el expediente y manifestó su voluntad de vacunarse, dijo que la mayoría de sus compañeros de clase ya habían sido vacunados y que ella también quiere recibir la vacuna para sentirse más protegida frente a la enfermedad.

procedimiento, en el que se indica, tras la consulta del historial, que no constan alergias conocidas ni patología activa que pueda resultar incompatible con la vacuna.

Entiende el Juzgado que el criterio para resolver la cuestión planteada es el del interés superior del menor, en concreto aplicando el art. 2.2 LOPJM, en sus apartados a) y b), que, respectivamente, hacen referencia a la protección del derecho a la vida y la consideración de sus opiniones. En base a lo cual, el Juzgado atribuye la facultad de decidir a la madre, con el siguiente razonamiento: «A pesar de la oposición manifestada por el padre que se basa en el eventual riesgo de una reacción adversa que la administración de la vacuna pudiera generar en la salud de la menor, es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia; y que los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento. Lo cierto es que en el momento actual el eventual riesgo para la salud del menor es muy inferior al riesgo cierto que pudiera derivarse de su no vacunación en el supuesto de que la menor llegara a contraer la enfermedad, ya que en tal caso los efectos en su salud si llegara a contraer y desarrollar la enfermedad resultarían más perjudiciales, es por ello que las autoridades sanitarias recomiendan la inoculación de la vacuna contra el Covid, ya que se ha demostrado que en estos momentos, la vacuna contra el Covid es una medida necesaria que tiende a proteger la salud de la menor frente a la enfermedad, que en el momento actual parece la única alternativa eficaz frente al riesgo real de desarrollar la enfermedad».

Una notable excepción en este grupo de casos de vacunación Covid es la que representa el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Icod de los Vinos de 10 de diciembre de 2021³⁶. La facultad de decidir se atribuye a la madre, contraria a la vacunación, por el plazo de dos años. El menor, de 15 años, había manifestado una voluntad favorable a ser vacunado, en la misma línea que el padre y el Ministerio Fiscal.

Los argumentos del Auto para atribuir la facultad de decisión a la madre se basan, siguiendo la prueba documental aportada por la madre, en el informe del Instituto Carlos III y de un Doctor en Ciencias Químicas, de los que se concluye que la baja tasa de mortalidad y de hospitalización en UCI en menores de edad. También se apoya en los efectos adversos graves a corto plazo, algunos ya documentados (miocarditis y pericarditis) y en otros a largo plazo que podrían llegar a aparecer y ser particularmente graves, tal y como enseña la experiencia de una abundante jurisprudencia que ha condenado a farmacéuticas y a la Administración por los daños causados por medicamentos y vacunas defectuosas. Otro punto en el que se repara es en el consentimiento informado, señalándose que se está ante una actuación masiva en la que el derecho a la información se contiene en la propia campaña de la vacunación y en la promoción que de la misma hacen las Administraciones Públicas, siendo los usuarios quienes toman la decisión de vacunarse o no y, en el primero de los casos, asumir los riesgos inherentes a la misma.

³⁶ Disponible en <https://liberumasociacion.org> [fecha de consulta: 14 de abril de 2022].

Incide la resolución judicial en el estado de desarrollo de las vacunas, no teniendo ninguna de ellas una autorización de vacuna que haya finalizado sus ensayos clínicos, sino una autorización condicional de comercialización de emergencia.

Rebate el Auto las razones de solidaridad invocadas para la vacunación del menor. Por un lado, considera que «vacunar a los niños 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». Por otro, estima 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 vacunen».

Considera asimismo el Auto que la administración de una vacuna debe ir precedida de una ponderación de riesgos/beneficios, «y en el presente procedimiento, ha quedado acreditado que los menores de edad apenas sufren las consecuencias del covid, atendiendo a la baja mortalidad (0,00023861%) y a la baja hospitalización con pronóstico grave, en UCI (0,002484%), de los menores de 19 años, de forma que el posible beneficio que obtendría el menor ... de vacunarse es muy muy escaso. Y en cuanto al riesgo, habiéndose constatado efectos adversos de gravedad a corto plazo, y siendo totalmente desconocidos los que se pudieren dar a medio y largo plazo, entendemos que los posibles efectos adversos de la vacuna en el menor ... pueden ser muy superiores y pueden tener unas consecuencias adversas para su salud en comparación con el hecho de contagiarse de covid sin que se le hubiere suministrado vacuna alguna contra el covid».

Para concluir, «ante la incertidumbre científica actual sobre la vacuna del covid, y atendiendo al principio de prudencia que debe guiar cualquier actuación, especialmente referida a un menor de edad, hemos de atribuir a la madre la facultad de decisión».

Otro muy conocido caso de discrepancia entre progenitores respecto a la vacunación Covid viene proporcionado por el AJPI núm. 7 de Avilés de 13 de enero de 2022³⁷. Se atribuye a la madre, con base en el art. 156 C.c., la facultad para decidir acerca de la administración de la vacuna a su hija menor de ocho años. El padre se opone porque considera que la vacuna no está suficientemente desarrollada para saber qué efectos secundarios se pueden producir con el tiempo y porque no hay estudios que avalen que sea necesaria para los menores ante la escasa entidad de los síntomas que les produce. El Auto considera, en cambio, que la vacunación no va contra el interés de la menor, «sino que se hace para evitar desarrollar una mayor gravedad en caso de infección, estando aprobada por las autoridades sanitarias y pediatras. Con esa vacuna no solo se trata de conseguir una mejor respuesta inmunitaria, no obviando que los menores sí se contagian de covid y por tanto no sólo es una medida que se adopta para la seguridad de terceras personas, sino para su salud. Pero también se valora, porque el interés de la menor, no es solo su

³⁷ Rec. 922/2021 (ECLI:ES:JPII:2022:1A). Un comentario a la misma se encuentra en DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «A propósito de la vacunación de los niños frente a la covid: Hay jueces en Berlín... y en Avilés», disponible en <https://www.diariomedio.com>, 24 de enero de 2022, págs. 1 a 6.

salud, sino al ser dependiente y no autónoma, su interés es estar en todo momento cuidada, asistida y protegida por las personas que así lo vienen haciendo, y estando demostrado que la capacidad de contagio es mayor de un niño no vacunado a un vacunado, supondría un riesgo mayor para su madre, y los abuelos maternos que se encargan del cuidado de la misma con habitualidad, e incluso a la abuela paterna, que está con el menor. 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. 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».

También presta atención el Juez a las circunstancias personales del padre, al señalar que «el padre tiene miedo a los efectos de la vacuna, pero su pareja y su madre han decidido vacunarse de manera completa, aun sabiendo el problema que tuvo el padre con la primera vacuna, que no pasó de un cuadro de taquicardia y ansiedad al día siguiente de la vacuna, la cual como cualquier vacuna puede producir una reacción, pero que no debió revestir gravedad cuando su pareja y madre decidieron seguir vacunándose».

Finalmente, tiene interés esta resolución en cuanto contiene una afirmación sobre la posible responsabilidad del padre no vacunador, que es precisamente lo que vamos a tratar en el siguiente apartado. Literalmente se dice lo siguiente: «Se invoca por el padre de posibles responsabilidades futuras del Estado, de las farmacéuticos, de la madre, de esta decisión etc.; obvia el padre que todos los días y en todas las actividades que realiza con la menor existe un riesgo de que pueda sucederle algo, y no por ello deja de hacerlo ponderando las posibilidades y las circunstancias; como de igual manera se le pudiera responsabilizar a él de no vacunarla y que le pudiera pasar unas secuelas graves...».

Muy interesante resulta el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela de 24 de enero de 2022³⁸. Tratándose de dos menores de cuatro y ocho años, el Juzgado decide, en el primer caso, no atribuir la facultad de decidir sobre la vacunación covid a ninguno de los progenitores (recuérdese que la vacunación covid empieza a los cinco años, y por ello el Auto difiere la decisión a que cumpla tal edad), mientras que, en el segundo caso, atribuye la facultad de decidir sobre la vacunación a la madre, que era favorable a la misma, y lo hace, curiosamente, desmontando los argumentos que había manejado la decisión de Icod de los Vinos que antes hemos citado (efectos adversos, beneficio/riesgo, solidaridad, etc) .

En el AAP Valladolid de 17 de febrero de 2022³⁹, se confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia de atribuir la facultad de decidir sobre la vacuna Covid del menor de trece años al padre. La oposición se basaba en páginas extraídas de internet y estudios de dos Doctores en Químicas, no tratándose de informes oficiales avalados por las autoridades sanitarias. Para la Audiencia, del informe médico forense y de los criterios del Ministerio de Sanidad y de la Asociación de Pediatría resulta que la vacuna «es beneficiosa para el menor (además de serlo

³⁸ Rec. 1657/2021, disponible en <https://www.legaltoday.com/wp-content/uploads/2022/02/JUR-2022-38620.pdf> (fecha de consulta: 18 de abril de 2022).

³⁹ Rec. 45/2022, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-de-Valladolid-da-la-razon-a-un-padre-que-pleiteaba-con-su-expareja-por-la-negativa-de-ella-a-vacunar-del-Covid-al-hijo-en-comun> (fecha de consulta: 5 de abril de 2022).

para toda la sociedad en evitación de futuros contagios), a lo que debe añadirse la consideración de que ha sido autorizada por la Agencia Europea del Medicamento para los menores entre 12 y 18 años, y aprobada para estas edades por la Agencia Estatal de Medicamentos y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, con las consiguientes garantías de calidad, seguridad y eficacia».

Para finalizar, conviene señalar que la vacuna frente al Covid-19, para mayores de 5 años, ha sido incluida en el calendario de vacunas del año 2022 de la Asociación Española de Pediatría⁴⁰, lo que sin duda refuerza el argumento de una actuación en interés del menor, al margen de que ello suponga, al mismo tiempo, un beneficio para la colectividad. Por otra parte, puede también tener consecuencias esta inclusión a la hora de determinar que fuese válida únicamente la decisión del progenitor custodio, que es la posición mantenida por la jurisprudencia respecto a las vacunas previstas por las autoridades sanitarias, cuestión que más tarde veremos.

2. POSIBLES ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. EL MARCO NORMATIVO SANITARIO

Como paso previo al estudio de los supuestos en los que podría entrar en escena la responsabilidad civil, resulta imprescindible referirse al consentimiento por representación que trata el art. 9 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 clínica⁴¹. Estamos, pues, ante la hipótesis en la que se rechaza por los padres, ya dentro del ámbito sanitario, un tratamiento, concretamente, en nuestro caso, la vacunación de los hijos menores. Veremos, sin embargo, que la capacidad de decisión de los padres, por los sucesivos controles que impone el art. 9 LAP, se encuentra muy restringida, lo que nos lleva a pensar en que la responsabilidad civil se dará en situaciones en las que se ha mantenido a los hijos alejados de la atención sanitaria. Vayamos por partes.

El art. 9.3 c) LAP señala que se aplicará el consentimiento por representación «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor». Es decir, deciden los padres, pero los hijos menores deben ser oídos y escuchados en los términos del art. 9 LAP, en particular cuando prescribe en el número 2 que «se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez,

⁴⁰ cav-aep_calendario-2022_01ene2022_v.1_0.pdf (vacunasaep.org) [fecha de consulta: 11 de abril de 2022].

⁴¹ Este art. 9 LAP es el que ha permitido la intervención judicial en los casos de rechazo de la vacunación de personas con discapacidad, que se plantearon una vez iniciada la vacunación de las personas mayores frente al Covid-19. Al respecto, BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Vacunación de personas mayores con discapacidad: primeras decisiones judiciales en España en el inicio de la vacunación covid», en *Direito e vacinação*, org. LIMA RODRIGUEZ, F.L. / BEZERRA DE MENEZES, J. / BODIN DE MORAES, M.C., Editora Processo, Rio de Janeiro, 2022, págs. 317 a 327.

pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos»⁴².

Por su parte, el art. 9.4 LAP señala que cuando estemos ante menores de edad, pero mayores de dieciséis años (estén o no emancipados), no cabrá el consentimiento por representación. La ley fija, en condiciones de capacidad normales, la edad para decidir sobre la salud en los dieciséis años⁴³. Sin embargo, el precepto continúa señalando que, en casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento se prestará por representación, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

De suma importancia, para el caso que estamos analizando, es la previsión del art. 9.6 LAP, conforme al cual «en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal ... en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

A la vista de este art. 9.6 LAP, resulta difícil pensar en la hipótesis en que se lleve a efecto el rechazo a la vacunación cuando sea beneficiosa para el menor, porque el sistema prevé mecanismos para que pueda hacerse a pesar de la oposición del representante legal⁴⁴. El asunto se judicializa y, como hemos visto a propósito de los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación. Queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de

⁴² Entiende ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y su acceso a la historia clínica*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 47, que el art. 9.3 c) LAP establece con relación a los menores por debajo de 16 años atender a un criterio subjetivo de madurez para determinar si estos pueden o no prestar por sí solos el consentimiento a un determinado tratamiento médico, atendidas la trascendencia, efectos y riesgos de dicho tratamiento, así como las circunstancias del propio menor. En el caso de que no se le reconozca dicha capacidad, el consentimiento se prestará por los representantes legales, debiendo escucharse la opinión del menor desde que tenga suficiente madurez para ello (y siempre a partir de los 12 años), teniéndose en cuenta dicha opinión en la decisión que se adopte, conforme a su edad y madurez.

⁴³ Al respecto, ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 32, julio, 2021, pág. 106.

⁴⁴ Así, se lee en el documento *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, del Comité de Bioética de España, ya citado, en sus páginas 23 y 24: «... es harto discutible que un padre pueda rechazar la vacunación de su hijo cuando tal tratamiento suponga un mayor beneficio para su vida o salud desde una perspectiva científica. Así pues, puede perfectamente afirmarse que tras la aprobación de la nueva redacción del artículo 9.6 la vacunación de los menores puede adoptarse aun contando con la oposición de los padres. Sin embargo, ello no debe hacer que consideremos resuelto el conflicto ya que deberían promoverse otros mecanismos para evitar que dichos casos terminen por judicializarse, suponiendo un enfrentamiento permanente entre los profesionales sanitarios y los padres».

proceder a la vacunación. Llegamos, pues, a la conclusión de que el inicial espacio para la autonomía de los padres se reduce⁴⁵ en la práctica por razón de la defensa del interés del menor (que se identifica con los bienes relativos a la vida y a la salud), pues el centro de decisión se traslada al ámbito judicial e incluso, en caso de urgencia, se resuelve dentro del sistema sanitario.

Además, y en clara relación con la medida del art. 9.6 LAP, el art. 17.10 LOPJM recoge como situación de riesgo, que habilita para la intervención de la Administración Pública, «la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor», añadiendo que «en tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor».

Por tanto, los casos de rechazo a la vacunación pueden tener también la calificación de situación de riesgo, lo que implica la necesaria intervención de las autoridades sanitarias. Esta es la principal novedad de la última reforma de la LOPJM, pues el recurso a la autoridad judicial ya estaba previsto en el art. 9.6 LAP, que incluso va más allá al dispensarlo en las situaciones de urgencia, en que se da el protagonismo de la decisión al profesional sanitario.

Las limitaciones de las facultades de los padres son evidentes, a la vista de la regulación tanto del art. 9 LAP como del art. 17 LOPJM⁴⁶. Se ve claramente cómo la forma en que se produce la intervención sanitaria amplía el ámbito de intervención del médico y restringe la capacidad de decisión de los padres respecto a la salud de sus hijos. No hay reglas específicas en torno a la vacunación, por lo que deberá valorarse la aplicación de estas reglas generales al caso concreto que pueda plantearse. Fuera de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que permite, por razones sanitarias de urgencia o necesidad, la vacunación forzosa en determinados casos bastante extraordinarios (entre otros, epidemia o brote epidémico), la decisión de la vacunación del menor vendrá justificada conforme a lo previsto en la LAP, a partir de constatar que la vacunación supone un mayor beneficio para su vida o salud⁴⁷. En la medida en que se va reduciendo la discrecionalidad de los padres en materia médica y se ponga en tela de juicio que sus decisiones sean en interés de los hijos, estaremos más cerca de admitir que se les pueda demandar.

Dicho con otras palabras y a modo de resumen: el marco normativo sanitario (y también la situación de riesgo de la legislación en materia de protección del menor) someten, si se aplican

⁴⁵ Se reduce, pero no desaparece totalmente, porque seguiría existiendo la posibilidad de que los progenitores puedan acudir a la autoridad judicial cuando no estuvieran de acuerdo con esta solución. Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *Op.cit.*, pág. 60, aun cuando el art. 9.6 LAP no lo prevea expresamente, sigue siendo posible que el representante legal acuda al Juez cuando la medida que se quiere implantar (y cuya omisión podría poner en riesgo la vida o salud del paciente) no se considere la más acorde con dicho interés.

⁴⁶ En esta misma dirección, precisamente con relación a la vacunación, se pronuncia DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Vacunación de adolescentes...», *cit.*, pág. 35.

⁴⁷ En esta dirección, se manifiesta el *Comité de Bioética de España. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario* (19 de enero de 2016), pág. 24, disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

correctamente las normas, a un control estrecho la decisión de no vacunar a los hijos. Y esto tiene un efecto reflejo en el principal argumento de defensa de los padres no vacunadores, pues el carácter voluntario de la vacunación no podrá esgrimirse frente a una acción que pretenda el resarcimiento de los daños que deben soportar los hijos por la voluntad de los padres que les privaron de la oportunidad de vacunarse y con ello evitar la enfermedad que contrajeron posteriormente.

2.2. DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS

Un hijo menor de edad que sufre daños en su salud como consecuencia de la negativa de los padres a ser vacunado, ¿puede demandarles en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil?⁴⁸

En un plano puramente teórico, cabe afirmar que tal demanda es posible⁴⁹, sobre todo cuando el menor no ha formado parte del proceso de decisión, pues, lógicamente, otra cosa sería que la decisión sobre la vacunación estuviese, por razones de madurez, dentro de la autonomía del menor en el ámbito sanitario⁵⁰. Una responsabilidad civil, la de los padres, que traería causa en el incumplimiento de los deberes que integran la patria potestad⁵¹ y cuyo derecho a no vacunar a los hijos o a educarlos según sus creencias o convicciones cedería ante un interés que merece mayor tutela: la salud de los hijos. Distinto sería si la no vacunación fuese, por prescripción médica, contraindicada.

Si vamos al plano práctico, las cosas cambian, porque razones de carácter estrictamente patrimonial nos pueden hacer dudar de la viabilidad de esta acción, al margen de los problemas que puede plantear el corto plazo de prescripción de la acción. Son dos aspectos sobre los que conviene reflexionar.

Causa cierta perplejidad las transferencias patrimoniales⁵² a las que, dentro de la familia, daría lugar el éxito de la demanda de responsabilidad civil. Pensemos en los efectos que tendría

⁴⁸ Formulamos la pregunta desde la óptica del ilícito civil, pero no cabe duda que el incumplimiento del deber que tienen los padres de cuidar la salud de sus hijos (y, por ello, garantizarles que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria), puede también determinar, si es de mayor gravedad, la existencia de infracción penal.

⁴⁹ Si la demanda se dirige contra los dos padres, siendo todavía menor el demandante, habría que proceder al nombramiento de un defensor judicial. Al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2012, pág. 288.

Efectivamente, el art. 27.3 LJV aboca al nombramiento de defensor judicial, sin necesidad de habilitación previa del menor para comparecer en juicio, para entablar acciones judiciales contra sus progenitores o tutores. Al respecto, PÉREZ AGUILERA, L.M., «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses», *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, dir. BANACLOCHE PALAO, J., Pamplona, 2020, pág. 265.

⁵⁰ La hipótesis principal a considerar es la del menor que tiene dieciséis años. En este caso, el art. 9.4 LAP dice que no cabe prestar el consentimiento por representación, si bien matiza que, de tratarse de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

⁵¹ Como indica SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Responsabilidad parental versus autonomía sanitaria del menor de edad», *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2021, pág. 7, el poder de decisión atribuido a los progenitores en los actos médicos que afectan al hijo no se configura como un poder representativo *strictu sensu*, sino como una manifestación del deber de velar por la salud de sus hijos.

⁵² Hay una referencia a esta cuestión en DE OLIVEIRA, G., *Op.cit.*, págs. 6 y 7.

respecto a los otros hermanos en el momento de heredar, o en la posibilidad de recuperar los padres lo pagado si premuere el hijo lesionado sin descendencia, o en la situación que se daría si los daños estuviesen cubiertos por seguros. Son solo algunos ejemplos de los muchos que cabe imaginar si ponemos en relación la hipótesis de la responsabilidad civil con la economía familiar.

El plazo de un año, que es el que se aplica a la responsabilidad extracontractual (art. 1.968.2º C.c.), constituye otro problema de relevancia. Aquí podría plantearse un debate interesante, porque no es descartable que pueda irse a la vía de los arts. 1.101 y ss. C.c., lo que ampliaría el plazo de prescripción. Desde hace tiempo, se ha venido afirmando que «el artículo 1.001 determina las consecuencias indemnizatorias que surgen del incumplimiento de cualquier obligación, no importa cuál sea su fuente. No es, por tanto, la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba *previamente constituida*, por contrato, ley o cuasi contrato»⁵³. En la jurisprudencia, la vía del art. 1.101 C.c. se apunta en una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con ocasión de las reclamaciones por daños entre cónyuges⁵⁴. Con independencia de la vía contractual o extracontractual y del diferente plazo de prescripción que tienen, conviene también prestar atención al *dies a quo* del plazo de prescripción, en función del tipo de daño⁵⁵ que haya podido originar la no vacunación.

Otra situación posible (y quizás más factible, en términos prácticos, al faltar la convivencia) sería la de una demanda dirigida exclusivamente al progenitor que causó el daño por su negativa a vacunar. Habría que perfilar adecuadamente el supuesto y la razón por la que el otro progenitor estuvo ausente de la toma de la decisión, pero cabría pensar en que pueda efectivamente darse; así, por ejemplo, cuando la vacuna está prevista en el calendario oficial y la decisión es tomada

⁵³ CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (art. 1.104)*, dir. ALBALADEJO, M., t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 377 y 378.

Recientemente, sobre la posibilidad de aplicar el art. 1.101 C.c. a los daños derivados del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, se muestra favorable SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., «El daño producido en la familia, como daño social y su reparación, nuevos retos para el Derecho de daños», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje del Profesor Dr. Roca Guillamón*, dirs. ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J.A., t. III, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 1477 y 1478.

También recientemente, sobre la consideración como contractual o extracontractual de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales, puede verse ARCOS VIEIRA, M.L., «Sobre el carácter “contractual” o “extracontractual” de la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones legales», en *Cuestiones clásicas actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje del Profesor Dr. Roca Guillamón*, dirs. ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J.A., t. I, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 371 a 406.

⁵⁴ Nos referimos, en concreto, a la STS de 30 de julio de 1999 [Rec. 190/1995 (ECLI:ES:TS:1999:5489)]. El actor, que reclama daños patrimoniales y morales, al conocer que quien creía hijos suyos lo eran de otra persona con quien su esposa había mantenido relaciones extramatrimoniales, basó la demanda en la infracción de los arts. 67 y 68 C.c., en relación con el art. 1.101 C.c. Consideraba el actor que la fidelidad era una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio. El Tribunal Supremo no parece ser ajeno a este planteamiento; es cierto que niega la indemnización, al considerar que el incumplimiento del deber conyugal de fidelidad sólo produce consecuencias en relación con la separación matrimonial, pero dice también que «no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio...».

Años más tarde, es en la SAP Madrid de 10 de julio de 2007 [Rec. 222/2006 (ECLI:ES:APM:2007:12301)], que condena al marido por no comunicar a su esposa que era portador del virus del SIDA, cuando aparece la frase «ya entendamos que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, a los efectos de los artículos 1104 y 1902 del Código Civil...», al apreciar culpa en la conducta del demandado.

⁵⁵ Pensemos, por ejemplo, en la problemática que presenta la determinación del *dies a quo* en daños permanentes o duraderos, continuados o de producción sucesiva y sobrevenidos o tardíos.

únicamente por el progenitor custodio⁵⁶. En el punto concreto de la legitimación activa, podría el progenitor que no ha causado el daño demandar en representación del hijo todavía menor.

En cualquiera de las dos situaciones, deberían darse los requisitos de acción u omisión, daño, nexo causal y culpa. Son los presupuestos del art. 1.902 C.c., y la responsabilidad de los padres debe quedar sujeta a ellos.

De estos requisitos, el de la culpa plantea una cuestión clásica en tema de responsabilidad civil familiar: ¿cuál es el grado de diligencia exigible? O dicho de otra forma: ¿responden los padres únicamente por un tipo agravado de culpa? El criterio de imputación de la responsabilidad civil familiar ha sido largamente discutido⁵⁷, sobre todo a propósito de los casos de ocultación de la verdadera filiación de los hijos, en los que se mayoritariamente se ha exigido por los Tribunales dolo para declarar la responsabilidad civil⁵⁸, alzándose, sin embargo, opiniones contrarias, que estimaban que cabía tanto el comportamiento doloso como el culposo y, dentro de este último, cualquier grado de negligencia. En el caso concreto que nos ocupa, la diligencia que debe exigirse a los padres debe ponerse en relación con el contexto social actual y con las recomendaciones sanitarias de la vacunación y, si a ello unimos la ausencia de una regla específica de responsabilidad⁵⁹ que establezca un determinado grado de diligencia, llegaremos a la conclusión de que no se justifica, ni debe admitirse, una culpabilidad reforzada. Es claro que las convicciones personales de los padres contra la vacunación ceden cuando se apartan claramente de la defensa de la salud de los hijos.

En realidad, pisamos un terreno sin explorar, sin decisiones judiciales que nos ayuden a situar las cosas en su justa medida. Además, por lo que vimos al tratar el consentimiento por representación, nos enfrentamos ante un problema de entidad, que no es otro que el margen de

⁵⁶ En este sentido, y a salvo de que sea suficiente el mero consentimiento del menor, se considera que el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores respecto a vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, mientras que la guarda y custodia exclusiva ostentada por un progenitor incluiría la toma de la decisión respecto a vacunas previstas por las autoridades sanitarias. Es la línea jurisprudencial seguida en SSAP Alicante de 11 de marzo de 2021 [Rec. 794/2020 (ECLI:ES:APA:2021:527)], 10 de junio de 2020 [Rec. 927/2019 (ECLI:ES:APA:2020:4151)], 8 de junio de 2020 [Rec. 912/2019 (ECLI:ES:APA:2020:4161)], 19 de mayo de 2020 [Rec. 928/2019 (ECLI:ES:APA:2020:1075)], 29 de enero de 2020 [Rec. 731/2019 (ECLI:ES:APA:2020:1079)] y 13 de enero de 2020 [Rec.803/2019 (ECLI:ES:APA:2020:1088)], entre otras.

⁵⁷ El significado que cabe atribuir a la expresión «criterio de imputación» está en relación con la naturaleza del régimen de responsabilidad y de sus presupuestos básicos; nos referimos, concretamente, a la culpa de la cláusula general de responsabilidad extracontractual del art. 1.902 C.c. Queremos hacer esta puntualización, porque en el Derecho de daños también se habla de «criterio de imputación» en un diferente sentido, para referirse a los criterios que permiten limitar los resultados a que conduce la mera constatación de la causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (criterios de imputación objetiva). Al respecto, PEÑA LÓPEZ, F., *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 38. Un completo análisis del concepto de imputación puede también verse en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, espec. págs. 1 a 20.

⁵⁸ Es, lógicamente, la situación anterior a la STS de 13 de noviembre de 2018 [Rec. 3275/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3700)].

⁵⁹ A partir de normas particulares como, por ejemplo, el art. 168.II C.c., que indica que «en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios», se ha querido sostener la existencia de una responsabilidad limitada a los casos de dolo o culpa grave: en este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 132 y 133. Pero el art. 1.902 C.c., con carácter general, nada establece al respecto.

decisión concedido a los padres en un sistema en que la vacunación es voluntaria y no obligatoria. Si las cosas discurren correctamente dentro de los cauces del art. 9 LAP, hay mecanismos y recursos suficientes para que se evite el daño al menor, pues frente a decisiones equivocadas del menor y/o sus padres cabe acudir a la autorización judicial o incluso puede valer el criterio del profesional sanitario si hay razones de urgencia que impidan recabar tal autorización y, de hecho, expresamente la ley ampara la actuación del profesional sanitario dentro dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Hay que pensar, por tanto, en que la responsabilidad de los padres surge en circunstancias alejadas de una intervención médica y, consecuentemente, de la regulación del consentimiento de la LAP. Estamos ante un caso en que los hijos no son vacunados por decisión de los padres, al margen de todo control sanitario.

2.3. Un paso más: contagio a terceros

Hablamos de dar un paso más, en el sentido de proyectar la responsabilidad civil de los padres más allá de la esfera familiar, en la medida en que se considere posible que este rechazo a la vacunación de los hijos puede afectar a la salud de terceros (o a la comunidad, si se prefiere) como consecuencia del contagio. Si volvemos a recordar lo visto a propósito de las resoluciones judiciales sobre desacuerdos de los progenitores respecto a la vacunación de los hijos, repararemos en que casi siempre se citaba para atribuir la facultad de vacunar al progenitor favorable a la misma, junto con el principal (y, desde luego, definitivo) argumento del interés de la salud y bienestar del menor, el riesgo de contagio. Así, en el primer caso judicial que se recogió, el AAP Barcelona de 17 de octubre de 2018⁶⁰, se afirmaba que eran mucho mayores los beneficios derivados de la vacunación, «no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios». Entramos, desde luego, en un debate complejo en el que el derecho a contagiar no existe y constituye un enorme desafío establecer los límites a las libertades y derechos fundamentales⁶¹, lo cual excede el limitado objeto de este trabajo.

Es claro que hemos salido del daño producido en la familia o intrafamiliar, pero la hipótesis de la responsabilidad por contagio exige también, lógicamente, que se cumplan los requisitos o presupuestos de acción u omisión, daño, nexo causal y culpa. Aquí, el requisito del nexo causal

⁶⁰ Rec. 438/2018 (ECLI:ES:APB:2018:6504A).

⁶¹ Son muy interesantes la reflexiones, al hilo del Covid-19, de TEJEDOR BIELSA, J., «El derecho fundamental a no contagiar no existe», disponible en <https://www.administracionpublica.com/el-derecho-fundamental-a-contagiar-no-existe/>, 24 de noviembre de 2021, págs. 1 a 6. También, desde la perspectiva de la solidaridad social, se aborda el tema en NUNES BARBOSA, F. / SCHULMAN, G., «A recusa às vacinas: causas e consequências», en *Direito e vacinação*, org. LIMA RODRIGUEZ, F.L. / BEZERRA DE MENEZES, J. / BODIN DE MORAES, M.C., Editora Processo, Rio de Janeiro, 2022, págs. 251 y ss.

puede ciertamente plantear importantes problemas⁶², pero ello, en ningún caso, debe impedir quedamos sostener que sea posible la hipótesis dibujada⁶³.

Quizás sea útil, aunque no se corresponda de manera estricta con lo que estamos viendo, traer a colación un caso de contagio, sin que el nexa causal fuese objeto de discusión. En la SAP Islas Baleares de 14 de septiembre de 2001⁶⁴, la actora ejercita demanda, con base en el art. 1.902 C.c., contra su ex cónyuge por haberle contagiado el virus del SIDA, ocultándole que, con anterioridad y también durante la convivencia matrimonial, había mantenido relaciones sexuales con hombres y mujeres, lo que debía haberle comunicado para evitar el posible contagio de la enfermedad. Tanto en el Juzgado como en la Audiencia resulta estimada parcialmente la demanda, siendo el demandado condenado a abonar la suma de 5.000.000 pesetas⁶⁵.

Para la Audiencia, «es obvio que el demandante no quiso de manera dolosa o intencionada infectar la aludida enfermedad a su esposa, y que dada su situación de asintomático y aun a pesar de la dificultad de inferir el pensamiento íntimo de una persona, desconocía que padeciera dicha enfermedad, pero lo que se considera acreditado es que sí conocía por ser muy notorio en las fechas actuales para una persona (salvo supuestos de retraso mental o enfermedades, que no consta padezca el demandante), y al menos con unas nociones elementales, que el SIDA puede transmitirse a otra persona por vía de relaciones sexuales sin tomar medidas precautorias (preservativo), y mucho más cuando éstas son reiteradas, y con promiscuidad. Con ello el juicio de reproche según el estándar de un buen padre de familia, es que antes de mantener relaciones sexuales reiteradas o en el curso de las mismas en un marco normal de estabilidad de pareja (no ocasionalmente), debió advertir a su pareja que se hallaba en una situación de riesgo respecto a dicha enfermedad, hecho que el demandante conocía perfectamente, a fin de evitar un posible contagio de tan conocida y grave enfermedad con el simple empleo de un medio anticonceptivo que evite el contagio de enfermedades de transmisión sexual (preservativo, según el aludido dictamen médico)».

Profundizando en su razonamiento, señala la Audiencia que «el juicio de reprochabilidad no es mantener relaciones continuadas conociendo que padecía el SIDA, sino el hallarse en un grupo de riesgo de padecimiento de la enfermedad y no advertirlo a su pareja estable», y que «las notas íntimamente relacionadas de evitabilidad y previsibilidad, características de la culpa, concurren en el caso concreto, al ser previsible, aunque confiarse en que así no se produjere, que incurso en un grupo de riesgo, si no tomaba las debidas precauciones podría contagiar una

⁶² Así lo advierte, al hilo del Covid-19, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Op.cit.*, pág. 5, concluyendo «que sea difícil no quiere decir que sea imposible».

También puede consultarse RIBERA BLANES, B., «La protección de la salud del viajero en tiempos de pandemia», *Lex Medicinæ*, nº 36, 2021, pág. 81, sobre los problemas que suscita la prueba del nexa causal lo encontramos en la hipótesis de contagio por Covid-19 durante la estancia en una vivienda de uso turístico

⁶³ Dice CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Op.cit.*, pág. 5, que «sería aplicable el art. 1903 CC al caso en que el contagio se produzca por un menor o por cualquier otra persona asistida que no haya sido vacunada por negativa de su asistente o de sus padres, que serán, por ello, quienes asuman la responsabilidad frente a la víctima del daño, del contagio sufrido».

⁶⁴ Rec. 790/2000 (ECLI:ES:APIB:2001:2067).

⁶⁵ La demanda solicitaba 17.000.000 pesetas de indemnización, concediéndose 5.000.000 pesetas en la sentencia de primera instancia al hacer uso de la facultad de moderación del art. 1.103 C.c., confirmando tal proceder la Audiencia.

enfermedad en que es conocido que puede tener un largo período de incubación sin presentar síntomas; y sería evitable con tomar las medidas también muy conocidas para impedir su contagio y objeto de muy reiteradas campañas publicitarias en los medios de comunicación».

Volviendo al caso que nos ocupa, podríamos concluir que los padres que rechazan la vacunación de sus hijos deben asumir las consecuencias que su conducta puede acarrear para terceras personas, daños que pueden ser tanto patrimoniales como morales⁶⁶. Incluso no sería descartable que tal responsabilidad surgiera aun cuando no se haya producido el contagio, pero sí exista un riesgo previsible de poder contagiar la enfermedad y se hayan producido por ello daños; habría que analizar las circunstancias concurrentes, pero no vemos razones, para excluir de entrada, esta otra hipótesis de responsabilidad.

REFERÊNCIAS

ANDRÉS LUIS, V., «Perspectiva ética de la vacunación infantil frente a la Covid-19», *Boletín de Derecho Sanitario y Bioética*, Sescam, núm. 196, diciembre, 2021, págs. 24 a 29.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y su acceso a la historia clínica*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

ARCOS VIEIRA, M.L., «Sobre el carácter “contractual” o “extracontractual” de la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones legales, en *Cuestiones clásicas actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje del Profesor Dr. Roca Guillamón*, dirs. ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J.A., t. I, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 371 a 406.

BANACLOCHE PALAO, J., «El procedimiento adecuado en los casos de desacuerdo de los progenitores sobre decisiones relativas a sus hijos menores: jurisdicción voluntaria, modificación de medidas y art. 158 CC», *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, dir. BANACLOCHE PALAO, J., Pamplona, 2020, págs. 395 a 444.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus», *AJI*, núm. 12 bis, mayo 2020, págs. 118 a 125.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Vacunación de personas mayores con discapacidad: primeras decisiones judiciales en España en el inicio de la vacunación covid», en *Direito e vacinação*, org. LIMA RODRIGUEZ, F.L. / BEZERRA DE MENEZES, J. / BODIN DE MORAES, M.C., Editora Processo, Rio de Janeiro, 2022, págs. 317 a 327.

CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (art. 1.104)*, dir. ALBALADEJO, M., t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 585 a 630.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?», *Diario La Ley*, núm. 9917, 21 de septiembre de 2021, págs. 1 a 8.

COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L., «Cuidar e (não) vacinar no contexto de famílias de alta renda e escolaridade em São Paulo, SP, Brasil», *Ciênc. saúde coletiva* [online], 2015, vol.20, n.1, 2015, págs. 105 a 114.

DE OLIVEIRA, G., «Responsabilidade civil dos pais perante os filhos», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, nº 35, 2021, págs. 5 a 15.

⁶⁶ Apunta CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Op.cit.*, pág. 6, la posibilidad de recurrir a las tablas de baremación sobre daños contenidas en las normas sobre accidentes de vehículos de motor.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «A propósito de la vacunación de los niños frente a la covid: Hay jueces en Berlín... y en Avilés», disponible en <https://www.diariomedio.com>, 24 de enero de 2022, págs. 1 a 6.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Vacunación de adolescentes frente a la Covid-19: nuevas vacunas, nuevos conflictos ético-legales», *Boletín de Derecho Sanitario y Bioética*, Sescam, núm. 196, diciembre, 2021, págs. 30 a 39.

DUBÉ, E. / LABERGE, C. / GUAY, M. / BRADAMAT, P. / ROY, R. / BETTINGER, J., «Vaccine hesitancy: an overview», *Hum Vaccin Immunother*, 2013 (9), págs. 1763 a 1773 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3906279/>).

ESTELLÉS PERALTA, P., «Resolución de los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad», *Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 19, julio 2021, págs. 14 a 21.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.

LLAMAS POMBO, E., «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2007, págs. 445 a 478.

LLAMAS POMBO, E.: *Manual de Derecho civil. Volumen VII. Derecho de daños*, dir. LLAMAS POMBO, E., Madrid, 2021.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2012, págs. 246 a 293.

MARTÍN CASALS, M. / RIBOT IGUALADA, J., «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», *CCJC*, núm. 110, mayo-agosto 2019, págs. 239 a 282.

NEVADO MONTERO, J.J., «El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos», *La Ley* 812/2021, págs. 1 a 14.

NUNES BARBOSA, F. / SCHULMAN, G., «A recusa às vacinas: causas e consequências», en *Direito e vacinação*, org. LIMA RODRIGUEZ, F.L. / BEZERRA DE MENEZES, J. / BODIN DE MORAES, M.C., Editora Processo, Rio de Janeiro, 2022, págs. 251 a 276.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Rev. Bolív. de Derecho*, núm. 32, julio, 2021, págs. 96-123.

PEÑA LÓPEZ, F., *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

PÉREZ AGUILERA, L.M., «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses», *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, dir. BANACLOCHE PALAO, J., Pamplona, 2020, págs. 241 a 274.

RIBERA BLANES, B., «La protección de la salud del viajero en tiempos de pandemia», *Lex Medicinæ*, nº 36, 2021, págs. 75 a 87.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., «El daño producido en la familia, como daño social y su reparación, nuevos retos para el Derecho de daños», en *Cuestiones clásicas y actuales del*

Derecho de Daños. Estudios en Homenaje del Profesor Dr. Roca Guillamón, dirs. ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J.A., t. III, Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 1457 a 1488.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Responsabilidad parental versus autonomía sanitaria del menor de edad», *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2021, págs. 3 a 39.

SCHAEFER, F., «Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social. A possibilidade de responsabilização em caso de recusa à imunização», en *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contractuais e extracontractuais*, coords. ROSENVALD, D. / DO RÉGO MONTEIRO FILHO, C.E. / DENSA, R. / MARTELETO GODINHO, A. / PEREIRA BONNA, A., SP, Brasil, 2020, págs. 417 a 429.

TEJEDOR BIELSA, J., «El derecho fundamental a no contagiar no existe», disponible en <https://www.administracionpublica.com/el-derecho-fundamental-a-contagiar-no-existe/>, 24 de noviembre de 2021, págs. 1 a 6.

Publicado originalmente em: VIEIRA, Maria Luisa Arcos (Dir.). *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022, p. 507-537.

Recebido: publicação a convite.

Aprovado: publicação a convite.

Como citar: BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. La responsabilidad civil de los padres por no vacunación de sus hijos menores: supuestos posibles para una acción de indemnización. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, p. 133-158, set./dez. 2023.

