

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 18 y 19 , Época II, 2021

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa***

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad
Católica del Uruguay***

ARNEL MEDINA CUENCA

**Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.**

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana**

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
**Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

ÍNDICE

1. LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CON-CURSO DE ACREEDORES: MOMENTO PARA SU EJERCICIO Y SU POSIBLE ALEGACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCUR-SADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.....	15
--	----

Enrique Gadea Soler

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

2. LEGÍTIMAS Y LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.....	27
--	----

Jesús Sánchez Vigil de la Villa

Notario

3. AUTONOMÍA, CAPACIDAD Y JUECES QUE VACUNAN EN TIEMPO DE PANDEMIA.....	37
---	----

Cristina Gil Membrado

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares

4. LA CERTEZA Y SIMBOLIZACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. TOKENS Y CONTRATOS INTELIGENTES.....	57
--	----

Miguel Ángel Moreno Navarrete

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada

5.LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.....	73
---	----

Teresa López Tur

Profesora Asociada de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares

6. UNA RELECTURA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL APLICADA DESDE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	95
--	----

José Ricardo Pardo Gato

Abogado. Académico de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Diplomado en Estudios de la Defensa.

7. LA AMBIGÜEDAD E INAPLICABILIDAD DEL TIPO PENAL DE LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS. BOLIVIA, 25 AÑOS DE LUCHA IMPERFECTA.....133

Ramiro Rivas Montealegre

Abogado y Auditor Financiero. Bolivia

8. LA SUSPENSIÓN DE CUENTAS DE POLÍTICOS POR TWITTER Y LOS BLOQUEOS DE USUARIOS POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES Y CARGOS PÚBLICOS....151

Ramón Herrera de las Heras

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Almería

9.LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.....169

Edgar Iván Colina Ramírez

Profesor Contratado Dr. (int.). Universidad de Sevilla

10. LA EXONERACIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....183

Pedro Rebollo Díaz

Abogado y Economista

11.FAMILIA ENSAMBLADA.....195

Aníbal Guzmán-Ávalos y Brenda Rodríguez Ortiz

Universidad Veracruzana. México

AUTONOMÍA, CAPACIDAD Y JUECES QUE VACUNAN EN TIEMPO DE PANDEMIA¹

Cristina Gil Membrado
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: La libre autonomía de la voluntad ante una intervención sanitaria como la vacunación es un derecho que despliega sus efectos aun en el caso de menores y de mayores con capacidad modificada o disminuida de hecho. Sin embargo, en tiempo de pandemia la voluntariedad *versus* la obligatoriedad de la vacuna se plantea con la misma intensidad que la pugna entre el derecho individual y el colectivo. En el caso de las residencias de mayores la autonomía se reduce a la mínima expresión. Son los jueces los que sustituyen la voluntad de la persona, de su representante o del familiar o allegado, abusando de un mecanismo previsto excepcionalmente para la protección del vulnerable. Conviene reflexionar sobre si la función del juez es la de vacunar o si algo falla cuando los jueces se ven obligados a vacunar.

ABSTRACT: The free autonomy of the will before a health intervention such as vaccination is a right that unfolds its effects even in the case of minors and adults with modified or diminished capacity in fact. However, in times of pandemic, voluntariness *versus* the obligatory nature of the vaccine arises with the same intensity as the struggle between individual and collective rights. In the case of nursing homes, autonomy is reduced to the minimum expression. It is the judges who substitute the will of the person, his representative or the family member or relative, abusing a mechanism exceptionally provided for the protection of the vulnerable. It is worth reflecting on whether the function of the judge is to vaccinate or if something fails when judges are forced to vaccinate.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, vacuna, salud pública, autonomía, consentimiento, menor de edad, capacidad, discapacidad.

KEYWORDS: Covid-19, vaccine, public health, autonomy, consent, minor, capacity, disability.

SUMARIO: 1. LA VACUNACIÓN GENERALIDADES. 2. MENORES, VACUNA COVID Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 2.1 Vacunación de menores y escolarización. 2.2. Vacunación de menores y salud pública. 2.3. La postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.4. Vacuna Covid y discrepancias en la representación del menor. 3. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” EN LAS RESIDENCIAS DE MAYORES. 3.1. Vacunación,

¹ Proyecto DERECHO Y MEDICINA: DESAFIOS TECNOLOGICOS Y CIENTIFICOS (DEMETYC) PID2019104868RA-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033

consentimiento y falta de capacidad. 3.2. La vacunación “judicial” y su difícil ajuste en la Convención de las Personas con Discapacidad. 3.3. Jueces que vacunan. 4. ¿HACIA LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA? 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA VACUNACIÓN: GENERALIDADES

La vacunación es uno de los mayores éxitos en materia de salud pública y se ha erigido como una herramienta fundamental para la reducción de la mortalidad y de la morbilidad en el siglo XX. La Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica² sostiene que “Es la acción sanitaria que con menor coste, produce más beneficio y llega a mayor número de personas”.

El calendario de vacunación se recoge en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud conforme prevé el Real Decreto 1030/2006³, en concreto, en su artículo 3.1.a incluye las vacunaciones de todos los grupos de edad y, en su caso, de los grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que se indiquen por motivos epidemiológicos.

En España la vacunación es voluntaria⁴, aunque podría establecerse de modo forzoso en el caso de epidemia, con fundamento en los artículos 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981⁵, en tanto en cuanto el gobierno, por las atribuciones previstas en el artículo 116.2 de la CE, podría establecer medidas para hacer frente a las enfermedades infecciosas. En este sentido, también la Ley Orgánica 3/1986⁶ establece en el artículo 2 la posibilidad de adoptar medidas ante indicios racionales de existencia de peligro para la salud de la población a consecuencia de una situación sanitaria concreta. Por su parte, en el artículo 3, se establece, en concreto, la facultad de determinar 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, todo ello con la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles.

No obstante, como apuntábamos, la normativa sanitaria parte del principio general de voluntariedad en materia de vacunas. Así se establece por la Ley 33/2011⁷ y por la Ley 41/2002⁸, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2.a, el facultativo puede llevar a cabo las intervenciones indispensables en favor de la salud del paciente sin contar con su

² Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica, de 8 de febrero de 2016.

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_vacunacion_pediatica_08_02_16.pdf

³ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16.9.2006).

⁴ No obstante, el debate sobre la obligatoriedad de la vacuna, está servido. De hecho, ya son varios los países europeos que han establecido la obligatoriedad de la vacuna. Austria, la impone a toda la población, mientras que otros países como Alemania, Bélgica, Reino Unido y Grecia ponen el foco en sectores profesionales sensibles como el sanitario o los trabajadores en centros de mayores.

⁵ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio (BOE núm. 134, de 5.6.1981).

⁶ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29.4.1986).

⁷ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240, de 5.10.2011).

⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15.11.2002). Además, existe normativa autonómica en la materia, que no será objeto de análisis.

consentimiento cuando exista riesgo para la salud pública, sin perjuicio de la comunicación a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas si supusieran el internamiento obligatorio de personas, de conformidad a la Ley Orgánica 3/1986. También cabría limitar la autonomía de la voluntad en el supuesto previsto por el artículo 9.2.b, es decir, en los casos de existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica individual cuando no sea posible conseguir su autorización, en cuyo caso, habrá que consultar, si las circunstancias lo permiten, a los familiares o personas vinculadas de hecho. En atención a ello, la vacuna frente al Covid-19 en España, por el momento, es voluntaria⁹.

No obstante, cabe plantearse, si mediando una pandemia, resulta conveniente su obligatoriedad, teniendo en cuenta el mecanismo de actuación de la vacuna. En relación a ello, las enfermedades infecciosas se propagan en la población de modo complejo sin presentar un comportamiento lineal, ya que cada agente infeccioso presenta unos patrones distintos dependiendo del periodo de latencia¹⁰, de la infección, de la tasa de transmisión y de las características sociales y demográficas de la población.

La vacuna actúa como un mecanismo de prevención, y al introducir un programa de vacunación, la infección cambia conforme a la interacción entre esta y el huésped¹¹ y en función de otros factores como la efectividad de la vacuna, la duración de la inmunidad y de la población vacunada. Por lo tanto, además de prevenir que el individuo contraiga la enfermedad, es inherente a la vacunación la reducción de la circulación del microorganismo, lo que conlleva -respecto a personas no vacunadas en poblaciones vacunadas- referirnos a la ansiada, en estos momentos, inmunidad de grupo o de rebaño.

No obstante, si bien es indudable que la vacunación es uno de los mayores éxitos en materia de salud pública, es cierto que, aun partiendo de su seguridad, no son totalmente inocuas, ya que pueden llevar asociados efectos adversos¹², más allá de las molestias leves como rojece, inflamación del área o febrícula. En relación a los efectos adversos de las vacunas, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León¹³ aborda un supuesto de efecto adverso muy grave de tetraparesia espástica¹⁴ secundaria a encefalopatía subaguda¹⁵ manifestada a los quince meses de edad tras el suministro, días antes, de la vacuna triple vírica.

⁹ No obstante, el debate sobre la obligatoriedad de la vacuna, está servido. De hecho, ya son varios los países europeos que han establecido la obligatoriedad de la vacuna. Austria, la impone a toda la población, mientras que otros países como Alemania, Bélgica, Reino Unido y Grecia ponen el foco en sectores profesionales sensibles como el sanitario o los trabajadores en centros de mayores.

¹⁰ Período de inactividad aparente que se produce entre un estímulo y la reacción que posteriormente provoca.
<http://www.doctissimo.com/es/salud/diccionario-medico/latencia>

¹¹ Organismo que alberga a otro en su interior o lo porta sobre sí, ya sea un parásito, un comensal o un mutualista. Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico. Universidad de Salamanca.
<http://dicciomed.eusal.es/palabra/huesped>

¹² En relación a las vacunas frente al Covid-19 pueden consultarse los efectos adversos descritos en
<https://www.vacunacovid.gob.es/preguntas-y-respuestas/tiene-efectos-secundarios-la-vacuna-del-coronavirus>

¹³ STSJ Castilla y León, 2.1.2012 (JUR\2012\77775).

¹⁴ Tetraparesia significa disminución de la movilidad (paresia) en las cuatro (tetra) extremidades, es decir de brazos y piernas. Cuando se produce antes de los 3 años de edad se considera un tipo de parálisis cerebral infantil (PCI) y supone el 30% del total de casos. Es debida a una lesión extensa de la corteza cerebral que provoca una alteración del tono muscular y que puede tener múltiples causas, las más frecuentes la prematuridad, las alteraciones vasculares, traumáticas o infecciosas. La espasticidad causa mayor afectación en los músculos que se contraen para vencer la gravedad (antigravitatorios) por lo que la postura suele ser en flexión de los brazos y las piernas.
<https://neuropediatria.org/2016/03/28/tetraparesia-espastica-paralisis-cerebral-infantil/>

¹⁵ La encefalitis es un proceso inflamatorio del sistema nervioso central, asociado a una evidencia clínica de una disfunción neurológica, debido a múltiples agentes etiológicos, fundamentalmente virus. VVAA, Encefalitis, Sección de Enfermedades Infecciosas Pediátricas. Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Madrid. <http://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/encefalitis.pdf>

En lo que a vacunas frente al Covid se refiere, según los datos disponibles¹⁶, hasta el 5 de septiembre de 2021, se han registrado en la base de datos FEDRA¹⁷ un total de 41.751 notificaciones de acontecimientos adversos, lo que correspondería a 62 notificaciones por cada 100.000 dosis administradas. De los acontecimientos adversos notificados, 8.515 fueron considerados graves y 300 presentaron un desenlace mortal –si bien en la mayoría de los casos el fallecimiento traería causa de una situación clínica previa o de otros tratamientos que estuviera tomando el paciente–.

Por todo ello, no resulta sencillo establecer la obligatoriedad de una vacuna, que si bien, se ha revelado fundamental para frenar la pandemia, no está exenta de efectos adversos –aunque el beneficio supere el riesgo–. La contraposición –en ocasiones– entre el interés individual y el colectivo junto al juego de la autonomía de la voluntad y su posible limitación en circunstancias excepcionales, está forzando el recurso a la vacunación impuesta bajo una voluntad ficticia o bajo el abuso del recurso a la autorización judicial.

Nos referiremos, en lo sucesivo, a la vacunación frente al Covid-19 de colectivos vulnerables y al mal uso que se hace de su “autonomía” mientras los tribunales, a su vez, intentan sortear unas normas que, por el momento, siguen garantizando la voluntariedad en la vacunación, aun en circunstancias de pandemia.

2. MENORES, VACUNA COVID Y AUTONOMÍA DE VOLUNTAD

La Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica¹⁸ afirma que la vacunación es un procedimiento médico que protege a la persona frente a enfermedades ocasionadas por microorganismos, frente a los que se ha conseguido la disminución de enfermedades.

En 1975 se estableció el primer calendario vacunal en España¹⁹ y las altas coberturas logradas con los programas de vacunación infantil han sido la herramienta clave para conseguir la erradicación de enfermedades como la viruela y lo siguen siendo para eliminar la poliomielitis y el sarampión.

La vacunación de los menores es una pieza fundamental del derecho a la protección de la salud, por lo que, en ocasiones, la autonomía de la voluntad cederá ante intereses de la colectividad para promover la salud y prevenir la enfermedad. Si bien, los tribunales españoles ya se habían pronunciado en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰, recientemente, ha venido a avalar esta postura. Nos detendremos en ello con posterioridad.

¹⁶ 8º Informe de Farmacovigilancia sobre Vacunas Covid.

<https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/8o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/>

¹⁷ Farmacovigilancia Española Datos de las sospechas de reacciones adversas.

¹⁸ Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica, de 8 de febrero de 2016.

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ced_vacunacion_pediatrica_08_02_16.pdf

¹⁹ La Ley 33/2011, General de Salud Pública, en su artículo 19.3.a determina que el Consejo Interterritorial del SNS acordará el calendario único de vacunas en España, si bien las CCAA y Ceuta y Melilla podrán modificarlo por motivos epidemiológicos.

²⁰ TEDH. Caso Vavříčka y otros contra la República Checa (47621/13 y otros 5). 8.4.2021.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>

2.1. VACUNACIÓN DE MENORES Y ESCOLARIZACIÓN

El Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría publica cada año el calendario de vacunas que considera idóneo para los niños que residen en España teniendo en cuenta la evidencia disponible²¹. Se trata de una intervención voluntaria, si bien algunas normas autonómicas establecen la obligatoriedad en algunos casos²².

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja²³, en esta línea, ha considerado que la norma autonómica que obliga a cumplir con el calendario de vacunación a los menores que vayan a acceder a un centro de guardería²⁴ no conculca el derecho a la educación ya que la cobertura de guarderías infantiles tiene carácter voluntario, no constituyendo parte de la educación obligatoria. Además, ratifica la potestad de la Administración para imponer esta exigencia previa al acceso a los servicios de guardería, pudiendo negar la admisión a los niños no vacunados “dado que la medida profiláctica aplicada a cada niño resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo”²⁵.

Esta resolución es fruto de una línea que pone énfasis en el respeto no solo de los derechos individuales, sino en los del resto de la sociedad, como fundamento de un Estado social y democrático de Derecho. No se considera, en estos casos, que se produzca una vulneración del derecho a la educación, sino el incumplimiento de obligaciones en atención a la prevención de enfermedades, lo que se logra mediante la vacunación con el objeto de conseguir la inmunidad de grupo, lo cual protege a las personas no vacunadas y contribuye a la erradicación de la enfermedad en un área geográfica, e incluso, en el mundo.

2.2. VACUNACIÓN DE MENORES Y SALUD PÚBLICA

Otro de los casos en los que ha cedido la libertad individual dando preeminencia a los derechos de la colectividad es la decisión judicial por la que se estableció la vacunación obligatoria contra el sarampión de treinta y cinco niños a consecuencia de la producción de un brote de enfermedad de sarampión en Granada, con treinta y seis casos confirmados en un breve espacio temporal en el barrio del Albaycín que se propagó a consecuencia de la baja cobertura de los niños allí residentes²⁶.

²¹ El “calendario de vacunaciones [...] indica las edades en las que se han de administrar las vacunas consideradas por el CAV-AEP con perfil de sistemáticas, es decir, las que todos los niños en España han de recibir de forma universal. Se incluyen las vacunas sistemáticas financiadas oficiales, que son ofrecidas gratuitamente en cada una de las comunidades autónomas y las sistemáticas no financiadas, que el CAV-AEP considera deseable que todos los niños reciban, pero que por el momento no están incluidas en la financiación pública”. Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría (CAV-AEP). Calendario de Vacunaciones de la Asociación Española de Pediatría. Razones y bases de las recomendaciones 2017. [Internet]. Madrid: AEP; 2017 <http://vacunasaep.org/sites/vacunasaep.org/files/calvacaep2017-razones-y-bases.pdf>

²² Decreto 49/2004, de 30 de junio, de guarderías infantiles de La Rioja (BO La Rioja núm. 99, de 7.8.2004) “Para la admisión de los niños en cualquiera de las guarderías reguladas por este Decreto, se deberá acreditar, por facultativo competente, su correcto estado de salud, así como que ha sido sometido a las vacunaciones oficiales que correspondan en cada momento” y en atención a ello, “la Dirección del Centro anotará en la ficha de registro de vacunaciones los datos correspondientes al estado vacunal del niño que ingresa por primera vez. Cualquier anomalía detectada, se pondrá en conocimiento de los padres para que procedan a la corrección de la misma, con objeto de proteger la salud individual y colectiva”. Anexo punto 3.

²³ STSJ La Rioja, 2.4.2002 (JUR\2002\197129).

²⁴ Se refiere al derogado Decreto 2/1991, de 21 de febrero, regulador de las condiciones higiénico-sanitarias y administrativas de las guarderías infantiles (BO La Rioja núm. 26, de 28.2.1991). Esta norma es sustituida por el citado Decreto 49/2004, que se pronuncia en términos similares en relación a lo que nos ocupa.

²⁵ En estos términos se ha pronunciado el TSJ de Cataluña en STSJ Cataluña, 28.3.2000 (JUR\2000\204924).

²⁶ Jdo. Contencioso Administrativo de Granada, 24.11.2010 (RJCA\2010\841). La Sentencia resulta confirmada por STSJ Granada, 22.7.2013 (JUR\2013\302906).

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirma la Sentencia recaída en la instancia, que pone de manifiesto que se trata de una medida amparada por una norma de rango legal, proporcional en cuanto idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden y que no implica un sacrificio desmedido²⁷.

En este caso, entre el conflicto en el que el Estado entiende que todos los menores deben ser vacunados –contra el sarampión por medio de la inoculación de la vacuna triple vírica- para evitar que los niños no vacunados contraigan la enfermedad, que los niños que no estando sometidos a la vacuna por no alcanzar la edad conforme al calendario la contraigan igualmente y que los adultos no vacunados o no inmunes puedan también contraerla, y la postura contraria de los padres que consideran que se protege mejor la salud de sus hijos si no son vacunados se da preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria, poniéndose en duda la pretendida protección de la salud de sus hijos por parte de los padres²⁸.

2.3. LA POSTURA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁹ ha avalado la postura de establecer la obligatoriedad de determinadas vacunas infantiles en la línea en la que acabamos de comprobar que ya apuntaban los tribunales españoles.

Los hechos se remiten a que en la República Checa existe legalmente la obligación de vacunar contra una serie de enfermedades a los niños. En caso de incumplimiento, además de no poder escolarizarlos, los padres son multados. Únicamente queda fuera de esta obligación el menor que, por motivos de salud, no pudiera ser vacunado.

Al TEDH llegan seis recursos –con fechas entre 2013 y 2015- con supuestos de hecho similares cuyo origen estriba en que los menores, por distintas consideraciones de sus progenitores, no habían recibido, o bien ninguna, o bien una parte de las vacunas obligatorias.

Los recurrentes fundaron sus alegaciones en la vulneración por parte del gobierno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En concreto, consideraban que se había atentado contra el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), frente a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y frente al artículo 2 del Protocolo 1, en lo relativo al derecho a la educación.

La Corte Europea concluye con que efectivamente a consecuencia de la vacunación obligatoria, se había producido una injerencia en la vida privada y en cinco casos los menores habían sido rechazados por los centros educativos –hasta el momento de la escolarización

²⁷ Según se deriva del informe del Jefe de Sección de Epidemiología de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Salud “mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no deán secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren entre un 5- 15% de los casos, e incluyen otitis media, laringotraqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con indeficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil”. Jdo. Contencioso Administrativo de Granada, 24.11.2010 (R/JCA\2010\841).

²⁸ STSJ Andalucía, de 22.7.2013 (JUR\2013\302906).

²⁹ TEDH. Caso Vavříčka y otros contra la República Checa (47621/13 y otros 5). 8.4.2021. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>

obligatoria- a consecuencia de la no vacunación. Cosa distinta, es que esta injerencia estaba justificada de acuerdo al derecho interno y al orden constitucional checo. Ello fue el motivo por el que el Tribunal concluyó que no concurrió vulneración de la CEDH.

En efecto, el artículo 8 de la CEDH, si bien garantiza la no interferencia en la vida familiar y privada de las personas, prevé que, en algunas ocasiones es admisible. Para ello, la medida concreta debe estar prevista legalmente y ser una medida democráticamente necesaria para asegurar, entre otros derechos y libertades, el relativo a la salud.

En cuanto a la previsión legal, el Tribunal ha adoptado un criterio amplio en el sentido de entender que la vacunación obligatoria estaba prevista legalmente –aunque fuera en normas que no tuvieran estrictamente rango de ley-. En lo relativo a la necesidad de la medida, el Tribunal apela a una situación social en que el índice de vacunación estaba disminuyendo y en el beneficio de la salud pública, que se vería seriamente amenazada si las enfermedades aumentaran. El Tribunal se hace eco de que diversos Estados están yendo hacia una mayor intervención en esta materia al disminuir la vacunación voluntaria y, por lo tanto, la inmunidad colectiva. Se pone de relieve la importancia de la solidaridad social en beneficio de las personas más vulnerables para lo que resulta justa la exigencia de asumir un riesgo mínimo por el resto de la sociedad, todavía en mayor medida cuando es la propia Convención la que establece a los Estados la obligación de establecer medidas para la protección de la vida y de la salud.

La proporcionalidad de la medida se garantiza, a juicio del Tribunal, por el claro beneficio para el resto de los menores escolarizados y por la seguridad probada científicamente al ser raros los efectos secundarios. Hay que tener en cuenta –y así lo aprecia el Tribunal- que en las decisiones que atañen al menor en general y, en particular, las que afectan a su salud y a su desarrollo su interés es el factor primordial a considerar. Resulta necesario garantizar la cobertura de vacunación en la comunidad y para ello es imprescindible que los menores se vacunen –solo así resultan protegidos aquellos no vacunados-. Si el Estado considera que es necesario implantar medidas al efecto para garantizar el efecto rebaño es razonable establecer una política de vacunación obligatoria, ya que la voluntaria no era suficiente para garantizar la inmunidad colectiva, y, con ello, el interés superior de los menores.

Tampoco ha encontrado el Tribunal en el artículo 9 de la CEDH fundamento para reconocer vulneración de la libertad de pensamiento y conciencia, ya que ello requeriría que dicho pensamiento y conciencia fueran coherentes y tuvieran credibilidad, sin estar amparadas por el precepto las dudas que manifestaban los recurrentes sobre la seguridad de las vacunas.

El hecho de la exclusión de los menores no vacunados de los jardines de infancia, es visto por el Tribunal como una pérdida de oportunidad en el aprendizaje y en la adquisición de habilidades sociales imputable a la decisión de los padres, al negarse a cumplir el deber de proteger la salud. El hecho de que en el momento de la escolarización obligatoria –aun sin las vacunas establecidas- los menores fueron admitidos implica que su admisión en la escuela primaria no fue afectada por el hecho de la no vacunación, lo que ahonda en la proporcionalidad de la medida.

2.4. VACUNA COVID Y DISCREPANCIAS EN LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR

La mayoría de edad sanitaria está estrechamente ligada a la madurez, de ahí que el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 limite el consentimiento por representación cuando el menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En esta línea incide el artículo 162.1.1º CC, al exceptuar la representación legal por parte de los padres que ostenten la patria potestad en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, que, conforme a su madurez, pueda ejercitar por sí mismo –al

margen de la intervención de los responsables parentales en virtud de sus deberes de cuidado y de asistencia.

La “mayoría de edad sanitaria”, imbuida de esta postura, está en estrecha relación con la “minoría de edad madura”, que tiene su razón de ser en que las fases por las que discurre la minoría de edad no están definidas y transcurren a través de un proceso gradual en el que el menor va adquiriendo progresivamente capacidad como un lento fluir que difiere entre individuos de conformidad a la línea establecida por la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor³⁰. La tendencia, en definitiva, ha sido conceder al menor más participación en las decisiones que atañen a su persona cuanto mayor sea su edad y su capacidad de discernimiento³¹.

Si bien, con carácter general el menor de dieciséis años cumplidos se presume maduro para decidir acerca de las intervenciones sanitarias con carácter general, a consecuencia de la reforma operada por la Ley 26/2015³², el menor maduro pierde parte de su autonomía, al establecer el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 que en caso de “actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor” la representación interviene.

No consideramos que la vacuna frente al Covid-19 entrañe una actuación de grave riesgo³³ por lo que en circunstancias normales –sin tener disminuida su capacidad- el menor maduro decidirá inocularse o no la vacuna.

Por lo tanto, presumiendo que el menor con dieciséis años es maduro, por debajo de esa edad, si bien se presume que no lo es, habrá que estar al caso concreto –teniendo en cuenta que la madurez se alcanza a través de un tránsito que no transcurre del mismo modo para todas las personas-. Si el menor de dieciséis años tuviera madurez suficiente consentiría o rechazaría la inoculación de la vacuna. Si no tuviera madurez suficiente, atendiendo al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 habría que escuchar su opinión y de conformidad al artículo 9.7 de la Ley 41/2002, con independencia de la prestación del consentimiento por representación, el paciente participará –en la medida de lo posible- en la toma de decisiones.

Es en los casos de menores sin madurez suficiente para decidir la intervención concreta –en este caso la inoculación de la vacuna Covid-19- en los que se puede producir discrepancias en cuanto a la prestación o no de consentimiento por representación³⁴.

³⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.15, de 17.1.1996).

³¹ “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”. Exposición de Motivos Ley Orgánica 1/1996.

³² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29.7.2015).

³³ A modo de ejemplo, véase la evaluación por el *Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP)* acerca del beneficio-riesgo de las vacunas de la Covid de ARNM en relación al riesgo de miocarditis en población pediátrica. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/el-acip-evalua-el-beneficio-riesgo-de-las-vacunas-de-la-covid-de-arnm-en-relacion-al-riesgo-de>

³⁴ Véase para un tratamiento más extenso de estas cuestiones GIL MEMBRADO, C., “El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor”, *Revista de Derecho Privado*, Año 102, mes 3, 2018, págs. 33-66.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 162 CC los padres ostentan la patria potestad y tienen la representación de sus hijos, aunque tal y como precisa el artículo 156 CC puede ejercerse por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro. Además “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

En cuanto a la inoculación de la vacuna Covid nos planteamos si la intervención sería un acto calificable de uso social o un acto extraordinario –en cuyo caso sería necesario el consentimiento de ambos progenitores para vacunar al menor no maduro-. Los tribunales, sobre este particular y en relación a otras vacunas han considerado que “La guarda y custodia exclusiva o convivencia individual ostentada por la madre custodia o conviviente comporta estar en compañía y al cuidado de las menores en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias”³⁵.

Ello implicaría concluir que la administración de las vacunas que constan en el calendario vacunal³⁶ sería un acto que recibiría el tratamiento de uso social, pudiendo consentir uno de los progenitores, y, en el caso de vacunas no previstas en el calendario deberían consentir ambos³⁷, y en defecto de acuerdo, se atendería a la decisión a la autoridad judicial³⁸.

Nos planteamos si la inoculación de la vacuna frente al Covid tendría o no la consideración de una actuación inherente a la esfera del uso social. La respuesta acorde a las manifestaciones de las autoridades competentes es que «debe considerarse a estos efectos como una “vacunación de calendario oficial”, pues su indicación ha sido establecida por las autoridades sanitarias»³⁹.

Por lo tanto, en el caso de la administración de esta vacuna a menores no maduros, tras oír al menor, sería suficiente el consentimiento verbal de uno de los progenitores si no hay constancia de la oposición del otro. En caso de que la hubiera, se atenderá a la decisión judicial, al igual que en el caso de que ambos progenitores se negaran y se considerase a instancias del profesional sanitario que por las circunstancias concretas –por ejemplo, el grado de exposición o la situación personal de previa patología-.

³⁵ SAP Alicante, 5.11.2015 (JUR 2016\128491).

³⁶<https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/calendario-y-coberturas/home.htm>

<https://vacunasaep.org/profesionales/calendario-de-vacunaciones-de-la-aep-2021>

³⁷ Sucede así en relación con otras actuaciones. Así, “Ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión(bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones) así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero(salvo viajes vacacionales), siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/ o apartarlo de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional”. SAP Alicante, 11.11.2014 (JUR 2015\75477).

³⁸ Art. 156 CC.

³⁹ Así se manifiesta el Ministerio de Sanidad en el documento “Vacunación Covid en adolescentes: preguntas y respuestas”, pg. 14.

https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Vacuna_COVID_adolescentes_PreguntasYRespuestas.pdf

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, a través de Auto de 28 de julio de 2021⁴⁰, se pronuncia en relación al desacuerdo entre los progenitores en orden a la inoculación de la vacuna frente al Covid-19. Tras la negativa del progenitor a la vacunación de sus hijos menores y a cualquier prueba de detección del Covid-19, el órgano juzgador considera que la solución más beneficiosa para los hijos es atribuir a la madre la facultad de decidir en relación a las visitas pediátricas y a la vacunación de los menores. No constituye, según consta en la resolución judicial, la administración de las vacunas ningún ataque a la integridad física de los menores, y sus beneficios son tanto individuales como para la sociedad al evitar futuros contagios. Los riesgos, teniendo en cuenta la aprobación de la vacuna por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, son muy inferiores a los beneficios, al estar también probada su calidad, su seguridad y su eficacia. El juzgador reprende al progenitor que se opone por obstaculizar la vacunación, desatendiendo el riesgo que supone la infección por Covid-19 “y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años”.

3. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” EN LAS RESIDENCIAS DE MAYORES

Como se ha expuesto, en relación a la capacidad del menor, se tiende a dar relevancia a la mínima madurez para que la participación en la decisión por parte del menor maduro se produzca. No sucede así en la mayoría de edad, puesto que nos encontramos habitualmente con remisiones a la resolución judicial que modifica la capacidad y ante el silencio se tiende a considerar que la incapacidad se extiende a todo lo no expresamente previsto, por lo que la autonomía del mayor de edad discapacitado queda en la mínima expresión que, a menudo, resulta inexistente⁴¹. Ello va a afectar a las decisiones en materia de inoculación de la vacuna Covid.

Se presta, así, escasa o nula atención a la capacidad natural o de hecho, como la aptitud para tomar en un momento determinado una decisión o para manifestar la voluntad al respecto⁴². Pero, si cabe, en estas circunstancias, esta afirmación se lleva al último extremo, que implica que ni siquiera la persona o entidad que ostenta la tutela o la representación de la persona con capacidad modificada decidirá acerca de la administración o del rechazo de la vacuna.

En el contexto de la pandemia Covid-19, a los efectos de la vacunación, constituye una población diana la de los internos en las residencias de mayores, en los que, en no pocas ocasiones, concurre un déficit cognitivo, lo que implica una capacidad de decisión limitada pudiendo llegar a ser nula, por lo que de conformidad a lo establecido en la Ley 41/2002, en aquellos casos en los que la representación legal no esté establecida judicialmente se acude “a las personas vinculadas [...] por razones familiares o de hecho”⁴³.

⁴⁰ AJPI Barcelona, 28.7.2021 ECLI: ES:JPI:2021:295A

⁴¹ En relación a ello véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, Aranzadi, 2018 (BIB 2018\13987), pg. 5.

⁴² En relación a todo ello, véase GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad con discapacidad mental o intelectual: consentimiento informado y toma de decisiones en el ámbito sanitario”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Pérez Gallardo, L.B. (dirs.), García Mayo, M. (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, págs. 253-273.

⁴³ Art. 9.3.a Ley 41/2002.

Respecto a este colectivo vulnerable, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁴, recoge principios como el respeto a su dignidad, la autonomía individual, la independencia y la participación e inclusión plena en la sociedad. En el ámbito sanitario, la persona con discapacidad debe recibir el servicio con idéntica calidad y especialmente sobre la base del consentimiento libre e informado. Ello se traduce en la participación en el proceso de adopción de decisiones en el ámbito sanitario, de modo que para que la voluntad sea libre, la persona deberá gozar de apoyos atendiendo a su situación particular. La realidad es bien distinta, al estar imbuida de un paradigma que no es acorde a los principios de la Convención. Muestra de ello es que en los casos en los que la persona tiene disminuida su capacidad para decidir, procede el consentimiento por representación o por sustitución⁴⁵.

En lo sucesivo, abordaremos los últimos pronunciamientos judiciales que nos llevan a concluir que la autonomía en estos casos es poco más que un espejismo. De hecho, la tan protegida autonomía en la letra de los textos parece no conciliable con la actual situación de pandemia y los esfuerzos por hacer coexistir la autonomía, el interés individual y el colectivo da lugar a resoluciones forzadas que obvian la voluntad de la representación legal y en ocasiones, incluso la del propio paciente. Hablar de autonomía y vacunación en tiempos de pandemia, todavía más cuando se trata de determinados colectivos, resulta harto complicado.

3.1. VACUNACIÓN, CONSENTIMIENTO Y FALTA DE CAPACIDAD

Tanto el Tribunal Constitucional⁴⁶ como el Tribunal Supremo consideran el consentimiento informado en el ámbito médico como un derecho fundamental que encuentra encaje en el derecho a la integridad física, en el sentido de que “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”⁴⁷.

La Ley 41/2002, en el artículo 9.6 establece que cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o, de hecho, prevalecerá el mayor beneficio para la vida o para la salud del paciente y si la decisión fuera contraria a su interés, debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda. Ante una situación de urgencia, en los casos en los que no fuera posible acudir a recabar la autorización judicial, el profesional sanitario adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, en cuyo caso, resultarían amparados por el cumplimiento del deber y por el estado de necesidad.

⁴⁴ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea de las Naciones Unidas. Este texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York y entró en vigor al ser ratificado por veinte países –el 3 de mayo de 2008-. La Convención se supervisa por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21.4.2008. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21.4.2008).

⁴⁵ Un análisis detallado de las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad a España lo encontramos en TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, núm. 9797, 23 de febrero de 2021.

⁴⁶ STC, 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37).

⁴⁷ STS, 3/2001, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3).

Además, la prestación del consentimiento, en estos casos, debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades, en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal, conforme determina el artículo 9.7 de la Ley 41/2002. En atención a ello, prosigue el precepto, el paciente debe participar, en la medida de las posibilidades, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, proporcionándole, si tiene discapacidad, las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí mismo o con la mayor participación posible el consentimiento⁴⁸.

Todo ello está en línea con lo ya dispuesto en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 relativo a los derechos humanos y a la biomedicina⁴⁹, que, si bien establece la necesidad de representación en los casos de mayores que carezcan de capacidad para consentir, también recoge en el artículo 6.3 que la persona mayor deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento y en todo caso, deberán ser tomados en consideración sus deseos expresados con anterioridad a la intervención, en los casos en los que en ese mismo momento no pueda expresar su voluntad.

3.2. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” Y SU DIFÍCIL AJUSTE EN LA CONVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En las residencias de mayores, ante un interno sin capacidad para la emisión de consentimiento válido, en beneficio de su interés individual –en ocasiones se alude también al colectivo– se considera por las resoluciones recaídas en vía judicial que la vacunación garantiza el derecho a la salud y, por lo tanto, debe administrarse con independencia de la voluntad del representante o sustituto –e incluso del paciente–. Llama la atención –y de ahí que la vacunación adquiera tintes de obligatoriedad– que en ninguno de los casos que han llegado a los juzgados se haya valorado apenas la posibilidad de participar del paciente en la toma de decisión, si bien es cierto que, en todos ellos, sin referirse a medidas de apoyo o a esfuerzos para que de modo accesible el interno pudiera de algún modo participar en la decisión, por los hechos descritos, sí que se deduce que la capacidad era escasa o inexistente. Con todo, tampoco queda constancia de la existencia o no de instrucciones previas⁵⁰, ni se ha considerado relevante la que hubiera podido ser la voluntad expresada con anterioridad a la pérdida de capacidad de uno de los internos.⁵¹ En definitiva, parece que se pasa de puntillas por la posibilidad de que, con el apoyo necesario, la autonomía se considere a la hora de administrar la vacuna Covid.

⁴⁸ Incluyendo la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

⁴⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE núm. 251, de 20.10.1999).

⁵⁰ En el artículo 11 de la Ley 41/2002 se regulan las instrucciones previas que posibilitan que una persona mayor de edad, capaz y libre, pueda manifestar de manera anticipada su voluntad, con el objeto de que esta sea cumplida si se llegara a circunstancias en las que la persona no sea capaz de expresar el cuidado y el tratamiento de salud que desearía o, llegado su fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo u órganos. Además, es posible –y muy conveniente– la designación de un representante para que, llegado el momento, sea el interlocutor con el equipo médico en cuanto al cumplimiento de las voluntades anticipadas. Esta voluntad puede revocarse libremente en cualquier momento y no se aplicaría si fueran contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o en los casos en los que el supuesto de hecho que el interesado a previsto en el momento de manifestarlas no sea correspondiente al real en las circunstancias en las que haya que aplicarlas.

Las instrucciones previas tienen su mayor virtualidad en servir de criterio interpretativo y orientativo a la hora de tomar decisiones cuando el paciente carece de capacidad para ello. En el caso de que se manifestaran de modo expreso sobre la vacunación o intervenciones similares, habría que valorarlas.

⁵¹ En este sentido, TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores...*op.cit.*”

Ello choca frontalmente con la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad⁵². Su propósito es la promoción, protección y aseguramiento del goce con plenitud y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad, así como la promoción del respeto de su dignidad.

El artículo 12 de la Convención establece que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, pero lejos de la letra de la norma, es a este colectivo al que en los más variados ámbitos se le niega dicha capacidad, por lo que las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, son sustituidas para tomar las decisiones vitales que les afectan. En atención a ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se pronuncia acerca de que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica”⁵³. En estrecha relación el apartado 2 del citado artículo 12 determina que “las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En el artículo 25 y, en relación a los derechos de las personas discapacitadas en lo que se refiere a la salud, además de reconocer su “derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”, se recoge la exigencia de la prestación de los servicios con la misma calidad a las personas discapacitadas y, en lo que nos interesa, “sobre la base de un consentimiento libre e informado”, “mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

Lo anterior implica que de manera previa a cualquier intervención sanitaria es preceptivo requerir el consentimiento libre e informado de la persona discapacitada, y para garantizar sus derechos es necesario proporcionarles mecanismos de representación o de sustitución en la adopción de decisiones, así como la posibilidad de consultar de modo directo con el profesional sanitario, que no debe sustituir ni influir en su decisión⁵⁴.

3.3. JUECES QUE VACUNAN

El Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, a través de Auto de 9 de enero de 2021⁵⁵, resolvió una situación relativa a la vacunación de una anciana interna en un centro geriátrico, teniendo en cuenta la situación pandémica y la afectación y malignidad del Covid-19 en el grupo de edad de referencia. Ordenó la vacunación de la anciana, incapaz de decidir por sí misma, pese a la oposición de su hija.

El Juzgado señala la evidencia de que, al igual que sucede con el resto de vacunas, la administración de la vacuna iba a disminuir el peligro de contraer la enfermedad. En el caso concreto, el grado de deterioro cognitivo impedía participar –ni siquiera mínimamente– en la decisión sobre la vacunación. Nos encontramos, por lo tanto, ante un caso en que es preciso –conforme a la normativa sanitaria– suplir o complementar el consentimiento, pero se

⁵² Sobre la materia, véase JIMÉNEZ PARÍS, J.M., “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9808, 11 de marzo de 2021.

⁵³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹ período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Tema 10 del programa provisional. Observaciones generales y días de debate general Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, pg. 3. https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/ge/dgcarticle12_sp.doc

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ AJPI Santiago de Compostela, 9.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JI:2021:4A

considera que la decisión adoptada por el llamado a decidir en sustitución, no es acorde al mayor beneficio para la vida o para la salud del interesado o afectado, por lo que correspondería al juez competente adoptar la resolución correspondiente.

El juzgador atiende para la toma de decisión al respecto a “la existencia de decenas de víctimas mortales” y al incremento del riesgo “a medida que la administración de la vacuna se demora y el número de contagios aumenta”. Frente a los temores manifestados por la hija de la interna en relación a la vacunación, el tribunal considera que “Vacunarse y no hacerlo, por tanto, conllevan un riesgo que forzosamente ha de asumirse pues no caben opciones intermedias. En tal tesitura, la cuestión se reduce a una pura ponderación de cuál sea el riesgo menor (y, por ende y a la inversa, el mayor beneficio traducido en la adopción del más liviano)”.

Ahonda como fundamento de la decisión el órgano juzgador en las evidencias científicas del momento y en las afirmaciones de la Organización Mundial de la Salud que dan muestra de la seguridad de las vacunas y del sometimiento de las mismas a rigurosas pruebas durante los ensayos clínicos y con posterioridad a su comercialización. Por otro lado, la mayoría de reacciones a las vacunas son leves y temporales, por lo que es mucho más fácil sufrir lesiones graves por una enfermedad que si bien puede tener graves consecuencias, puede ser prevenida mediante la vacunación. Ello implica que el beneficio supera en una gran medida los riesgos.

Nada sucedería hasta aquí si los jueces estuvieran llamados en aquellos casos -que deberían ser excepcionales- en los que los intereses del tutor o del sustituto van en contra del interés de la persona con capacidad modificada o con falta de capacidad de hecho para consentir. Anómala resulta la situación cuando es el juez quien en una y en otra ocasión tiene que sustituir a través de este mecanismo legal a la representación o sustituto. En realidad, cada vez que la decisión es la de no administrar la vacuna.

Un supuesto similar se presenta de nuevo ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, que, por medio de Auto de 20 de enero de 2021⁵⁶ aborda –a través de la jurisdicción voluntaria-, la adopción de medidas de protección para el caso de posible ejercicio inadecuado de potestad de guarda de personas con capacidad modificada judicialmente. En concreto dicha modificación trajo causa de una Sentencia que constató que, a consecuencia de un accidente cerebro vascular, la persona era carente de capacidad en todos los ámbitos – a excepción del manejo del dinero de bolsillo en pequeñas cantidades-. Se estableció la ausencia de capacidad de obrar de modo total en el ámbito de la salud, lo cual abarcaba la posibilidad de tomar decisiones sobre el manejo de medicamentos, sobre pautas de alimentación, sobre autocuidado y sobre prestación de consentimiento informado en el ámbito médico, necesitando la prestación de apoyos externos para la toma de decisiones sobre su salud. Su tutela la asumió una Fundación ante la falta de parientes idóneos.

El paciente se niega a la inoculación de la vacuna frente al Covid-19. De la exploración judicial se deduce que el paciente no está en condiciones de valorar ni las ventajas ni los eventuales riesgos ni contraindicaciones derivados de la vacuna ni los riesgos a consecuencia de su negativa a vacunarse, entre los que destaca el riesgo de contraer la infección.

La Fundación tutelar considera conveniente la administración de la vacuna, si bien es cierto que el paciente se había negado en los años anteriores a inocularse la vacuna de la gripe, sin que se recabara consentimiento por sustitución de la entidad de tutela. Sin embargo, se concluye con que el riesgo de la decisión pasada no es comparable a los graves riesgos que

⁵⁶ AJPI Santiago de Compostela, 20.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:1^a En el mismo sentido, AJPI Santiago de Compostela, 19.1.2021 ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:21A

implicaría contraer el Covid-19 en un paciente con los antecedentes que presenta, ya que tanto por edad como por patología previa se encuentra en el grupo más vulnerable.

En el caso concreto, el paciente pertenecía al grupo más vulnerable por edad y por patología y, además, la situación se agravaba a consecuencia de su ingreso en una residencia. Se toma en consideración que la vacuna es la única alternativa para la superación de la pandemia y que su inoculación corresponde en primer lugar a los grupos vulnerables. La seguridad de la vacuna queda salvada por la autorización dada por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios que implica que, pese a la celeridad del proceso, este se ha producido con las garantías de calidad, seguridad y eficacia y, que, por ello los beneficios superan ampliamente los riesgos, y el Sistema Español de Farmacovigilancia de Medicamentos de Uso Humano coordinado por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios analiza los acontecimientos adversos comunicados.

En la resolución se alude a la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la Estrategia de Vacunación frente al Covid-19 y, en especial sobre la priorización de vacunación⁵⁷ establece la vacunación como la máxima y más eficiente estrategia contra el Covid-19 y sostiene la necesidad de priorizar a los colectivos vulnerables.

Todas estas consideraciones llevan al juzgador a considerar que el consentimiento informado prestado por sustitución para la inoculación de la vacuna implica salvaguardar la protección y el mayor beneficio para la salud del residente que carece de capacidad natural para comprender el alcance de la intervención médica.

En este caso, quizá sí que podía intuirse un atisbo de cuál hubiera sido la voluntad del paciente en caso de gozar de la capacidad necesaria para decidir, dado que venía mostrando un rechazo continuado a la inoculación de la vacuna antigripal. Quizá por ello, el juzgador deja claro que para adoptar la decisión se tiene en cuenta la ponderación del beneficio individual del paciente, quedando al margen las consideraciones de salud pública, al tratarse de una intervención voluntaria, incluso se deja constancia de que en esta decisión no deben pesar circunstancias tales como la salud de otros residentes o de los trabajadores.

Un supuesto más evidente que el anterior si atendemos a las manifestaciones de voluntad realizadas por el interno, es el abordado por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante, de 25 de enero de 2021⁵⁸, en el que al supuesto de hecho se añade el matiz relativo a que una de las representantes -sobrina del incapaz- había informado de que su tío siempre había mostrado una oposición clara a las vacunas, lo que no obsta para que finalmente la decisión judicial sea la de administrar la vacuna.

En alguna ocasión el balance riesgo-beneficio en el caso concreto es más dudoso. El Juzgado de Primera Instancia de Granada, en Auto de 4 de febrero de 2021⁵⁹ aborda la negativa del hijo de un interno ingresado en una residencia con un deterioro cognitivo grave y sin facultades mentales para prestar consentimiento informado. En este caso el afectado había ya contraído el Covid-19 y el hijo manifestó que su padre tenía un deterioro físico muy grande, Alzheimer, padecimiento de los bronquios, estado de desnutrición y su voluntad como sustituto era no exponerlo a una nueva carga viral, considerando que la administración de la

⁵⁷ Declaración del Comité de Bioética de España sobre la estrategia de vacunación frente a la Covid-19 y, en especial, sobre la priorización de la vacunación. 14.12.2020.

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Declaracion%20del%20CBE%20-%20Estrategia%20priorizacion%20vacunacion%20frente%20COVID19.pdf>

⁵⁸ En referencia a esta resolución, TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores...*op.cit.*, pg. 3.

⁵⁹ AJPI Granada, 4.2.2021, JUR\2021\40231. Un supuesto muy similar lo encontramos en el AJPI Sevilla, 15.1.2021, JUR\2021\22147.

vacuna, a consecuencia de los anticuerpos generados por la enfermedad, no era imprescindible.

El juzgador afronta para la resolución la cuestión jurídica de determinar si existen razones para negarse a la prestación de consentimiento a la vacuna, para lo que hay que atender al mayor beneficio para la vida o para la salud del paciente, prevaleciendo este sobre la voluntad del familiar.

Si bien, estima que la postura del hijo es comprensible desde un punto de vista humano, el hecho de haber pasado la enfermedad y presentar anticuerpos al virus en el momento de realizar las pruebas serológicas, no implica conforme al estado actual de la ciencia, saber con precisión el tiempo de inmunidad al virus, dada además su variabilidad y las condiciones específicas del afectado y que en muchas ocasiones se ha producido un nuevo contagio o reinfección.

Atendiendo a todo ello, se considera que el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, por lo que el mayor beneficio estriba en la vacunación y lo contrario sería arriesgado y menos beneficioso para una persona que, además, es muy vulnerable.

En definitiva, dadas las circunstancias y el contexto que nos envuelve, los jueces, en atención a sus legítimas funciones, y para proteger, en unas ocasiones, la salud de la persona que no tiene capacidad para consentir la administración de la vacuna, y en otras, el interés de la colectividad, pero en detrimento de la tan ensalzada autonomía en materia de intervenciones sanitarias, deciden una y otra vez, ante la falta de una norma que establezca la vacunación obligatoria, inocular la dosis frente al Covid, al margen de la voluntad manifestada por representación o sustitución, e incluso, en ocasiones, la que el interno hubiera podido expresar con anterioridad.

Por lo tanto, en esta situación, salvo que hubiera previsión clara en instrucciones previas, la línea que se mantiene queda expuesta claramente por el Juzgado de I Instancia de Santiago de Compostela⁶⁰, que remite a la doctrina científica⁶¹ apostando por un enfoque funcional de la capacidad/competencia para la prestación del consentimiento informado, lo que implica valorar, en primer lugar, la capacidad intelectual y emocional específica para adoptar una concreta decisión médica, es decir, atender a la capacidad natural. Ello implica que la existencia de una sentencia de modificación judicial de la capacidad no tiene por qué implicar la falta de capacidad del paciente para prestar consentimiento informado válido previamente a una intervención médica.

A la hora de adoptar una decisión por representación o sustitución sin instrucciones previas se atenderá a alguno de los criterios manifestados por la doctrina. DOPICO GÓMEZ-ALLER rechaza atender a las valoraciones subjetivas del sustituto en la esfera médica por el riesgo de imposición de criterios particulares, pudiendo estos ser dispares con la opción médica indicada e incluso con la verdadera voluntad del paciente, dado que el sustituto no es titular de los derechos a la salud y a la vida –sobre los que se decide-. Otra de las opciones que el autor tampoco considera como la más adecuada es ponderar la decisión que el paciente habría adoptado –según testimonio del sustituto de la voluntad anticipada del paciente- y la voluntad hipotética del paciente –reconstruida por el sustituto conforme a los valores, religión, opiniones en supuestos similares-. Si bien el autor considera que esta opción puede ser más respetuosa con los valores del paciente, no está exenta de riesgos y de cambios de criterio que puedan escapar al conocimiento por parte del sustituto. Por último, el autor

⁶⁰ AJPI Santiago de Compostela. 2.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:1A

⁶¹ Se basa para ello en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Problemas del consentimiento informado «por representación»”, en *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols y Lucas*, 22, 2010. <http://www.acpgerontologia.com/documentacion/consentimientorepresentacion.pdf>

considera como adecuado acudir al mejor interés del paciente tomando en cuenta consideraciones objetivables y ponderando el bienestar, la salud y la vida, en beneficio del paciente y conforme a la *lex artis*.

Ello implicaría que un paciente capaz de decidir pueda adoptar decisiones en contra de indicaciones médicas, lo que no sucedería cuando el representante o el sustituto actúen, ni cuando el paciente con capacidad disminuida gozando del apoyo necesario pudiera emitir su voluntad. Por lo tanto, según esta doctrina la opción más respetuosa con el paciente será aquella que objetivamente y corresponda a su interés.

En esta línea, se sitúa el Juzgado de Primera Instancia de Lugo, de 11 de febrero de 2021⁶², que, ante la oposición por parte de la tutora de administrar la vacuna Covid-19 a su tutelado, sostiene que si bien la aplicación de la vacuna es voluntaria y se puede renunciar a su dispensación, la renuncia solo puede ser realizada por quien puede prestar consentimiento válido.

Se establece así un complejo equilibrio entre el artículo 9.3 que eleva a criterio decisor el mayor beneficio para la vida o la salud del paciente, y el artículo 9.7 que introduce la adecuación a las circunstancias en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Estos casos analizados tienen en común la escasa atención prestada a la voluntad del paciente, a su entorno y a la existencia o no de instrucciones previas, y que finalmente, ante la negativa, es el juez el que vacuna.

4. ¿HACIA LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA?

Por Ley 8/2021, de 25 de febrero se modifica la Ley 8/2008, de 10 de julio de salud de Galicia⁶³. En concreto, en el artículo 38.2.b.5º con apoyo en lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con el objeto de protegerla y de evitar su pérdida o deterioro, se da la posibilidad a las autoridades sanitarias autonómicas en el ámbito de sus competencias, si así lo exigieran razones sanitarias de urgencia o necesidad, de someter a medidas profilácticas de prevención, incluyendo la vacunación o inmunización. Además, se establece como infracción leve en materia de salud pública, en el artículo 41 BIS, “La negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población”. Todavía más, esta negativa puede convertirse en infracción grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 bis c. cuando pudiera “producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población”, e incluso de conformidad al artículo 43 bis d. como infracción muy grave si ese riesgo o daño grave se considera muy grave.

El Tribunal Constitucional en Auto de 20 de julio de 2021⁶⁴ acuerda mantener la suspensión de lo dispuesto en el citado artículo de la Ley 8/2008, en la redacción dada por la Ley 8/2021. Se acepta la postura del abogado del Estado, en el sentido de que al imponer la vacunación obligatoria se interfiere en el derecho garantizado en el artículo 15 CE. Además, aduce que

⁶² AJPI Lugo, 11.2.2021 JUR\2021\45250

⁶³ Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (BOE núm. 79, de 2.4.2021).

⁶⁴ ATC, 20.7.2021 ECLI:ECLI:ES:TC:2021:74A

se trata de una medida irreversible y que se aparta de la actual Estrategia Nacional de Vacunación contra el Covid-19 que establece la voluntariedad de la vacuna.

La Sala precisa que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que esté establecida en la Ley Orgánica 3/1986, suponiendo una intervención corporal coactiva que se realiza al margen de la voluntad, y que en caso de que el ciudadano no se someta puede ser sancionado. El Tribunal estima que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado al que nos referimos podría producir perjuicios ciertos y efectivos que podrían ser irreparables ya que de la aplicación del precepto resultaría la imposición de la vacunación en contra de la voluntad del ciudadano.

En cuanto a las decisiones judiciales, partiendo de la STEDH y de las últimas resoluciones en materia de conflictos entre los derechos individuales y la vacunación, con la presencia de la pandemia como telón de fondo, la férrea defensa de la autonomía de la voluntad ante intervenciones médicas como la vacunación va cediendo en beneficio de la protección de los derechos y de la salud individual⁶⁵, pero también colectiva. Si bien una intervención médica involuntaria implica una injerencia en el derecho, esta puede ser necesaria en una sociedad democrática.

La jurisprudencia, como se ha expuesto, es constante en sostener que la vacunación, en estos casos, representa el interés tanto individual como el colectivo, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad en los casos en los que la capacidad de obrar está minorada o es inexistente. Una excepción a los pronunciamientos en general constituye el Auto del Juzgado de I Instancia de Telde, de fecha 5 de octubre de 2021⁶⁶. En este caso, ante la negativa del guardador de hecho a la vacunación a persona sin capacidad para decidir, se realiza una ponderación con el riesgo individual. Se concluye con que no resultan acreditadas razones médicas y concretas que justifiquen la necesidad, al no pertenecer la persona a un grupo de riesgo ni ser vulnerable. El órgano juzgador atiende en esta ocasión al criterio del guardador que es considerado un buen cuidador de su esposa y se preocupa por la medicación que se le suministra y los efectos que se le pueden causar. En este caso, a diferencia de los expuestos, se concluye con la no concesión de la autorización para la administración de la vacuna frente al Covid-19 respetando la voluntad del guardador de hecho.

En este supuesto, se parte –como en todos los casos anteriormente analizados– de la ponderación prioritaria del bienestar, la salud y la vida del paciente, adoptando un criterio objetivo, tanto socialmente consensuado, como médico de conformidad a la *lex artis*. Ello implica que el consentimiento por sustitución se debe otorgar siempre en favor del paciente, de modo que este voluntariamente puede adoptar una decisión contraria a la indicación médica, a diferencia del sustituto o representante legal. Esta postura ha llevado a que las resoluciones judiciales en esta materia una vez acreditada y objetivada la opción más adecuada, en este caso la vacunación frente al Covid, esta es vinculante para el sustituto o representante, de modo que cualquier otra opción se entiende contraria al interés superior del menor o del carente total o parcialmente de capacidad para prestar consentimiento válido. En la resolución del Juzgado de Telde, se pondera el interés individual del paciente, pero también la voluntad del guardador de hecho, al margen de consideraciones de salud pública –al ser voluntaria la vacunación–. La ponderación del bienestar, la salud y la vida del paciente –art. 9.3 Ley 41/2002– junto al respeto a su dignidad –art. 9.7 Ley 41/2002– materializado en el consentimiento informado adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades

⁶⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA se refiere a “La inoperatividad de tal posición negacionista y contraria a la vacunación de personas dependientes por su discapacidad o por su minoridad” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, de 28 de septiembre de 2021.

⁶⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Telde, de 5 de octubre de 2021.
https://beta.publishwall.si/uploaded/temp/pdfs/2021/10/11/226753/Sodba_panija.pdf

a atender, implica que no en todo caso debe primar el criterio objetivo determinado por la *lex artis*, lo cual lleva a matizar la vacunación judicial obligatoria en estos casos.

En cuanto a la doctrina, una particular postura es la de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, que sostiene, que, en estas circunstancias, “no solo tenemos el derecho a vacunarnos (en coherencia con el derecho a la vida y a la salud [...]), sino también –simultáneamente– el deber de vacunarnos, pues en juego están la vida y la salud de los demás”. Deriva el citado autor esta afirmación de la moral con trascendencia jurídica, que no legal, fruto de una obligación natural, que si bien no es exigible coactivamente, sí puede generar otro tipo de consecuencias, como por ejemplo las ocasionadas por los daños causados por el contagio por persona no vacunada que no lo esté pudiendo estarlo, es decir, por no vacunarse de modo voluntario⁶⁷.

Con todo, la vacuna frente al Covid sigue siendo voluntaria y, por lo tanto, su inoculación depende de la decisión en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁸ señala que la capacidad jurídica y la mental son conceptos distintos. Así, mientras la capacidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos y de obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones, la capacidad mental estriba en la aptitud de la persona para tomar decisiones, variando esta de una a otra persona.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, la falta de capacidad mental no debe utilizarse para justificar la falta de capacidad jurídica⁶⁹, produciéndose en estos casos una “vacunación judicial” que chirría con el sistema de representación previsto en el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en regla general, lo que debería ser una excepción: que el juez decida en el caso de que el representante o sustituto no vele por el interés o mayor beneficio del incapaz.

Algo está fallando en el tratamiento de estas cuestiones cuando norma y realidad transitan hacia puntos divergentes, y son los jueces los que, finalmente, vacunan.

5. BIBLIOGRAFÍA

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, de 28 de septiembre de 2021.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Problemas del consentimiento informado «por representación»”, en *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols y Lucas*, 22, 2010.
<http://www.acpgerontologia.com/documentacion/consentimientorepresentacion.pdf>

GIL MEMBRADO, C., “El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor”, *Revista de Derecho Privado*, Año 102, mes 3, 2018.

GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad con discapacidad mental o intelectual: consentimiento informado y toma de decisiones en el ámbito sanitario”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Pérez Gallardo, L.B. (dirs.), García Mayo, M. (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

⁶⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, 28 de septiembre de 2021.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ En relación a todo ello, véase GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad... *op.cit.*”, págs. 253-273.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, Aranzadi, 2018.

JIMÉNEZ PARÍS, J.M., “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9808, 11 de marzo de 2021.

TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, núm. 9797, 23 de febrero de 2021.