

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 23 DE MADRID

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914936273,914936051/6052

Fax: 914936274

XXXXX

NIG: XXXXXXXX

Procedimiento: Intervención Judicial desacuerdo ejercicio patria potestad XXXX/2021

Materia: Derecho de familia

NEGOCIADO XXXXX

Demandante: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Demandado: D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

AUTO Nº 5/2022

En Madrid, a doce de enero de dos mil veintidós.

HECHOS

Primero.- La Procuradora XXXXXXXX, en nombre de XXXXXXXX, ha promovido expediente de jurisdicción voluntaria frente a XXXXXXXX, correspondiendo su conocimiento a este Juzgado por antecedentes y siendo registrado con el nº XXXXXXXX.

Segundo.- La Procuradora XXXXXXXX, en nombre del demandado, ha formulado oposición con arreglo al art. 17.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dándose traslado a la demandante.

Tercero.- Ha tenido lugar la celebración de la oportuna comparecencia con asistencia de las partes y del Ministerio Fiscal, habiéndose practicado la prueba propuesta y declarada pertinente con el resultado que consta en el soporte apto para la grabación del sonido y la imagen previsto en los arts. 187 y 146 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que no se opone a la solicitud.

Quinto.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar esta resolución debido al cúmulo de asuntos que soporta el Juzgado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interesa por la madre del menor XXXXXXXX, nacido el 2 de agosto de 2008, cuya custodia ostenta en virtud de la sentencia de 27 de mayo de 2015 del



procedimiento de divorcio contencioso nº XXXXXX, que se le atribuya la facultad de decidir sobre si el citado hijo debe ser vacunado de la covid-19 ante la negativa del padre y del propio hijo.

La defensa del padre se opone a la petición alegando que no tiene conocimiento sobre el medicamento que se va a aplicar, quién es el fabricante, cuál es el consentimiento informado que habrá de firmarse y la prescripción médica y el facultativo que le suministrará el medicamento, así como las posibles contraindicaciones o efectos secundarios que podrían darse teniendo en cuenta la enfermedad que padece el menor y por la que se encuentra bajo tratamiento.

En la extensa secuencia argumental que el padre desarrolla en su escrito de oposición, se alude a la consideración de medicamentos especiales que tienen las vacunas según la Ley del Medicamento, la acreditación del consentimiento previo informado necesario conforme a la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, que supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución Española) y la comparación de la mortalidad infantil por covid que es significativamente más baja que la tasa de mortalidad por influenza o gripe al haberse comprobado que los riesgos superan con creces ~~los~~ beneficios demostrados al no cumplir las vacunas la solicitud de licencia biológica requerida para hacer la aprobación final de comercialización. Sin embargo, en ninguno de sus alegatos se hace mención a la enfermedad que se dice que padece el menor ni el tratamiento que ~~se~~ está aplicando a dicha afección, sin que en la documentación que se aporta, consistentes ~~en~~ estudios e informes críticos con la vacunación, se incluya una historia clínica del menor ~~de la~~ que pueda inferirse la enfermedad que se pretexta como uno de los motivos para oponerse a la petición deducida por la madre.

SEGUNDO.- Circunscribiéndose este expediente a un supuesto de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad regulado en el art. 86 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, ha de tenerse presente que el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hijo entre las que se comprende la vacunación del covid por tratarse de una iniciativa que queda excluida de las que unilateralmente puede adoptar uno de ellos, encuadrándose dentro de los que la doctrina ha denominado “*actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad*”.

Ha de recordarse que el art. 156 del Código Civil determina que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, pudiendo acudir cualquiera de los dos, en caso de desacuerdo, al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.

TERCERO.- La protección del interés de los hijos menores constituye el criterio rector que con arreglo al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en su nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha de ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, primando sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Para evaluar dicho interés y siendo preceptiva la audiencia del hijo que cuenta con 13 años de edad, se ha practicado la diligencia de exploración con observancia de los requisitos y garantías exigidos por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, habiendo manifestado David que no quiere vacunarse del covid aunque

su madre haya pedido autorización, porque no le gustan las vacunas y es muy temprano. Refiere que sabe que puede estar en riesgo, que en su clase cree que se ha vacunado la mitad aunque no hablan de este tema y que su hermana XXXXXX, de 9 años de edad, no está vacunada.

En la audiencia del menor, sobre la que ha recibido puntual información en lenguaje comprensible y de cuyo resultado se ha dado traslado a las partes en cumplimiento de las orientaciones de la sentencia de 9 de mayo de 2019 del Pleno del Tribunal Constitucional, se ha podido constatar el alto grado de argumentación que presenta para rechazar su vacunación siendo esta opinión contraria a que se le inyecte la vacuna del covid-19 libremente emitida de tal manera que aun cuando pueda venir predispuesta y sea coincidente con la postura radicalmente opuesta a la vacuna que mantiene el padre, no puede negarse que su voluntad está correctamente formada.

Establecido lo anterior, ha de recordarse que el derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no implica que los deseos que expresa sean vinculantes ya que su criterio no puede erigirse en elemento decisorio al venir supeditado a la aludida protección prevalente de su interés. No obstante, en este concreto supuesto se ha de atender la voluntad del menor por las razones que se pasan a exponer y que se basan en la normativa contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Partiendo del derecho a la información sanitaria del que el menor es titular, la Ley de autonomía del paciente establece determinados límites al consentimiento por representación que reclama la madre al carecer el hijo "a priori" de capacidad para decidir por su minoría de edad, lo que ha dado lugar a este expediente ante la discrepancia mostrada por el padre.

Los preceptos de aplicación al caso son los puntos 3 y 4 del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que establecen:

3.- Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) 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.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el

consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

De la interpretación de las anteriores disposiciones legales cabe considerar que si la edad del menor está comprendida entre los 12 y los 16 años, lo que acontece en este caso con XXXX, de 13 años como nacido el 2 de agosto de 2008, y consta acreditado que tiene capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la actuación, circunstancia que ha patentizado en la diligencia de exploración al explicitar de forma lógica y ordenada su reserva y reticencia a ser vacunado del covid por desconocer las consecuencias que podrían derivarse, es el propio menor quien ha de otorgar personalmente el consentimiento sin que pueda ser sustituido o complementado por el de sus padres, pese a tener atribuidas las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, o por el de sus representantes legales. Así se deduce de la previsión contenida en el apartado a) del punto 3 del art. 9 de la Ley de autonomía del paciente que se ha transcrito, toda vez que se ha demostrado que el estado físico y psíquico del menor le permiten hacerse cargo y responsabilizarse de la situación sin que sea preciso, ante esta evidencia, un dictamen facultativo para evaluar su capacidad para tomar una decisión de notable trascendencia para el mismo como lo es la vacunación del covid-19.

Procede, en consecuencia, denegar la autorización solicitada por el solo motivo de la facultad de decisión que la ley concede al hijo menor de edad que ha optado inequívocamente por rehusar la vacunación, la cual no tiene carácter obligatorio, sin que este pronunciamiento suponga el acogimiento de las tesis esgrimidas por el padre relativas a la inadecuación de la vacuna del covid por estar en fase de ensayo y al desconocimiento sobre los efectos adversos que pudieran presentarse por una enfermedad del menor que no se ha identificado, al no haber quedado probados tales extremos.

CUARTO.- Dada la naturaleza de los intereses públicos que se protegen a través de este expediente, no cabe una especial condena en costas.

Por todo lo expuesto,

DISPONGO

No haber lugar a la autorización solicitada por XXXXXX, representada por la Procuradora D^a XXXXXX, para que se le atribuya la facultad de decidir sobre la vacunación de la covid-19 de su hijo menor XXXXXX.

No hacer un especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

Así por este auto, contra el que cabe interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de veinte días en la forma prevista en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo exponer las alegaciones en que se basa, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan, y siendo preceptiva para su admisión la constitución de depósito por importe de 50 euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado, lo pronuncia, manda y firma XXXXXX, XXXXXX del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid.

Este documento es una copia auténtica del documento Auto fin de procedimiento texto libre firmado electrónicamente por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX