



**Máster Universitario en Abogacía**

**Universidad de La Laguna**

**Facultad de Derecho**

**Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife**

**Curso: 2021/2022**

**Convocatoria: Marzo**

# **CONTROVERSIAS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS MENORES EN TIEMPOS DE COVID19: EL PROBLEMA DE LAS VACUNAS**

Realizado por la alumna **Dña. Paula Martín González**

Tutorizada por la profesora **Dña. María Elena Sánchez Jordán**

Departamento: **Disciplinas Jurídicas Básicas**

Área de conocimiento: **Derecho Civil**

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>SUPUESTO DE HECHO.....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....</b>	<b>5</b>
<b>III.</b>	<b>DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....</b>	<b>6</b>
	<b>1. La adopción por parte de un menor de edad de la decisión de vacunarse.....</b>	<b>7</b>
	<b>A) El alcance de la autonomía del paciente menor de edad.....</b>	<b>8</b>
	<b>B) El derecho del menor a ser oído.....</b>	<b>11</b>
	<b>C) ¿Pueden los menores de nuestro supuesto adoptar por sí solos la decisión de vacunarse?.....</b>	<b>13</b>
	<b>2. Si no hay acuerdo entre los progenitores, ¿los menores no pueden recibir la vacuna?.....</b>	<b>13</b>
	<b>A) Antecedentes: la guarda y custodia de los hijos menores de edad.....</b>	<b>13</b>
	<b>B) La modificación de los arts. 92, 97 y 103 del CC operada por la Ley 15/2015, de 8 de julio.....</b>	<b>14</b>
	<b>C) Regulación actual: la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.....</b>	<b>16</b>
	<b>D) Los deberes de los progenitores en relación con sus hijos.....</b>	<b>18</b>
	<b>E) El consentimiento de los progenitores en referencia a las vacunas contra el Covid-19 en menores de edad.....</b>	<b>26</b>
	<b>F) Respuesta a la cuestión planteada.....</b>	<b>29</b>
	<b>3. ¿Cuál sería la vía a seguir cuando uno de los progenitores no quiere que se les administre la vacuna a sus hijos menores de edad?.....</b>	<b>30</b>
	<b>A) Procedimiento a seguir.....</b>	<b>30</b>

<b>B) Respuesta a la cuestión planteada.....</b>	<b>34</b>
<b>4. ¿Hay algún tipo de consecuencia si uno de los padres acude a la cita de la vacunación de los hijos menores sin el consentimiento del otro?.....</b>	<b>35</b>
<b>A) Incumplimiento de la patria potestad.....</b>	<b>35</b>
<b>B) Respuesta a la cuestión planteada.....</b>	<b>39</b>
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>41</b>

## **I. SUPUESTO DE HECHO**

Doña Ana M.H y Don Raúl P.R., de 40 y 43 años, mantienen una relación sentimental desde la adolescencia. Se conocieron en el instituto «Cervantes», situado en el municipio de San Cristóbal de La Laguna, su ciudad natal y la de su familia.

Después de varios años de noviazgo deciden contraer matrimonio y empezar a formar su propia familia.

El 27 de diciembre de 2004, Doña Ana y Don Raúl se dan el sí quiero, en la Catedral de la Concepción, en San Cristóbal de La Laguna, rodeados de todos sus allegados.

La pareja, al poco tiempo de contraer matrimonio, se traslada a vivir a Extremadura, concretamente a Badajoz, ya que, la empresa donde trabaja Don Raúl decide enviarlo allí. Recién llegados a su nueva ciudad, Doña Ana y Don Raúl se enteran de que están esperando su primer hijo; muy ilusionados, esperan su llegada con ansias. Dan la bienvenida a su primer hijo, Nicolás P.M., el 6 de noviembre de 2005 y seguidamente nace, el 15 de diciembre de 2006, su segunda hija, Carlota P.M.

En el año 2015, Doña Ana y Don Raúl después de 11 años de matrimonio, deciden cesar la relación de pareja y divorciarse, por motivo por el cual han decidido, después de sopesar detenidamente la situación, solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, elaborando un convenio regulador el que se ordenen sus relaciones futuras y por el bien de sus hijos, Nicolás y Carlota, que en ese momento tienen 10 y 9 años respectivamente. El uso del domicilio conyugal se adjudica a la madre, Doña Ana y a los hijos comunes de ambos, de la misma manera que la guarda y custodia, debido a la profesión de Don Raúl.

En el convenio regulador suscrito entre las partes se acuerda que la madre se encuentra obligada a mantener informado al padre del estado de salud, aprovechamiento escolar y de cuantas vicisitudes importantes afectan a los menores; además, ambos progenitores se comprometen a colaborar positivamente en la formación y desarrollo integral de los mismos.

En cuanto a la patria potestad, se decide que será ejercitada conjuntamente por los dos progenitores, comprometiéndose ambos a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación de dichos hijos, así como a comunicar las incidencias que afecten a éstos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedad.

Se atribuye a Don Raúl un régimen de visitas de forma que pueda estar con sus hijos sin ningún tipo de limitación y previo acuerdo entre ambas partes.

Por último, se establece una pensión de alimentos por parte de Don Raúl hacía sus dos hijos menores, pactada entre ambos progenitores.

La relación de Doña Ana y Don Raúl, que hasta el momento es impecable por el interés de sus hijos, empieza a cambiar cuando en marzo de 2020 se declara el estado de alarma decretado por el gobierno, mediante «Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19».

Debido al incremento de casos por el Covid-19 y fallecimientos, que no paraban de aumentar y que aún siguen a la orden del día, se empezó investigar y crear una vacuna contra el Covid-19. En España se inocularon las primeras dosis a partir del 27 de diciembre de 2020, a los grupos más vulnerables y profesionales sanitarios, entre otros.

A raíz de las posibles pruebas PCR a las que podrían ser sometidos sus hijos y al hecho de que se planteara *la «posibilidad de la vacuna de los menores entre 12 y 17 años respectivamente»*, Raúl se manifiesta en contra, fundamentando su opinión en que las vacunas se encuentran en fase experimental, que en las investigaciones practicadas no se habían incluido menores, que no consta prescripción médica ni receta, y añadiendo que es imposible determinar los posibles efectos secundarios que puede producir la vacuna a los menores.

Por ese motivo, en diciembre del 2020, Don Raúl, padre de los menores Carlota y Nicolás, de 15 y 16 años respectivamente, que en ningún momento hasta entonces había puesto inconveniente alguno a la asistencia médica prestada por D. Rafael (pediatra de los

menores), comenzó a remitir correos electrónicos, mensajes «*vía WhatsApp*» y llamadas a su exmujer y madre de sus dos hijos, exigiendo información y estar presente en todas las visitas médicas; a posteriori retiró su autorización para que llevase a los niños al Dr. Rafael ni a ningún otro médico. Al mismo tiempo, en diciembre de ese mismo año, Don Raúl comunicó tanto a Doña Ana, como a la escuela de los menores, su oposición a la vacunación de sus hijos, tanto del Covid-19 como a cualquier otra vacuna, así como a que los hijos se sometiesen a cualquier tipo de test de detección de la infección de Covid-19.

Doña Ana, sorprendida por la actitud de Don Raúl, es partidaria de inmunizar a sus hijos y de realizarles pruebas PCR, ya que considera que es lo más beneficioso para los menores. En consecuencia, se plantea promover un procedimiento de jurisdicción voluntaria, para solicitar que se dicte auto en el que proceda a la autorización judicial a la facultad de decidir o de vacunar a los menores de edad.

## **II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**

El desacuerdo de los progenitores sobre si administrar o no la vacunación Covid-19 a sus hijos menores de edad nos hace plantearnos una serie de cuestiones, que son las siguientes:

**Primera. - ¿Puede adoptar un menor de edad por sí solo la decisión de vacunarse?**

**Segunda. – Si no hay acuerdo entre los progenitores, ¿los menores no pueden recibir la vacuna?**

**Tercera. - ¿Cuál sería la vía a seguir cuando uno de los progenitores no quiere que se les administre la vacuna a sus hijos menores de edad?**

**Cuarta. - ¿Hay algún tipo de consecuencia si uno de los padres acude a la cita de la vacunación de los hijos menores sin el consentimiento del otro?**

### **III. DICTAMEN JURÍDICO ACERCA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS**

Lo que se pretende con este dictamen es analizar las consecuencias jurídicas que pueden producirse en relación con las controversias en el ejercicio de la patria potestad, y en particular, respecto de las desavenencias entre los progenitores sobre la vacunación contra el Covid-19.

En este sentido, es imprescindible, en la primera parte del dictamen, dar respuesta a la primera cuestión que se nos plantea, es decir, si Nicolás y Carlota pueden adoptar la decisión de vacunarse del Covid-19. En este punto ha de tenerse en cuenta que la edad de ambos menores es importante a la hora de responder dicha cuestión.

Seguidamente, y una vez resuelto lo anterior, se tratará de responder de manera clara y precisa al interrogante relativo a si los menores, Nicolás y Carlota no pueden recibir la dosis de la vacuna debido a las disputas de sus progenitores, analizando para ello el convenio regulador acordado entre ambos progenitores.

La respuesta a la pregunta anterior nos lleva a la tercera y penúltima cuestión, esto es, a que vía se debe acudir si dicha controversia no se soluciona voluntariamente entre ambos progenitores, lo que nos permitirá averiguar cuál es la vía para resolver este tipo de disputas.

En último lugar, daré respuesta a la última cuestión, en la que trataré de responderse a la duda acerca de si un progenitor podrá sufrir algún tipo de consecuencia en caso de llevar a sus hijos menores a la dosis de la vacuna, sin el consentimiento del otro.

Para responder a las cuestiones planteadas en primer lugar se llevará a cabo un breve estudio sobre la autonomía del paciente, en este caso de los dos menores, haciendo referencia a la Ley 41/2003, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como el interés superior del menor, contemplado en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la LEC.

Una vez analizadas estas dos leyes, trataré de mostrar las consecuencias jurídicas que se derivan de la guarda y custodia y patria potestad de los hijos menores, regulado en el Código Civil; de la misma manera se tratará de examinar el convenio regulador.

Finalmente, abordaré la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para analizar con profundidad las controversias de los progenitores respecto a sus hijos

menores, relativas al ejercicio inadecuado de la patria potestad, para adoptar las medidas necesarias para asegurar y proteger a los menores.

**Primera cuestión. La adopción por parte de un menor de edad de la decisión de vacunarse.**

Nos podemos encontrar ante tres situaciones a la hora de adoptar la decisión de la vacunación respecto a los hijos menores:

- A) Que ambos progenitores de mutuo acuerdo tomen la decisión de no vacunar a sus hijos.
- B) Que ambos estén de acuerdo en vacunar a los hijos menores.
- C) Que exista controversia entre ambos progenitores.

Antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los menores es indispensable velar por el interés superior del menor. Para intentar concretar cuál es ese interés, tenemos que acudir en primer lugar a la Convención de los Derechos del Niño (a partir de ahora, CDN) y, en concreto a los artículos siguientes<sup>1</sup>:

Artículo 3.1 señala que: *«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».*

Artículo 3.2: *«Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».*

Esto se encuentra a su vez relacionado con el artículo 24 CDN<sup>2</sup>, en el que se menciona de forma expresa la salud de los menores.

---

<sup>1</sup> Convenio de los Derechos del Niño, Unicef, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

<sup>2</sup> Artículo 24.1: *“Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.*

Por otra parte, el artículo 18.1 del CDN establece que *«los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño»*.

El principio del interés superior del menor se localiza en todos los países que han suscrito el CDN que han adaptado su derecho de familia a las reglas del Convenio y ha sido fuertemente desarrollado por la doctrina. Además, la jurisprudencia avanza decididamente hacia su consideración en todas aquellas decisiones que involucren al menor como sujeto de derecho, constituyendo así un importantísimo criterio de interpretación judicial<sup>3</sup>.

También hay que destacar la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma que ajusta la legislación en nuestro país a las reglas constitucionales sobre la protección integral de la familia y la infancia.

La indicada ley, teniendo como referencia la CDN, fija que el interés superior del menor se antepone sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera presentarse y que la supremacía del interés superior del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos<sup>4</sup>.

### **A) El alcance de la autonomía del paciente menor de edad**

En palabras de ASENSIO SÁNCHEZ, *«La LGS no contenía ninguna disposición sobre los derechos del paciente menor de edad, ni los deberes que en su caso correspondían a sus representantes legales. Ni tan siquiera La LO 1/1996, en el elenco de los derechos*

---

<sup>3</sup> LATHROP GÓMEZ, F, *Custodia compartida de los hijos*. La Ley: Grupo Wolters Kluwer,2008, p.113.

<sup>4</sup> Artículo 2.1 Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”*.

*fundamentales del menor que contiene, hace mención alguna del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, lo que es debido sin duda a la finalidad de la Ley de enumerar exclusivamente aquellos derechos que la condición de menor de su titular condiciona alguna medida de ejercicio»<sup>5</sup>.*

Con la Ley 41/2002 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aparece una norma específica que determina quién es la persona legitimada para prestar el consentimiento informado cuando el paciente es menor de edad.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que los pacientes deben ser en todo momento informados y dar su consentimiento, como establece el artículo 8 de la Ley 41/2002.<sup>6</sup>

El artículo 9.3 c) de la Ley estatal 41/2002<sup>7</sup> es el que nos dará la respuesta a la cuestión planteada: en él se reconoce la capacidad para prestar el consentimiento informado al paciente menor de edad emancipado o con dieciséis años cumplidos. Así, en el apartado 4 del citado artículo se dispone que *«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».*

---

<sup>5</sup>ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*: Pluconde, 2012, p.95.

<sup>6</sup> Artículo 8.1 Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: *Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.*

<sup>7</sup> Artículo 9.3 Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica: *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*

De esta manera, aparece los dieciséis años como la edad de mayoría legal en el ámbito de la salud. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la mayoría de edad en el ámbito de la salud (dieciséis años) no es del todo plena. El legislador exige tener la edad mínima de dieciocho años en los casos que la salud o la vida del menor corra grave riesgo<sup>8</sup>, de modo que es el propio facultativo quien tiene que valorar el estado físico o psíquico del menor de edad para así poder determinar si es capaz de tomar la decisión.

El facultativo antes de que el paciente dé su consentimiento por escrito, deberá de proporcionarle la información necesaria<sup>9</sup>.

Ahora bien, es necesario tener claro la definición de la capacidad natural y la capacidad natural en el ámbito de la salud. La capacidad natural es la capacidad de entender y querer y no se trata de una capacidad uniforme, siempre la misma y para todos los actos, sino que depende de la naturaleza y trascendencia del mismo, así como de las propias capacidades cognoscitivas y volitivas del sujeto actuante<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 9.4 de Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

<sup>9</sup> Artículo 10 de la Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

<sup>10</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *op.cit.*, p.102.

En el caso de que el paciente carezca de la capacidad natural en el ámbito de la salud para entender la información a causa de su estado, dicha información será transmitida a sus padres o representante legal<sup>11</sup>.

La mayoría de las legislaciones autonómicas asumen el criterio de considerar capacitado para aceptar el consentimiento informado al menor emancipado o que haya cumplido los dieciséis años, con el fin de desarrollar y garantizar la autonomía del paciente menor y el libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de salud. Así sucede, por ejemplo, con la Ley 6/2002 de Salud de Aragón, la Ley de 8/2010, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia, entre otras<sup>12</sup>.

## **B) El derecho del menor a ser oído**

El derecho del menor a ser oído es muy relevante a la hora de resolver las controversias que surgen entre los progenitores. Además de tener derecho a expresar su opinión, deben ser escuchados en los asuntos que sean de su interés, especialmente en los procesos que versen sobre la adopción o medidas referentes a su guarda y custodia.

---

<sup>11</sup> Artículo 5 de la Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “1. *El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.*

*2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.*

*3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

*4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.*

*Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.*

<sup>12</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *op.cit.*, p.98.

Así aparece en la CDN, planteando el derecho del menor a la participación, específicamente en su art. 12: *«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuentas las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».*

La LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor otorga una gran importancia al derecho de los menores al ser oídos, tanto en su art. 9.1<sup>13</sup> como en el apartado 2 del mismo artículo 9 de la LO mencionada, de acuerdo con la cual se *«garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor con su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos».*

Por su parte, el Código Civil en su art. 92.2 establece que *«el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de sus hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión».* En concordancia con ello, el art. 154 del CC en su último párrafo vuelve a mencionar la importancia de que los menores

---

<sup>13</sup> Artículo 9.1 LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento*

tengan la oportunidad de ser oídos antes de acordar cualquier decisión que les pudiera afectar.

El derecho a ser oído se trata de una medida muy necesaria y efectiva, dado que las partes, en este caso los menores tienen la oportunidad de expresar sus deseos, sus necesidades y lo más trascendental, su opinión, en un ambiente tranquilo, sin presión y exigencias por parte de sus progenitores.

La STS núm.152/2006 de 6 de junio de 2005 resuelve un recurso de amparo interpuesto por el padre de los menores, visto que, al adoptarse la modificación de la guarda y custodia no se tuvo presente la voluntad del menor de más edad. La sentencia afirma que: *«nos encontramos ante un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores cualquier procedimiento judicial en el que este indirectamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».*

### **C) ¿Pueden los menores de nuestro supuesto adoptar por sí solos la decisión de vacunarse?**

En el supuesto de hecho que estudiamos, el menor Nicolás tiene 16 años de modo que, puede decidir por sí mismo si quiere vacunarse o no. No obstante, no es el caso de Carlota, de 15 años.

En el caso de Carlota, al tener menos de 16 años no puede adoptar ella misma la decisión; sin embargo, tiene la capacidad y edad suficiente para ser escuchada y dar su opinión frente al juez sin ningún tipo de presiones.

### **Segunda cuestión. Si no hay acuerdo entre los progenitores, ¿los menores no pueden recibir la vacuna?**

Centrándonos en el supuesto de hecho objeto de este dictamen, debemos señalar los aspectos generales de la guarda y custodia y la patria potestad de los menores, así como su correspondiente convenio regulador.

#### **A) Antecedentes: la guarda y custodia de los hijos menores de edad**

La guarda y custodia en nuestro país ha sufrido desde la entrada en vigor del Código Civil hasta la actualidad significativas reformas. Tomando como punto de partida el art. 92 CC, no hay la menor duda de que es sobre su contenido donde se centra la mayor parte de ellas<sup>14</sup>.

La entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se le asigna la importante novedad de que la patria potestad sería ejercitada por ambos progenitores conjuntamente, así como que en ese momento todavía se conserva la regla general de atribución del cuidado de los hijos menores de 7 años a la madre. Esta norma fue muy debatida por su posible inconstitucionalidad a la vista del art. 14 de la Constitución Española, que establece «*la igualdad jurídica entre hombre y mujer*»<sup>15</sup>. Con la reforma de la Ley 11/15 de octubre de 1990 sobre la aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, se eliminó definitivamente.

Al mismo tiempo, se reforma los artículos 154 y 156 del CC sufriendo un importante cambio en materia de patria potestad, al establecer que su titularidad y ejercicio correspondían a ambos progenitores que, en plano de igualdad, pasaron a ejercer los derechos y deberes que antes eran privativos de uno u otro<sup>16</sup>.

### **B) La modificación de los arts. 92, 97 y 103 del CC operada por la Ley 15/2015, de 8 de julio**

El art. 92 del CC, referido a la guarda y custodia de los hijos, da inicio a la regulación del elenco de materias que norman las relaciones conyugales y paternofiliales de carácter económico y personal. Los artículos que le siguen abordan los alimentos debidos a los hijos, el régimen de comunicación y estancia que se mantendrá con éstos, la liquidación del sistema económico matrimonial, la atribución de la vivienda familiar, los objetos de uso ordinario en ella y la denominada pensión compensatoria<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> TORRES GARCÍA, T.F “La custodia compartida”, en *Persona, Familia y Género*. Atelier, 2021. p. 293.

<sup>15</sup> Artículo 14 de la Constitución Española: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

<sup>16</sup> LATHROP GÓMEZ, F., *op.cit.*, p.87.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.96.

La custodia compartida de los menores se plasma en el respectivo convenio regulador, acordado por ambos progenitores o si así lo solicitan durante el procedimiento. En el caso de que no exista acuerdo entre ambos progenitores, el juez es el que debe tomar la decisión, siempre atendiendo al interés superior del menor<sup>18</sup>.

Por otro lado, los apartados seis, siete y nueve del presente artículo, tratan sobre las reglas generales que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir en materia de guarda y custodia. El apartado 6 del art. 92 del CC contempla que el juez debe valorar las alegaciones de las partes en la comparecencia, la prueba practicada en ella, la relación de los progenitores y con sus hijos para determinar su capacidad con el régimen de guarda y custodia<sup>19</sup>. El apartado 7 del mismo artículo señala que no se establecerá la guarda y custodia compartida cuando alguno de los progenitores se encuentre *«incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Añade que cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, no se procederá a la guarda y custodia compartida»*<sup>20</sup>.

La conclusión de la modificación del art. 92 es que la decisión que se adopte tiene que ser en el interés superior del menor, dando la posibilidad al menor de ser escuchado cuando fuese oportuno y tenga la capacidad suficiente para ello. De la misma forma, el

---

<sup>18</sup> Artículo 92.8 CC: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*

<sup>19</sup> Artículo 92.6. del CC: *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*

<sup>20</sup> Artículo 92.7 del CC: *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.*

juez antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia puede *«recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, referidos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores»*, así lo establece el apartado 9 del art. 92 CC.

De acuerdo con lo hasta aquí señalado, la norma cardinal en materia de atribución de la guarda y custodia es el acuerdo de los padres que materializado en el convenio regulador y en observancia del interés del hijo, establece la modalidad a través de la cual se llevará a cabo el cuidado del mismo<sup>21</sup>.

Como hemos señalado, de primeras los progenitores son los que deciden la atribución del cuidado de los hijos en el convenio regulador, es por ello que, deben atender a las opiniones de los menores a la hora de adoptar la decisión. Por eso mismo, el art. 154 CC en su último párrafo lo describe de la siguiente manera *«si los hijos o hijas tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario»*.

### **C) Regulación actual: la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia**

Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, en su Disposición final Segunda 2ª se modifica el art. 92 del Código Civil con el propósito de reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio.

El art. 92 CC, que emanaba de la Ley 15/2005, de 8 de julio que analizamos en el punto anterior, ha supuesto un importante avance. Así lo afirma TORRES GARCÍA: por una parte, se renueva al incorporar a su texto alguna novedad, tal como exigía la doctrina; por otra parte, amplía un número más la extensión de su articulado con este tenor<sup>22</sup>. En el art. 92 se modifica los apartados 5, 6, 7, 8 y 10, en especial los números 5 y 6. El apartado 10 de este artículo señala que *«el juez adoptará, al acordar fundamente el régimen de*

---

<sup>21</sup>LATHROP GÓMEZ, F. *op.cit.*, p.99

<sup>22</sup>TORRES GARCÍA, T.F., *op.cit.*, p.295

*guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos».*

*«La no separación de los hermanos en la guarda y custodia es un principio que debe regir las medidas a adoptar por el Tribunal, pero no opera como imperativo legal, ya que el interés del menor debe valorarse en función de las necesidades afectivas de los hijos, aunque también en función de otras circunstancias materiales, sociales y culturales (STS núm.530/2015 del TS de lo Civil, 25 de septiembre de 2015)», como recalca TORRES GARCÍA<sup>23</sup>.*

Por otro lado, se modifica el art. 154 CC:

El art. 154 CC señala que *«Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a sus derechos, su integridad física y mental.*

*Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

*2º Representarlos y administrar sus bienes.*

*3º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.*

*Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sean en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que le sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad»*

#### **D) Los deberes de los progenitores en relación con sus hijos**

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.296.

La regla general es que la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Entre sus obligaciones se encuentran las siguientes:

- Estar con los hijos.
- El cuidado.
- La alimentación.
- La protección.
- La educación y formación.

Estos derechos y deberes se regulan en el art. 154 CC, que establece que: *«La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a sus derechos, su integridad física y mental».*

De la misma forma que el art. 154 CC nos habla de los derechos y deberes, los arts. 169-171 CC regulan la extinción de la patria potestad, disponiendo el art. 170 CC que *«El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».*

La guarda y custodia aparte de ser ejercida conjuntamente por ambos cónyuges (custodia compartida), se puede atribuir a uno de ellos de manera exclusiva. Los progenitores podrán pactar en el convenio regulador —o en su defecto, el juez—, si la guarda y custodia será ejercitada conjuntamente o por el contrario se le asignará solo a uno de los padres. Esto sucede porque en determinadas ocasiones un progenitor tiene más tiempo y dedicación hacía sus hijos, ya sea porque el otro tiene un trabajo, cargo, o dedicación que no le permite el cuidado total de sus hijos, o, en otros casos, porque el juez considere que no se encuentra capacitado para ejercer la guarda y custodia.

No obstante, la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no afecta a la titularidad de la patria potestad del progenitor que no la posee, quien sigue ostentando una importante intervención en la formación general de su hijo.

De esta manera, al progenitor que no ostenta la guarda y custodia le corresponden los siguientes derechos y deberes que a continuación detallaremos:

- Mantener relación directa y regular con los hijos.
- El derecho de vigilancia y control.
- El deber de información.
- El deber de colaboración.

- **Mantener relación directa y regular con los hijos**

Como hemos señalado, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores no produce la pérdida de la titularidad de la patria potestad del otro progenitor, guardando un papel muy importante en la formación de sus hijos.

Partiendo de que el interés superior del menor es lo más importantes en estos procesos y atendiendo a las circunstancias, la jurisprudencia ha determinado el régimen de visitas adecuado, las comunicaciones y estancia en beneficio del progenitor no custodio.

La decisión que se haya acordado precisa atender a una serie de circunstancias tales como la edad de los menores, las necesidades afectivas, costumbres, responsabilidades educativas, las vacaciones que disfruten, etc.

Cuando se produce la separación o el divorcio, los progenitores normalmente pasan a vivir en casas distintas, por lo que hay que establecer un régimen de visitas en beneficio a los hijos y que mantengan buenas relaciones paternofiliales.

El artículo 94 del Código Civil señala que *«la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

*La autoridad judicial adoptará la resolución, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».*

Aparte del régimen de visitas, cuando el progenitor no custodio no tenga consigo a los menores, puede mantener una comunicación directa con ellos a través de vía telefónica, WhatsApp o videollamada.

En la actualidad, en la mayoría de los convenios reguladores se establece la comunicación diaria entre los progenitores y sus hijos cuando no se encuentran con ellos. Si se niegan estas comunicaciones de forma constante y sin justificación, se impide el ejercicio mismo de la patria potestad. En este caso, el progenitor que no pueda comunicarse con sus hijos puede solicitar la modificación de medidas reclamando judicialmente que se establezca el derecho de comunicación con los hijos<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> ANDREY, CARMEN. “Derecho de los padres a comunicación diaria con los hijos” *Andrey Ferreiro Abogados*. 10 de marzo de 2017. Disponible en: <https://andreyferreiroabogados.com/2017/03/10/derecho-de-los-padres-a-comunicacion-diaria-con-los-hijos/>

En la práctica nos podemos encontrar con casos más complejos en que el progenitor no custodio no tiene manera de comunicarse ni tener una relación directa con sus hijos en un período prologando en el tiempo.

Estas controversias las podemos ver reflejadas en tiempos de Covid-19, objeto del presente dictamen. Respecto al tema de la vacunación contra el Covid-19 en los menores de edad, el 21 de diciembre de 2021 se dio a conocer la noticia según la cual, un padre llevaba desde el pasado mes de noviembre sin ver a sus hijos de 14 y 12 años respectivamente, pues la madre estaba impidiendo la comunicación de los menores con el padre y el resto de la familia.

Todo comienza el pasado mes de julio de 2021, momento en el que la propia madre inicia un expediente de jurisdicción voluntaria ante la insistencia del padre de los menores de completar la pauta de la vacunación, solicitando autorización para adoptar unilateralmente todas las decisiones relativas con la vacunación.

A lo largo del proceso, en el que se consultaron a los pediatras de los menores para ver si podían tener problemas con la vacunación, se emitió un informe pericial sobre los posibles efectos de la vacunación sobre los menores y tanto el Ministerio Fiscal como el juez dieron la razón al padre, concediéndole el juez la autorización para que los menores recibieran la pauta completa de vacunación.

Una vez se le comunicó a la madre de los menores el pasado mes de octubre dicha decisión, el abogado de la representada comunicó que no llevaría a los hijos menores con su progenitor, ni los llevaría al colegio.

Ante esta situación, el progenitor acudió al juzgado de guardia e interpuso una denuncia por vía penal por sustracción de menores y abandono, solicitando como medida cautelar que las autoridades acudieran a la vivienda donde supuestamente se encontraban los menores<sup>25</sup>.

De la misma manera, el padre de los menores solicitó por la vía civil una modificación del régimen de custodia compartida, alegando el riesgo en el que estaban los menores, además de una medida urgente para que la madre les entregase a sus hijos. Dicha demanda se admitió a trámite y en el auto se confirma la retirada de la patria potestad a la madre.

---

<sup>25</sup> Un padre denuncia que la madre de sus hijos tiene oculto a los niños para no vacunarlos, *El País*, 21 de diciembre de 2021. Recuperado de: <https://elpais.com/sociedad/2021-12-21/un-padre-denuncia-que-la-madre-de-sus-hijos-tiene-ocultos-a-los-ninos-para-no-vacunarlos.html>

- **El derecho- deber de vigilancia y control**

El derecho de vigilancia y control se atribuye tanto a la patria potestad como a la guarda y custodia. Los derechos y deberes de la custodia recordemos que son los siguientes: velar por ellos, vivir en su compañía, dispensarles alimentos, educación y formación integral, por lo que se le atribuye a quien ostente la guarda y custodia.

Por lo tanto, al cónyuge que no ejerce la guarda se le impone la obligación de prestar alimentos a los hijos, teniendo a su vez un contacto directo y regular y la preocupación constante hacía ello; esto es lo que se denomina «*derecho-deber de vigilancia y control*».

Además, y en relación con este derecho-deber, la STS de 6 de julio de 1996, confirmando la decisión del Juez de Primera Instancia, estableció que, como ejerciente de la patria potestad, el padre puede intervenir en la decisión de temas relevantes y sumamente importantes, aunque no así en los del día a día, además que el padre debe ser oído o consultado por la madre antes de que ésta adopte cualquiera decisión que pudiese afectar al menor, sean de carácter extraordinario o de especial importancia. La resolución añade que sólo en casos extremos de excepcional relevancia o singular transcendencia, si el padre entra en desacuerdo con el criterio de la madre, se acudirá a la decisión de la autoridad judicial. El Juzgado de primera Instancia reconoció las facultades que le corresponden al padre que ostenta la patria potestad, consistentes en participar en la adopción de las decisiones importantes (intervención quirúrgica, tratamiento médico, cambio de colegio, estancias largas en el extranjero, etc.) establecido por el TS.

En el ordenamiento jurídico español, el fundamento jurídico del derecho-función de vigilancia y control es de carácter constitucional; el art. 39.2 de la CE, alusivo a la protección de la familia y la infancia, señala que «*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*», por tanto, se encuentra incluido el derecho y deber de estar al tanto de la vida de los hijos.

Por último, el derecho de vigilancia y control representa una expresión del deber genérico de cuidar a los hijos menores regulado en los arts. 110,111.4 y 154 del CC.

- **El deber de información**

Para que pueda ser practicado adecuadamente por el progenitor ese derecho-deber de vigilancia y control, es necesario que aquel tenga conocimiento de la forma de vida y educación de que gozan sus hijos. Este derecho de vigilancia y control implica, a su vez un deber que recae sobre el progenitor que ostenta la guarda y custodia, consistente en

informar al otro progenitor acerca de las decisiones que se adopten sobre los hijos. Este deber de información incluye, entre otras muchas cuestiones, la elección del centro educativo y las decisiones de tipo sanitario.

El derecho de información, al igual que el derecho-deber de vigilancia y control no se encuentra regulado en el ordenamiento civil español, aunque algunos pronunciamientos judiciales han hecho referencia a este deber de información. Así, por ejemplo, la SAP de León núm. 402/2003 de 3 de noviembre, resuelve sobre un recurso en el que se fija que no está acreditado que la madre informe al otro progenitor de todas las cuestiones relacionadas con la educación de la hija. La sentencia determina que *«para evitar futuros conflictos es oportuno acordar ambas partes que han de cumplir lo acordado libremente por ellas en el convenio regulador, posteriormente aprobado en Sentencia, y en tal sentido se recoge en convenio en las cláusulas primera a) que cualquier decisión deba tomarse en relación con la educación y formación integral de la hija será consensuada por los progenitores, complementándose e ello con lo dispuesto en el apartado f) sobre la obligación de los progenitores de informarse mutuamente de cualquier circunstancias que acontezca respecto de la menor y que tenga carácter relevante. Se impone así, pues, recordar la obligación de la madre-puesto que ella tiene concedida la guarda y custodia-la obligación de informar al padre de aquellas cuestiones relevantes que tengan que ver con la educación de la hija: centro escolar elegido, tipo de educación, etc., acogiéndose en este apartado parcialmente el motivo de recurso»*.

El problema surge cuando este deber de información no se respeta, sobre todo por parte del progenitor que ostenta la guarda y custodia, no facilitando información de carácter relevante sobre los menores al progenitor no custodio.

NEVADO MONTERO afirma que *«no es raro que a los despachos de abogados acudan padres y madres que se quejen de haberse enterado de que su hijo había sido ingresado en el hospital, o que había sufrido un accidente y había sido escayolado, en el momento de recogerlos o visitarlos cuando le correspondía»*<sup>26</sup>.

Los padres tienen que adoptar decisiones por el bienestar de sus hijos, pero esto no quiere que decir que las cuestiones sean resueltas unilateralmente.

---

<sup>26</sup>NEVADO MONTERO, J.J, El derecho del progenitor no custodio a obtener información sobre los hijos. *Noticias Jurídicas*, 17 de septiembre de 2018 Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13294-el-derecho-del-progenitor-no-custodio-a-obtener-informacion-acerca-de-sus-hijos/>

Uno de los casos relevantes es el cambio de centro educativo de los hijos, que no lo puede decidir solo uno de los progenitores, ya que el cambio de colegio es uno de los asuntos que se encuentran dentro de la patria potestad.

En los últimos tiempos ha crecido el número de sentencias que exigen a los progenitores que escolaricen a los hijos comunes en el centro originario, basándose dichas resoluciones judiciales en que la decisión relativa al centro educativo es un asunto de patria potestad y no de guarda y custodia.

El progenitor que quisiese trasladar a sus hijos a otro centro educativo debe informar al otro de manera escrita y clara. Si acontecidos 30 días de presentado el escrito al otro progenitor no hay respuesta alguna, se percibe un consentimiento tácito.

Otro asunto que tienen que decidir ambos progenitores es el que afecta a la salud de los menores. En este sentido, GIL MEMBRADO sostiene que *«en materia sanitaria, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 atribuye la prestación del consentimiento en los casos en los que el paciente menor de edad no es capaz de comprender el alcance de la intervención al representante legal, y por lo tanto son ambos padres, si no han sido privados de patria potestad, quienes ostentan dicha representación»*.<sup>27</sup>

GIL MEMBRADO recalca que, cuando surgen situaciones de emergencia, como norma general *«es necesaria la intervención de ambos progenitores con independencia del régimen de guarda y custodia adoptado para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal todo ello fuera de los supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible»*.<sup>28</sup>

Debe indicarse que en la realidad se admiten excepciones, como las intervenciones banales, casos de visitas e intervenciones de carácter ordinario, rutinarias y sin riesgo, bastando con que solo uno de los progenitores asista a la consulta, ya que es legítima la actuación llevada a cabo por un progenitor con patria potestad en ausencia del otro si dicha actuación es acorde al uso social y a las circunstancias.

---

<sup>27</sup> Las decisiones que afectan a la salud menor exigen el consentimiento de ambos progenitores, *Redacción médica*, 25 de marzo de 2014. Recuperado de: <https://www.redaccionmedica.com/noticia/las-decisiones-sobre-la-salud-exigen-un-consentimiento-conjunto-de-los-dos-progenitores-9108>

<sup>28</sup> *Ídem*. Las decisiones que afectan a la salud menor exigen el consentimiento de ambos progenitores, *Redacción médica*, 25 de marzo de 2014.

Aparte de las intervenciones, cuando entra en debate el acceso a la información sanitaria de los hijos, habrá que facilitar a ambos progenitores toda la información respecto de los menores.

Pues bien, en el caso de que el progenitor que ostenta la guarda y custodia se niegue a cumplir el deber de información, es el que juez el que tiene potestad de que se cumpla. El juez sólo vela por su cumplimiento, sin pronunciarse directamente sobre el asunto que el padre o madre custodio ha mantenido al margen del conocimiento del otro progenitor, tal y como señala LATHROP GÓMEZ<sup>29</sup>. No obstante, en el supuesto de que las decisiones que le competen a ambos progenitores sean imposibles de solucionar, será necesaria la intervención judicial. En tales casos, el pronunciamiento será sobre el fondo de la cuestión debatida, pudiendo ser bastante compleja como, por ejemplo, la que se da en los casos de intervenciones quirúrgicas.

En relación con este punto, el Derecho italiano<sup>30</sup> aclara que el poder de vigilancia y control proporciona una mayor protección a los menores, calificando este deber de eficaz para que la autoridad judicial tenga constancia de todos aquellos hechos que pudieran ser perjudiciales para los menores, y, por lo tanto, puedan adoptar las decisiones más convenientes. Además de recogerse en el Derecho italiano el poder de vigilancia y control, podemos encontrar en otras legislaciones el deber de información., Por ejemplo, en Alemania se encuentra consagrado, asegurándose la intervención judicial en caso de desacuerdos respecto a su ejercicio<sup>31</sup> (art. 1634 del Código Civil alemán<sup>32</sup>).

Después de examinar el deber de información, comparto la conclusión de LATHROP GÓMEZ, entendiendo que la mejor forma de estar al tanto de la vida del hijo, de su rendimiento escolar, ambiente social, estado de salud, actividades, etc., se logra principalmente, mediante la verificación de contactos directos y regulares con el menor; en segundo lugar, por medio de una comunicación y diálogo aceptables con el progenitor que posee la guarda y custodia. Si la edad del hijo u otras circunstancias impiden el

---

<sup>29</sup> LATHROP GÓMEZ, F. op.cit., p.224

<sup>30</sup> *Ídem*

<sup>31</sup> *Ídem*

<sup>32</sup> Artículo 1634 del Código Civil Alemán: *«el progenitor al que no le corresponda el cuidado personal de hijo podrá, en caso de que un interés justificado por su parte, exigir información al otro progenitor acerca de la situación personal del hijo, siempre que ello resulte acorde con el bienestar de éste. Las dispuestas referentes al derecho a la información serán resueltas por el Tribunal tutelar.*

conocimiento de estos aspectos de manera instantánea, el progenitor custodio tiene el deber de informar al respecto al otro<sup>33</sup>. Así lo destaca la Sentencia N.º 762/2012 de 13 de diciembre de 2013 del Tribunal Supremo, «*si se mantiene al padre o madre no guardador sin ninguna noticia de sus hijos podría constituir un abuso del derecho de guarda concedido, en cuanto el contenido del mismo autoriza para proporcionar, en un plano cotidiano y próximo, las atenciones de carácter personal que el hijo requiere pero, en ningún caso, para adoptar, de manera unilateral, las decisiones que puedan repercutir más a largo plazo en la vida de un menor*»<sup>34</sup>.

### ● El deber de colaboración

Para finalizar, junto al deber de información y el de vigilancia y control, la doctrina plantea el deber de colaboración. Este deber es una obligación atribuida al progenitor que no ostenta la guarda y custodia, el cual tiene que estar dispuesto a colaborar en el desarrollo de determinadas tareas relacionadas con la educación de sus hijos.

De la misma forma que el progenitor que no ostenta la guarda y custodia tiene el derecho exigir cierta información relativa a sus hijos, el otro progenitor tiene el derecho de exigirle una cierta colaboración, bajo determinadas circunstancias que exceden de la tarea de educación y crianza que ejercen.

Al igual que carece de regulación el derecho-deber de vigilancia y control, tampoco encontramos normas que se ocupen del deber de colaboración, en relación con el cual la doctrina ha elaborado ciertas teorías que ponen de manifiesto su existencia, aunque han sido escasamente recogidas por los Tribunales.

En efecto, es necesario regular estos deberes en el contexto español. Además, LINACERO DE LA FUENTE manifiesta que sería preferible hablar de *la «función de información y control»* y no *«vigilancia y control»* por la carga peyorativa que estas expresiones llevan implícitas<sup>35</sup>.

Por todo lo expuesto, cabe destacar que la custodia compartida en general es más positiva y beneficiosa para los menores, ya que ambos progenitores tienen una participación

---

<sup>33</sup>LATHROP GÓMEZ, F. *op.cit.*, p.225

<sup>34</sup> Sentencia N.º 762/2012 de 13 de diciembre de 2013 del Tribunal Supremo

<sup>35</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M., *Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, R.D.P, marzo-abril 2006, págs. 71-72.

constante e igualitaria en la educación de sus hijos, están informados continuamente y adoptan las decisiones en conjunto de sus hijos.

En este punto debe indicarse que el inicio del año 2014 se corresponde con un período en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo apuesta por la custodia compartida como regla general. Una de las sentencias que lo confirma es la STS núm. 368/2014 de 2 de julio, que afirma que: *«en atención al interés de los hijos menores se establece un sistema de custodia compartida. Ambos progenitores están capacitados para ejercer sus responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, manteniendo vías de comunicación por temas relacionados con los menores. Su relación se ha desarrollado con normalidad y sus domicilios es tan próximos. No puede tomarse como referencia el acuerdo previo de atribución de la custodia a la madre. La interpretación del art. 92, 5, 6 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida la redacción del art.92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino por el contrario, habrá de considerarse normal, e incluso deseable, porque considera que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.»*

#### **E) El consentimiento de los progenitores en referencia a las vacunas contra el Covid-19 en menores de edad.**

Una vez detallada la necesidad del consentimiento de ambos progenitores en la toma de decisiones sobre sus hijos menores, se pasará a abordar el objeto principal del presente dictamen, las decisiones relativas a las vacunas contra el Covid-19 en los casos de menores de edad.

La vacunación contra el Covid19 en nuestro país y en el resto del mundo está a la orden del día. Como es sabido, hasta el momento en España la vacunación no es obligatoria sino voluntaria, pero cuando entran en escena los menores de edad, la situación se complica, y esa complejidad aumenta cuando los progenitores de los menores se encuentran divorciados, separados o inmersos en dicho proceso.

Estas diferencias entre ambos progenitores se ven en el día a día, ya que, como apunta el abogado BERMÚDEZ DE CASTRO, «es tremendamente habitual y pasa con todo». Los viajes de fin de curso, la vacuna de la gripe, el psicólogo, cambio de colegio, actividades extraescolares, asignaturas optativas en el colegio, y un largo etc., por lo que a la mayoría de los juristas el tema del coronavirus no les ha pillado por sorpresa. La conclusión a la

que llega BERMÚDEZ DE CASTRO es que, en la mayoría de los casos, los progenitores no velarán por el interés superior del menor, sino querrán entrar en una disputa con el otro progenitor.

BERMÚDEZ DE CASTRO considera que hay que velar por el interés superior del menor, afirmando que llevar estos conflictos —en relación a la vacunación del Covid-19— a la vía judicial es una temeridad, y que para impedir estas situaciones sería necesario que la pauta sea parte del calendario de vacunación oficial<sup>36</sup>.

El pasado mes de septiembre se comenzó a vacunar a los mayores de 12 años y a posteriori en el mes de diciembre, la dosis se empezó a inocular a los mayores de 5 años.

Desde que se anunció la vacunación a los menores, los juristas no han parado de recibir en los despachos dudas de los progenitores de cómo gestionar este tema. En todo momento, los abogados han tratado de hacer entender a los progenitores que lo más adecuado sería resolver las discrepancias por el interés de los menores mediante el diálogo o someterse a un procedimiento de mediación para evitar ir a un procedimiento judicial, que lo único que haría es retrasar al menos un año la resolución de vacunar o no a los hijos.

La decisión sobre la vacunación de menores ha traído mucha incertidumbre a los padres sobre los posibles efectos secundarios, por lo que los pediatras han tratado de tranquilizarlos afirmando que la vacuna es la mejor forma de proteger a los menores y a la sociedad en general.

Los pediatras, el Consejo General de Enfermería, la Asociación Española de Enfermería Pediátrica, la Asociación Nacional de Enfermería y Vacunas, únicamente ostentan la potestad de recomendar la vacunación como la medida más segura y eficaz contra la pandemia, ya que los servicios sanitarios no tienen la potestad de solicitar ninguna documentación o acreditación del consentimiento del otro progenitor que no acude a la cita.

Por otro lado, hay casos en los que las autoridades sanitarias pueden intervenir si los padres se niegan a la vacunación, pero esto se da en situaciones excepcionales que puedan convertirse en un riesgo grave para la salud pública.

---

<sup>36</sup> Padres divorciados que chocan sobre la vacuna anticovid de sus hijos recurren el juez, *La voz de Galicia*. 31 de agosto de 2021. Recuperado de: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2021/08/31/divorciados-llevan-tribunales-vacunacion-contracovid-hijos/00031630400990543559319.htm>

DELIA RODRÍGUEZ socia fundadora de Vestalia asociados, señala en el artículo del País que las autoridades sanitarias solo podrán requerir que se tome una decisión judicial en esta materia, si suponen que la decisión de los progenitores de no vacunar a los menores acarrea un riesgo extraordinario para ellos. «*En este escenario y siempre que esta negativa suponga un riesgo importante en materia de salud pública, los tribunales han intervenido y han fallado ordenando la vacunación forzosa de los menores aun cuando sus padres se oponían a ellos*»<sup>37</sup>.

Si la vacunación se produce en los colegios sin estar presentes los progenitores es necesario solicitar por escrito la firma de los progenitores autorizando a que vacunen a sus hijos en el centro escolar; así se ha venido exigiendo en Comunidades como Extremadura, La Rioja y Comunidad Valenciana.

Otro interrogante sobre los centros educativos que ha surgido a lo largo de estos meses es si es posible que se vete a los alumnos de más de 12 años por no encontrarse vacunados. ALBERDI apunta en el periódico el País que «*si bien la vacunación en España es voluntaria, en algunas comunidades autónomas existen normativas que regulan la posibilidad de impedir el acceso a los menores que no estén correctamente vacunados*»<sup>38</sup>. PÉREZ GALVÁN abogada de familia y vicepresidenta de AEAFA, razona en el periódico el País que, en cualquier caso, si el centro educativo aprecia que la vacuna contra el Covid -19 debe tener la misma consideración que el resto de las vacunas del menor, es posible adoptar las medidas necesarias para proteger la salud del resto de los alumnos y demás integrantes del centro educativo y no ponerlos en riesgo. PÉREZ GALVÁN señala situaciones parecidas que ya se han determinado en los juzgados, «*cuando los hijos se han opuesto a la inmunización de las personas mayores en las residencias de ancianos*»<sup>39</sup> adoptando el juez la obligación de vacunar para proteger la salud de la sociedad.

---

<sup>37</sup> Vuelta al cole: ¿qué pasa cuando uno de los padres se niega a que su hijo se pongan la vacuna contra la covid-19?, *El País*, 6 de septiembre de 2021. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2021/09/06/mis\\_derechos/1630935500\\_432333.html](https://elpais.com/economia/2021/09/06/mis_derechos/1630935500_432333.html)

<sup>38</sup> *Ídem*. Vuelta al cole: ¿qué pasa cuando uno de los padres se niega a que su hijo se pongan la vacuna contra la covid-19?, *El País*, 6 de septiembre de 2021.

<sup>39</sup> *Ídem*. Vuelta al cole: ¿qué pasa cuando uno de los padres se niega a que su hijo se pongan la vacuna contra la covid-19?, *El País*, 6 de septiembre de 2021.

En definitiva, la vacunación de los menores debe ser adoptada por ambos progenitores, ya que es una cuestión inherente a la patria potestad al tratarse de la salud de los hijos. Cabe destacar que todo lo expuesto en este punto no hace referencia a los mayores de 16 años, que pueden decidir por sí mismos y evitar un procedimiento complejo, a diferencia de los menores de 16 años, que no tienen la capacidad legal suficiente para aceptar o rechazar la vacuna. No obstante, aunque no puedan decidir por sí mismos, a partir de los 12 años se considera que tienen la suficiente madurez para poder ser escuchados de modo que se conozca su opinión.

#### **F) Respuesta a la cuestión planteada**

Una vez discutidos y aclarados todos los puntos anteriores, tenemos la capacidad necesaria para responder a la segunda cuestión planteada en este dictamen. Doña Ana es la que está a favor de proteger a sus hijos del Covid-19 administrándoles las vacunas correspondientes, al contrario que el padre de los menores, Don Raúl, que en cambio no lo aprueba.

En el caso del menor de dieciséis años, ninguno de los progenitores tiene la potestad para decidir, debido a que, como comentamos en la primera cuestión, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 reconoce la capacidad de Nicolás para decidir si administrarse o no la vacuna y, por lo tanto, no necesita el consentimiento de sus progenitores.

La cuestión a resolver, por tanto, se refiere a la menor de 15 años, Carlota, que no tiene potestad para decidir sobre la administración de la vacuna.

Así, podemos afirmar que, aunque Doña Ana tenga la guarda y custodia exclusiva de los menores, tiene que mantener informado en todo momento al otro progenitor sobre las decisiones que afecten a los menores: estado de salud, aprovechamiento escolar y de cuantas vicisitudes importantes afectan a los menores.

Por lo que se refiere a la patria potestad, es ejercitada conjuntamente por los dos progenitores, comprometiéndose ambos cónyuges a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación de dichos hijos, así como a comunicarse las incidencias que afecten a éstos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedad.

En las decisiones que se adopten respecto a los menores deben prevalecer el interés superior del menor, y que sean lo menos perjudicial para ellos.

De esta manera, Doña Ana, aunque considere que su opción es la más beneficiosa para la menor, debe informar al otro progenitor de que pretende administrar la vacuna a su hija y ponerse de acuerdo con él.

Doña Ana, al negarse su exmarido y para evitar responsabilidad, antes de llevar a su hija al centro salud para administrarle la vacuna debe buscar algún mecanismo para que sea el juez quien decida ante la falta de acuerdo de los progenitores, tal y como analizaremos a continuación, quedando para la última cuestión la relativa a las consecuencias de que uno de los progenitores decida que se administre la vacuna a un hijo menor de 16 años en contra de la voluntad del otro.

**Tercera cuestión. ¿Cuál sería la vía a seguir cuando uno de los progenitores no quiere que se les administre la vacuna a sus hijos menores de edad?**

#### **A) Procedimiento a seguir**

Los progenitores tienen que adoptar decisiones importantes en la vida de sus hijos; actividades extraescolares, educación, vacaciones, ortodoncia, vacunación, etc.

Decidir las cuestiones importantes corresponde a ambos progenitores ya que, aunque los dos progenitores no ostenten la guarda y custodia, la patria potestad por regla general es ejercida conjuntamente.

Cuando existan controversias entre ambos progenitores respecto a sus hijos menores, lo más beneficioso para ellos sería intentar alcanzar un acuerdo o someterse a una mediación. Si aún así es imposible alcanzar un acuerdo, los progenitores tienen el derecho de acudir a la vía judicial, recurriendo a un acto de jurisdicción voluntaria.

La intervención judicial está recogida en los arts. 92.4 y 156 del CC. El art. 156 del CC señala que, *«en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores,*

*respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».*

En cualquier caso, en este punto debe tenerse en cuenta que en el año 2015 se aprobó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV). El objetivo de esta Ley era conceder a la sociedad de nuevos mecanismos que permitieran al ciudadano un reconocimiento fácil y sencillo de sus derechos, y una vía ágil para la resolución de conflictos.

En los supuestos de desacuerdo entre ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad, acudiremos a la LJV, en cuyos arts. 85-89 se prevé que sea el juez el que intervenga para solucionar la controversia.

No obstante, el colapso de los juzgados y la falta de una jurisdicción especializada en familia imposibilita que estos asuntos se resuelvan de manera sencilla y rápida como pretende la LJV.

El artículo 86 de la LJV establece que: *«1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercida conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.*

*2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.*

*3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado también estarán legitimados de sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.*

El artículo 87 LJV<sup>40</sup> detalla las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad.

Las medidas a las que se refiere este precepto se adoptarán de oficio o a instancia del propio menor o persona con discapacidad, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.

---

<sup>40</sup> Artículo 87: *1. Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con discapacidad o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167, 200 y 249 del Código Civil o a las disposiciones análogas de la legislación civil aplicable.*

En el caso de que el Juez considere procedente la adopción de las medidas, resolverá lo que incumba designando persona o institución, que, en su caso, haya de delegar de la custodia del menor o del apoyo a la persona con discapacidad, adoptando las medidas convenientes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial.

Por su parte, el artículo 158 del Código Civil<sup>41</sup>, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, señala una serie de medidas que el juez podrá adoptar en determinadas circunstancias de necesidad, siempre velando y protegiendo al menor.

Con respecto a la tramitación, se establece que, una vez admitida la solicitud, se citará a comparecencia al solicitante que instó la tramitación correspondiente, al Ministerio Fiscal, progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, persona con capacidad

---

<sup>41</sup> Artículo 158 CC: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

*1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*

*2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los caso de cambio de titular de la potestad de guarda.*

*3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

*a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

*b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*

*c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

*4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.*

*5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

*6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas».*

modificada judicialmente, en su caso, o al menor si se considera que tiene suficiente madurez, siempre y cuando, fuese mayor de 12 años.

El juez, antes de dictar la resolución adecuada, puede practicar las diligencias que considere oportunas, durante la comparecencia o posteriormente.

En el supuesto de hecho que se plantea, las vacunas contra el Covid-19 de los menores afecta a su salud, por lo que la decisión de vacunar o no a los hijos formará parte de las facultades de patria potestad.

En el caso de que la patria potestad sea ejercida conjuntamente y no exista acuerdo en la administración de la vacuna, se acudirá, por lo tanto, al procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El juez es el que tomará la decisión para resolver las controversias en materia de vacunas contra el Covid-19 en los menores. Cada juez se podrá pronunciar de manera muy diferente ya que aún no existe un criterio unificado. Se tendrá que tener en cuenta las circunstancias familiares y de los menores, teniendo siempre presente la importancia de proteger a los menores y buscar su beneficio.

Cabe señalar el Auto núm. 00360/2021 del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Manacor del 5 de noviembre, que se pronuncia sobre la petición del padre de una menor de 12 años de iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria con base en el art. 156 del CC. La presente resolución tiene por objeto resolver el desacuerdo entre ambos progenitores a la hora de que su hijo menor de edad se le administren las vacunas generales, así como la vacuna del Covid-19.

En este caso, la parte actora es el padre de la menor, que quiere administrar la vacuna contra el Covid-19 a su hijo, frente a la madre, que se encuentra en desacuerdo.

La parte actora aportó en dicha comparecencia un informe del pediatra, en el que se documenta que el calendario vacunal se encuentra incompleto.

La madre del menor afirma que *«no tendría problemas en inocularle al menor las vacunas que tienen pendientes si le entregan la ficha técnica»*, lo que muestra su ánimo obstativo, ya que han pasado varios años y no ha demostrado mínimo interés.

El padre del menor, interesado en que se administrara a la hija menor la vacuna contra el Covid-19, testificó que mantuvo conversaciones con el pediatra, que se ha estado informando y que el médico le recomendó su administración.

En cuanto a los argumentos de la madre de la menor, por un lado, señala que *«ha conseguido la ficha técnica de la vacuna PZIFER y no la aconsejan a menores de 16*

años», en segundo lugar, que «*la vacunación es experimental y no es obligatoria*» y por último que los «*menores no son grupo de riesgo*».

Finalmente, se estima la solicitud del padre del menor, atribuyéndole la facultad de decidir si al menor se le deben administrar las vacunas del calendario, así como la vacuna contra el Covid-19, considerando que es lo más beneficioso y recomendable para la hija menor.

## **B) Respuesta a la cuestión planteada**

En el caso que se nos plantea, Doña Ana, ante la oposición del padre de sus hijos para administrar la vacuna, deberá presentar solicitud frente a él acompañada de los documentos necesarios, instando la tramitación del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria con base en el art. 156 del CC y 86 LJV.

Admitida a trámite la solicitud formulada, se incoará expediente de jurisdicción voluntaria sobre la cuestión relativa a la patria potestad y se citará a las partes y al Ministerio Fiscal para la celebración de la comparecencia establecida en la LJV.

La comparecencia establecida en el artículo 85 LJV tiene lugar compareciendo a la misma Doña Ana, promotora del expediente y la parte contraria, así como también el Ministerio Fiscal. Ambas partes tendrán que alegar lo que consideren oportuno y se practicarán las pruebas pertinentes.

La hija menor de Doña Ana y Don Raúl tiene 15 años, por lo que se considera que tiene la edad y madurez suficiente para ser oída antes de que se adopte cualquier decisión que le pudiese afectar.

Por lo tanto, el juez puede acordar practicar la audiencia de los menores, tal y como se establece en el artículo 18.2. 4º LJV.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Artículo 18.2. 4º: «*Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.*

*La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.*

*Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las*

En cuanto a la controversia que se plantea en este caso, una vez vistas las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta la prueba practicada, se dará la solución más beneficiosa para la menor, concediendo la capacidad de decisión sobre la administración de la vacuna de la menor a uno de los dos progenitores.

Si se estima la petición de la parte demandante, Doña Ana tendrá la capacidad para decidir que la menor reciba la vacuna completa en las pautas que sean recomendadas por las autoridades sanitarias. La solución siempre será la más beneficiosa para los menores.

**Cuarta cuestión. ¿Hay algún tipo de consecuencia si uno de los padres acude a la cita de la vacunación de los hijos menores sin el consentimiento del otro?**

**A) Incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad**

Después de analizar el derecho de tomar decisiones que tienen ambos progenitores respecto a sus hijos, puede darse el caso de incumplimiento por algunos de los progenitores de los deberes inherentes a la patria potestad.

Cuando uno de los progenitores incumple deberes inherentes a la patria potestad, el otro progenitor debe presentar solicitud instando la tramitación del correspondiente expediente de LJV.

La SAP de Vizcaya núm. 684/2014, de 10 de diciembre de 2014, desestimó la solicitud del padre que solicitó el cambio de custodia debido a que la madre de la menor decidió unilateralmente cambiar de centro escolar a la hija sin el previo consentimiento del padre. A pesar de que no había ni autorización judicial ni comunicación al otro progenitor, la

---

*manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.*

*Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada.*

*En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la 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».*

resolución concluyó que la actuación de la madre de la menor no era motivo suficiente para producirse un cambio en la guarda y custodia.

Pero esta resolución puede cambiar en el caso de que la madre repetidamente siga tomando decisiones sin el consentimiento del padre, pudiéndose llegar incluso a suspender la patria potestad.

Con la vacunación contra el Covid-19 ocurre algo similar, pues, generalmente, si los progenitores no se ponen de acuerdo, los menores de 16 años no podrán vacunarse, puesto que se trata de un tema de salud y es necesario el consentimiento de ambos progenitores si ambos ostentan la patria potestad.

Pero lo cierto es que no se estaría incumpliendo normativa alguna. Realmente, si alguno de los padres acude a vacunar a sus hijos menores en principio no tendrá ningún problema, pues no se requiere la autorización de ambos progenitores, bastando con la autorización y acompañamiento de uno de los progenitores, al tratarse de una vacunación de calendario oficial instaurada por las autoridades sanitarias. Como apunta en el periódico *El País* ALBERDI REY «*Los servicios sanitarios no van a solicitar ninguna documentación o acreditación de la conformidad del otro progenitor*»<sup>43</sup>.

No obstante, el progenitor que lleve a vacunar a sus hijos menores sin informar a la otra parte aun sabiendo que se encuentra en contra de administrar la vacuna contra el Covid-19, se expone a que el otro inicie contra quien acompañó al menor a inocularse la vacuna a un procedimiento de jurisdicción voluntaria por no cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad, para así intentar evitar la segunda dosis de la vacuna.

El juez, en este caso, deberá resolver si la madre o el padre que acompañó a los hijos a la vacuna se extralimitó o no en las facultades que posee respecto a sus hijos y acordar lo necesario por el interés del menor, incluso cambiando las medidas de la custodia si ha sido solicitado por el progenitor que inició el proceso.

Por lo tanto, para no llegar a este tipo de situaciones y evitar procedimientos judiciales, es recomendable que ambos progenitores intenten llegar a un acuerdo. No obstante, en el caso de que sea imposible y no se logre acuerdo alguno, el progenitor que se encuentre a favor de vacunar a sus hijos deberá acudir a la jurisdicción voluntaria, tal y como

---

<sup>43</sup> *Ídem*. Vuelta al cole: ¿qué pasa cuando uno de los padres se niega a que su hijo se pongan la vacuna contra la covid-19?, *El País*, 6 de septiembre de 2021.

expusimos en el apartado anterior, para que el juez resuelva y confiera la potestad a uno de ellos para decidir si administrar o no la vacuna.

Un ejemplo significativo lo encontramos en el Auto núm. 11/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 7 de Avilés del 13 de enero. Este auto se planteó como cuestión de fondo la tramitación del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria sobre la aplicación de la vacuna contra Covid-19, y otorgar la capacidad de decisión sobre la administración de la vacuna de la hija menor a la madre para poder recibir la vacuna completa. La madre de la menor tiene la guarda y custodia, teniendo el padre fines de semana alternos y mitad de vacaciones para disfrutar de la menor. La madre quiere administrar la vacuna contra el covid-19 a su hija que tiene 8 años, mientras que el padre se opone a ello. La madre está vacunada y además trabaja como enfermera y reside con otro hijo y su actual pareja, que también están vacunados al igual que sus abuelos maternos. El padre vive con una compañera que está vacunada y él recibió la primera vacuna y como le sentó mal, rechazó ponerse la segunda dosis.

La decisión del juzgador debe adoptarse en interés de la menor. El padre considera que la vacuna no está totalmente desarrollada para saber qué efectos secundarios puede producir, y sostiene, además, que en cualquier caso no hay estudios que aseguren que sea necesaria para los menores ante los escasos síntomas que produce el Covid-19 en ellos.

*El auto señala que «no corresponde en el ámbito de la justicia entrar en debates científicos sobre las consecuencias que pueden conllevar la vacuna, o no ponerse la misma. Sobre todo, porque incluso los expertos en dicha materia desconocen no solo el origen de la pandemia, sino la evolución de esta, y el desarrollo y efectos de las vacunas. Pero es innegable que, desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por Covid-19 ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas».*

Por otro lado, se afirma en el auto que *«de por sí vacunar a la menor no va contra su interés, más aún cuando en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría, incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid, aparte de que las autoridades sanitarias españolas son las que facilitan y proporcional la misma, no siendo una cuestión meramente nacional, sino mundial, y han considerado tras los estudios pertinente la conveniencia de vacunar a niños mayores de más de 6 años, pues al día de hoy no hay estudios que consideren que a los menores les causa un mayor perjuicio la vacuna, que de no vacunarse, para su salud».*

Asimismo, la vacuna de momento no es obligatoria y cada uno puede adoptar la decisión que crea conveniente, es decir, si ambos progenitores no quieren vacunar a la menor, nadie los obliga. Pero en el caso que se plantea, el auto declara que *“la tal alegada libertad por el padre para no vacunar se confronta con la libertad de la madre de vacunar, y esa libertad que deben decidir los progenitores en beneficio e interés de su hija, se debe atribuir a uno de ellos”*.

Con base en los fundamentos expuestos se acepta la petición de la parte demandante, concediéndole la facultad de decidir acerca de administrar o no la vacuna a la madre, a fin de que la menor reciba la vacuna completa recomendada por las autoridades sanitarias, velando por el interés superior de la menor de 8 años.

La mayoría de los autos y sentencias actuales sobre la vacuna contra el Covid-19 de los menores coinciden y confieren al progenitor que quiere administrar la vacuna la posibilidad de decidir de forma unilateral sobre ello, con fundamento en que es lo más beneficioso para los menores.

Sin embargo, no todas las solicitudes por parte del progenitor que quiere administrar la vacuna a sus hijos han sido estimadas. Un ejemplo relevante es el Auto núm. 482/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°2 de Icod de los Vinos, de 10 de diciembre<sup>44</sup>. El pasado mes de septiembre, el padre de un menor de 15 años solicitó que se le autorizara judicialmente para que su hijo recibiera la vacuna del Covid, puesto que la madre del menor no se encuentra conforme con que se le administre la vacuna, considerándolo perjudicial para la salud de su hijo. Una vez admitida a trámite la solicitud e incoado el expediente de jurisdicción voluntaria, se da audiencia al menor, considerando que tiene la capacidad suficiente para ser escuchado y en el que el propio menor muestra su deseo de recibir la vacuna, expresando que *«la vacuna es confiable y que los no vacunados lo pasan peor al contraer el virus»*.

La madre del menor presenta con anterioridad al acto de la vista abundante documentación médica y científica sobre la vacuna

Los argumentos del padre para que se le administre la vacuna al menor se basan en que *«entiende que es lo mejor para su hijo, porque considera que la vacuna del Covid-19 es buena y le va a proteger»* mientras que la madre para oponerse se basa *«en el principio*

---

<sup>44</sup> Auto de 10 de diciembre de 2021(rec.núm. 482/2021) del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°2 de Icod de los Vinos. Disponible en: <https://liberumasociacion.org/wp-content/uploads/2021/12/AUTO-DESESTIMACION-VACUNACION-DE-UN-NINO.pdf>

*de prudencia, en que se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado».*

Sobre la base de las pruebas aportadas por la madre, la jueza considera que la tasa de mortalidad en España del Covid-19 en menores y el ingreso en la UCI «*es insignificante*». La jueza pone en evidencia que no se conocen los efectos adversos que la vacuna puede tener a medio y largo plazo.

Para la jueza, los posibles efectos negativos pueden ser mayores y pueden tener consecuencias adversas para su salud en comparación con la infección por Covid-19. Con base en estos argumentos, en el auto concluyó «*desestimando la solicitud formulada por Don X, en el sentido de atribuir a Doña X la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna del Covid-19 respecto al hijo menor de ambos, siendo que dicha facultad se confiere por el período de dos años a contar desde el citado de la presente resolución, que es el plazo máximo por el que se puede atribuir*».

Este auto contradice la práctica totalidad de los fallos judiciales que han tenido lugar hasta la fecha en España, en los que los jueces dan la razón al progenitor que está a favor de suministrar la vacuna al hijo menor.

#### **B) Respuesta a la cuestión planteada**

Tras este análisis, y con ánimo de dar respuesta a última cuestión que se plantea en este dictamen, podemos concluir que el tema relacionado con la vacuna debe decidirse por ambos progenitores. Por tanto, cabe afirmar que Doña Ana, actuando en el interés superior de sus hijos y buscando la solución más beneficiosa para ellos, no deberá administrar la vacuna sin antes intentar un acuerdo con Don Raúl. En el caso de que Doña Ana administre la vacuna sin autorización del otro progenitor, este puede acudir a la jurisdicción voluntaria por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, procedimiento en el que la autoridad judicial resolverá sobre si se ha incumplido y concediendo capacidad de decisión a uno de los progenitores.

#### **IV. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** En lo que respecta de si un menor puede adoptar por sí mismo la decisión de vacunarse, ha quedado claro, en virtud de lo expuesto, que antes de adoptar cualquier

decisión que afecte a los menores es indispensable velar por el interés superior de ellos, reconociéndole al menor que ya ha cumplido 16 años la facultad de decidir por sí mismo si quiere administrarse o no la vacuna, evitando ir a un proceso judicial, ya que se reconoce la capacidad para prestar el consentimiento informado al paciente menor de edad emancipado o con dieciséis años cumplidos.

**SEGUNDA.** Con relación a si los menores pueden recibir la dosis de la vacuna, aunque exista desacuerdo entre los progenitores ha quedado claro que, aunque la guarda y custodia la tenga solo uno de los progenitores, como regla general la patria potestad la ostentan ambos, por lo que el progenitor no custodio tiene el deber y el derecho de mantener relación directa con sus hijos, mantenerse informado de todo lo relacionado con ellos y el deber de colaborar. En este caso, la madre es la que ostenta la guarda y custodia de los menores y debe informar al padre acerca de la iniciativa de querer vacunarlos contra el Covid-19. A pesar de que si la madre los lleva a vacunar sin el consentimiento del padre las autoridades sanitarias no tienen la potestad para pedir autorización de ambos progenitores, Doña Ana tiene el deber de comunicárselo previamente al padre antes de acudir a la cita de vacunación.

**TERCERA.** En el día a día los progenitores tienen que adoptar decisiones en la vida de sus hijos, lo que produce controversias en los casos de padres separados o divorciados. Como regla general, la decisión sobre cuestiones importantes corresponde a ambos progenitores conjuntamente; en el caso de que no se pongan de acuerdo, tienen el derecho de acudir a la vía judicial, en el que la decisión será adoptada por el juez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria. En este supuesto, Doña Ana ante la oposición del padre de sus hijos, debe presentar solicitud frente a él instando la tramitación del correspondiente expediente de LJV para la administración de la vacuna contra el Covid-19.

**CUARTA.** En cuanto a las posibles consecuencias que puede acarrear el caso del progenitor que lleva a sus hijos a la vacunación sin el consentimiento, la respuesta es clara, pueden tener consecuencias cuando se toman decisiones unilaterales sobre los hijos, ya que están incumpliendo la patria potestad. Cuando uno no cumple las reglas de la patria potestad, el otro progenitor puede y tiene la facultad de acudir a los tribunales e, incluso,

si este incumplimiento se produce de manera reiterada, se puede solicitar la retirada de la patria potestad al progenitor incumplidor.

Por lo tanto, si se acude a la justicia, será el juez quien tome la decisión, siempre en atención a las soluciones que resulten beneficiosas para los menores. Es por ello que este tipo de casos se debe evaluar y estudiar con detenimiento.

En conclusión, los progenitores deben velar por el interés superior del menor y buscar la solución más beneficiosa para ellos, adaptándose a las circunstancias de cada uno. Por otro lado, es importante que al menor se le escuche si tiene la suficiente madurez y más de doce años.

Esto ocurre en el día a día y no solo con el tema de las vacunas. En todos los casos lo más recomendable es que las controversias que surjan entre los progenitores se resuelvan a través del diálogo o mediación, pero no en un proceso judicial, ya que en muchas ocasiones los excónyuges llevan este conflicto a algo meramente personal, olvidándose del interés de sus hijos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y revistas**

ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*: Pluconde, 2012.

LATHROP GÓMEZ, F, *Custodia compartida de los hijos*. La Ley: Grupo Wolters Kluwer, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, M. *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, R.D.P, marzo-abril, 2006.

TORRES GARCÍA, T.F “La custodia compartida”, *en Persona, Familia y Género*. Atelier, 2021.

### **Referencias bibliográficas de publicaciones electrónicas**

ANDREY, CARMEN. “Derecho de los padres a comunicación diaria con los hijos” *Andrey Ferreiro Abogados*. 10 de marzo de 2017. Disponible en: <https://andreyferreiroabogados.com/2017/03/10/derecho-de-los-padres-a-comunicación-diaria-con-los-hijos/>

NEVADO MONTERO, J.J, El derecho del progenitor no custodio a obtener información sobre los hijos. *Noticias Jurídicas*, 17 de septiembre de 2018 Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13294-el-derecho-del-progenitor-no-custodio-a-obtener-informacion-acerca-de-sus-hijos/>

### **Referencias bibliográficas a artículos de prensa:**

CONSUEGRA GABRIELA, 2021. Padres divorciados que chocan sobre la vacuna anticovid de sus hijos recurren el juez, *La voz de Galicia*. 31 de agosto. Recuperado de: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2021/08/31/divorciados-llevar-tribunales-vacunacion-contracovid-hijos/00031630400990543559319.htm>

MARTÍNEZ PLATEL R, 2014. Las decisiones que afectan a la salud menor exigen el consentimiento de ambos progenitores, *Redacción médica*, 25 de marzo. Recuperado de: <https://www.redaccionmedica.com/noticia/las-decisiones-sobre-la-salud-exigen-un-consentimiento-conjunto-de-los-dos-progenitores-9108>

RUIZ DE VALBUENA I, 2021. Vuelta al cole: ¿qué pasa cuando uno de los padres se niega a que su hijo se pongan la vacuna contra la covid-19?, *El País*, 6 de septiembre. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2021/09/06/mis\\_derechos/1630935500\\_432333.html](https://elpais.com/economia/2021/09/06/mis_derechos/1630935500_432333.html)

SAIZ, EVA.2021. Un padre denuncia que la madre de sus hijos tiene oculto a los niños para no vacunarlos, *el País*. 21 de diciembre. Recuperado de: [https://elpais.com/sociedad/2021-12-21/un-padre-denuncia-que-la-madre-de-sus-hijos-tiene-ocultos-a-los-ninos-para-novacunarlos.html?ssm=FB\\_CM&utm\\_source=Facebook-Echobox=1640100433-1](https://elpais.com/sociedad/2021-12-21/un-padre-denuncia-que-la-madre-de-sus-hijos-tiene-ocultos-a-los-ninos-para-novacunarlos.html?ssm=FB_CM&utm_source=Facebook-Echobox=1640100433-1)

### **Material Legislativo**

Constitución Española (1978)

Convención sobre los derechos del niño 20 de noviembre de 1989

Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor

Ley 41/2003, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

### **Jurisprudencia citada**

STS de 6 de julio de 1996

SAP de León núm. 402/2003 de 3 de noviembre

STS núm.152/2006 de 6 de junio de 2005

STS núm.762/2012 de 13 de diciembre de 2013

STS núm. 368/2014 de 2 de julio de 2014

SAP de Vizcaya núm.684/2014, de 10 de diciembre de 2014

STS núm.530/2015 de 25 de septiembre de 2015

Auto núm. 00360/2021 del Juzgado de Primera Instancia N°2 de Manacor de 5 de noviembre

Auto núm.482/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Icod de los Vinos de 10 de diciembre

Auto núm. 11/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 7 de Avilés del 13 de enero