

DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS  
MENORES POR NEGATIVA DE LOS PADRES  
A SU VACUNACIÓN: ¿UN NUEVO CASO DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL?

DAMAGE TO THE HEALTH OF MINOR CHILDREN  
DUE TO THE PARENT'S REFUSAL TO THEIR  
VACCINATION: A NEW CASE OF CIVIL LIABILITY?

JAVIER BARCELÓ DOMENECH

**Resumen:** Este trabajo analiza si existe responsabilidad civil de los padres por los daños causados a sus hijos como consecuencia de la negativa a vacunarlos.

**Palabras-claves:** vacunación; responsabilidad civil de los padres; dilemas bioéticos

**Abstract:** This work analyzes if it exists civil liability of parents for the damage caused to their children as a result of the refusal to vaccinate them

**Keywords:** vaccination; parents' civil liability; bioethical dilemmas

---

\* Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alicante (España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4031-7427>. E-mail: [j.barcelo@ua.es](mailto:j.barcelo@ua.es)

I. NOTA INTRODUCTORIA. II. EL CASO DE GALICIA: ATRIBUCIÓN A UNO DE LOS PROGENITORES DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS. 1. El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo de 20 de noviembre de 2018. 2. El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 2019. III. POSIBLES ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES. 1. El consentimiento por representación. 2. Situaciones concretas. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA

## I. NOTA INTRODUCTORIA

En las últimas décadas, han resurgido<sup>1</sup> con fuerza movimientos contra la vacunación<sup>2</sup>, con especial incidencia en el caso de los hijos menores de edad, que es el ámbito concreto en el cual vamos a plantear este trabajo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Desde la introducción de la primera vacuna contra la viruela, siempre ha existido escepticismo y actitudes críticas contra la vacunación; hay movimientos anti-vacunas importantes en Holanda y en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Al respecto, DUBÉ, E. / LABERGE, C. / GUAY, M. / BRADAMAT, P. / ROY, R. / BETTINGER, J.: «Vaccine hesitancy: an overview», *Hum Vaccin Immunother*, 2013 (9), págs. 1763 y ss (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3906279/>).

Desde la óptica actual, las nuevas causas del rechazo a la vacunación parecen vincularse paradójicamente al aumento de la cobertura vacunal y a la reducción de la incidencia de las enfermedades infecciosas, lo que conduce a que disminuya la percepción y la conciencia pública de poder enfermar, así como el hecho de difundir, sobre todo a través de las redes sociales, los efectos adversos de las vacunas, haciendo creer que hay mayor riesgo que beneficio (uno de los casos más conocidos fue la posible asociación entre la vacuna tripe vírica y el autismo).

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

<sup>2</sup> En España, hay numerosas páginas en Internet contra la vacunación, describiendo, en particular, las creadas por asociaciones de afectados por las vacunas.

<sup>3</sup> Con toda probabilidad, la enfermedad del Covid-19, que exige de manera urgente la producción de una vacuna eficaz, va a tener un efecto directo en términos

La disminución de las tasas de vacunación empieza a preocupar a las autoridades sanitarias<sup>4</sup>, que temen la pérdida de los beneficios de la «inmunidad del grupo» o del también denominado «efecto rebaño» (*herd immunity*)<sup>5</sup>, lo cual significa que aumenta tanto el riesgo individual como el comunitario de padecer una determinada enfermedad<sup>6</sup>, mucho más en un mundo globalizado como el actual, donde se han eliminado las fronteras y hay un flujo constante de bienes y personas, lo que puede desembocar, de manera inesperada, en casos importados de diferentes enfermedades infecciosas.

Durante mucho tiempo, vacunar a los hijos era algo incuestionable y, de hecho, la prevención de las enfermedades de la infancia constituye una de las grandes conquistas de la medicina al finalizar el siglo XX, salvando millones de vidas<sup>7</sup>. Ahora bien, como consecuencia del propio

---

de una importante pérdida de influencia de estos movimientos contra la vacunación, pues la epidemia de 2020 nos ha hecho recordar, y para mucho tiempo, la importancia que en materia de salud pública tienen las vacunas. A falta de la vacuna, los países se han visto obligados a introducir medidas de contención que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como recomendaciones sobre higiene.

Una reflexión sobre el Covid-19 y la vacunación puede verse en SCHAEFER, F.: «Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social. A possibilidade de responsabilização em caso de recusa à imunização», en *Coronavírus e responsabilidades civil: impactos contractuais e extracontractuais*, coords. ROSENVALD, N. / DO RÊGO MONTEIRO FILHO, C.E. / DENSA, R. / MARTELETO GODINHO, A. / PEREIRA BONNA, A., SP, Brasil, 2020, págs. 417 y ss.

<sup>4</sup> Sobre las medidas adoptadas por la OMS y la Comisión Europea para afrontar el rechazo a la vacunación, *vid.* HORTAL, M. / DI FABIO, J.L.: «Rechazo y gestión en vacunaciones: sus claroscuros», *Rev Panam Salud Pública* 43, 2019, págs. 1 y ss.

<sup>5</sup> Está demostrado que la inmunidad comunitaria reduce los riesgos de transmisión de los agentes infecciosos en el ambiente, evitando un nivel alto de cobertura vacunal posibles brotes epidémicos. Al respecto, JIMÉNEZ ALÉS, R. / SÁNCHEZ FUERTES, I.: «Dilemas en la atención a niños cuyas familias rechazan la vacunación», *Rev Pediatr Aten Primaria*, 2018, vol. 20, núm. 77, págs. 83 y ss.

<sup>6</sup> Se han detectado ya en el territorio español algunos brotes de enfermedades prevenibles por vacunas y su posible relación con la falta de vacunación en algunas zonas, como es el caso del sarampión. Nos remitimos al caso de los 35 niños de Granada, al que nos referiremos más adelante al hablar de la vacunación forzosa en España.

<sup>7</sup> El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es

éxito de las vacunas, se fue perdiendo en los primeros años del nuevo siglo, muchas veces de manera inadvertida, el temor a las enfermedades infecciosas, generándose, al mismo tiempo, la falsa sensación de que ya no son necesarias las vacunas.

La oposición de los padres a la vacunación causa un conflicto que trasciende el ámbito del ejercicio de la patria potestad, y entra de lleno también en la salud pública, que debe ser protegida como interés colectivo<sup>8</sup>. No solo está en juego la protección de la salud del menor, sino también evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en peligro la salud de los demás. Ocurre, sin embargo, que la vacunación no es obligatoria en España<sup>9</sup>, lo cual nos introduce en un escenario particularmente

---

un marco que ha sido aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la misión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se dice en él que hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas, añadiendo (pág. 5) que «a lo largo de los últimos decenios, la inmunización ha logrado muchas cosas, incluyendo la erradicación de la viruela, un logro que ha sido llamado uno de los mayores logros de la humanidad. Las vacunas han salvado incontables vidas, han reducido la incidencia mundial de la polio en un 99% y reducido la enfermedad, discapacidad y muerte a causa de la difteria, tétanos, el sarampión, la tosferina, *Haemophilus influenzae* de tipo b y la meningitis meningocócica». El documento del GVAP 2011-2020 se encuentra disponible en [https://www.who.int/immunization/global\\_vaccine\\_action\\_plan/DoV\\_GVAP\\_2012\\_2020/es/](https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/DoV_GVAP_2012_2020/es/)

<sup>8</sup> Las vacunas son un claro ejemplo de lo que se ha llamado la doble naturaleza o dimensión de la salud pública. Al amparo de la proclamación del derecho a la salud pública, los ciudadanos son titulares de un derecho de prestación que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengan recomendadas por el calendario vacunal correspondiente y, al mismo tiempo, podría recaer sobre ellos el deber legal de vacunarse en orden a evitar la propagación de una epidemia con detrimento de la salud de la colectividad. Así se señala en *Comité de Bioética de España. Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario* (19 de enero de 2016), pág. 12, disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>

<sup>9</sup> La vacunación en España es voluntaria, no incorporando nuestro ordenamiento expresamente el deber de vacunación, por lo que nadie puede ser obligado, en principio, a vacunarse. En coherencia con ese carácter voluntario, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben

complejo, pues permite que se puedan producir situaciones de rechazo de

---

recibir los niños desde su nacimiento hasta los 16 años, completándose dicho calendario con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias (la llamada vacunación sistemática).

Sin embargo, hay determinadas situaciones (fundamentalmente, en caso de epidemias) que permiten a los poderes públicos imponer la vacunación forzosa. Así, el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, permite declarar el estado de alarma en caso de «crisis sanitarias, tales como las epidemias...» y una vez producida esta situación establece el art. 12.1 que «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...», siendo una de las medidas posibles la vacunación forzosa. En la normativa sanitaria propiamente dicha, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, parte de la regla general de la voluntariedad en la actuaciones de salud pública en el art. 5.2, pero formula como excepción lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyos arts. 2 y 3 sí darían cobertura a la obligatoriedad de vacunarse, al disponer, respectivamente, que «las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» y que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Las medidas tienen que estar fundadas, según previene el art. 1, en razones sanitarias de urgencia o necesidad. En esta Ley 3/1986, basa la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía la solicitud de autorización judicial para proceder, ante la negativa de los padres y como consecuencia de un brote de sarampión, a la vacunación forzosa de 35 niños de un colegio público, con la finalidad de evitar los contagios; el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Granada autorizó la vacunación forzosa mediante Auto de 24 de noviembre de 2010 (ROJ: AJCA 3/2010), siendo ratificada posteriormente dicha resolución por STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Andalucía de 22 de julio de 2013 (ROJ: STSJ AND 8545/2013).

Una vía indirecta, que no es de vacunación obligatoria, pero resulta en la práctica bastante eficaz para lograr la vacunación infantil es la de exigir el cumplimiento del calendario de vacunas de la Comunidad Autónoma para acceder a la guardería o a la escuela. Esta situación ha trascendido ya al plano judicial, que ha validado la decisión de la Administración de exigir como requisito la vacunación del menor al que se pre-

un menor y/o sus padres a las vacunas, y entre los argumentos para adoptar dicha decisión se deslizará con total seguridad el carácter facultativo de la vacunación.

El tema, lo acabamos de decir, es muy complejo. Los estudios<sup>10</sup> realizados revelan que la decisión concreta que adoptan los padres es siempre vista por ellos como la mejor decisión en interés del menor. Así, pueden agruparse en vacunadores, vacunadores selectivos/tardíos y no vacunadores. Los primeros conciben la vacuna como la medida preventiva más importante y más coherente con el ejercicio de la responsabilidad parental; los segundos consideran que proteger es singularizar cada caso, conforme las circunstancias del hijo y del contexto familiar, que habrán de ponderarse a la hora de tomar la decisión; y para los terceros, la vacuna es un riesgo y una amenaza para la salud del hijo.

Un dato para reflexionar es que, a pesar de las diferencias de cada grupo, todos tienen la convicción de que su decisión es la mejor para proteger a sus hijos y está guiada por los deberes de cuidado y asistencia. Otro dato, muy relevante también, es que hay dos grupos para los cuales la autonomía de los padres en las decisiones sobre la salud de sus hijos, incluyendo la vacunación o el rechazo a la misma, debe ser estrictamente

---

tende matricular. Al respecto, STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de marzo de 2000 (ROJ: STS CAT 4377/2000) y STSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de abril de 2002 (ROJ: STS LR 222/2002) y, más recientemente, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de Barcelona de 28 de diciembre de 2018 (*La Ley* 186901/2018), que inadmite el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la resolución municipal que deniega tramitar la inscripción en una escuela cuna del hijo menor de la actora, que había presentado la cartilla de vacunación en blanco; para el Juzgado, no vulnera la libertad ideológica de la recurrente en cuanto no se le impone la obligación de vacunar a su hijo ni se le pregunta sobre las razones para no hacerlo, añadiendo que el respeto a esa decisión unilateral y libremente adoptada no puede prevalecer sobre el derecho a la salud del resto de niños y familias usuarias de la escuela, que se verían obligados a asumir los riesgos derivados de una opción minoritaria y desaconsejada por las Administraciones Públicas y por los colectivos médicos y científicos.

<sup>10</sup> COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L.: «Cuidar e (naó) vacinar no contexto de famílias de alta renda e escolaridade em São Paulo, SP, Brasil», *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2015, vol.20, n.1, págs. 105 y ss.

respetada, al considerar que el cuidado parental remite al ámbito de lo privado y no debe producirse interferencia alguna de los poderes públicos<sup>11</sup>. Evidentemente, las perspectivas son muy diferentes cuando las confrontamos con la forma en que interrelacionan entre sí el ejercicio de la patria potestad y la intervención biomédica sobre el menor, sobre todo en aquellos casos en que se niega el consentimiento a una actuación cuya omisión puede generar un grave riesgo, y por ello mismo se descarta la voluntad de los padres, que es la posición que, como vamos a ver, adopta el ordenamiento jurídico español.

## II. EL CASO DE GALICIA: ATRIBUCIÓN A UNO DE LOS PROGENITORES DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE LA VACUNACIÓN DE LOS HIJOS.

Nos aproximamos, a partir de ahora y de la mano de un caso real, acaecido en Galicia hace un par de años, a la vacunación infantil desde la perspectiva del ejercicio de la patria potestad, viendo cómo se resuelve la atribución de la facultad de decidir sobre la vacunación de los hijos menores en un caso de desacuerdo (art. 156 C.c.) de los padres, que estaban divorciados. La decisión marca un antecedente importante<sup>12</sup>, sobre

---

<sup>11</sup> El rechazo a la vacunación va en contra de las recomendaciones de salud pública. En el contexto actual, con la epidemia de Covid-19, esto ve con claridad, y para los que hayan vivido la situación perdurará durante mucho tiempo la percepción de que la vacuna aporta protección. Pero no por ello hay que dejar de reflexionar sobre los argumentos que manejan los padres no vacunadores, sobre todo pensando en que, una vez superada la epidemia, estos movimientos vuelvan a resurgir con fuerza. En el estudio de COUTO, M.T. / ALVES BARBIERI, C.L.: *op.cit.*, págs. 111 y ss., se citan los siguientes: 1) La enfermedad está eliminada o controlada o es leve; 2) El miedo a los efectos adversos y la falta de confianza en la seguridad de las vacunas; 3) La composición de las vacunas; 4) Es más eficaz y duradera la inmunidad generada por la enfermedad que la generada por la vacuna; 5) La crítica al calendario de vacunación (edad precoz de inicio, elevado número de vacunas, etc.); 6) Condiciones socioeconómicas y estilo de vida que, si son buenos, hacen prescindibles las vacunas; 7) Ganancias e interés comercial de la industria farmacéutica.

<sup>12</sup> Hemos seleccionado el caso de Galicia, aunque no es el único, pues hay otros en los que también se decide atribuir la facultad de decidir sobre la vacunación a uno de

---

los progenitores, una vez constatado el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2018 (ROJ: AAP B 6504/2018), se acuerda atribuir al padre la facultad de decidir en relación a la administración de la vacuna VPH a la menor, habiéndose opuesto la madre por considerar que habían surgido casos de efectos secundarios adversos (concretamente, afirmaba la existencia de dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral). La Sala, confirmando el pronunciamiento de primera instancia, señala que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor, siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, «no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios».

Otro caso es el del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de abril de 2019 (ROJ: AAP Z 744/2019), que atribuye la facultad de decidir a la madre. El menor, de siete años de edad, ya escolarizado, no había recibido desde su nacimiento ninguna de las vacunas médicamente recomendadas. La Sala, confirmando la resolución de primera instancia, señala que la situación entraña un «verdadero riesgo» tanto para el menor como para sus compañeros, no existiendo contraindicación médica alguna respecto a su vacunación.

Hay otra referencia jurisprudencial, pero en lugar de atribuir la facultad de decidir a uno de los padres lo que se está solicitando es autorización judicial para proceder a la vacunación de dos menores, que se da, conforme habían interesado el padre y el Ministerio Fiscal, mientras que la madre se oponía. Nos referimos al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2019 (ROJ: AAP B 137/2019). En interés de los menores, la Sala confirma el Auto apelado, señalando que «es cierto que en España las vacunas no son obligatorias pero, como norma general, cuando se introduce una vacuna en el calendario oficial infantil es porque la comunidad médica ha valorado la existencia de un problema de salud pública que exige adoptar medidas de protección», añadiendo que «entendemos que la vacunación es un derecho sanitario básico y, aunque como todo acto médico tiene un riesgo, cumple una importante y doble función. De prevención general en la medida en que es el método más eficaz para controlar el brote de enfermedades o epidemias entre la población e incluso su erradicación, y también de prevención especial en cuanto que son mayores sus beneficios — protección de padecer graves y peligrosas enfermedades — que los riesgos, dada la baja probabilidad de efectos adversos y el hecho de que, de contraer la enfermedad, la consecuencia es muy grave e incluso puede ser letal», concluyendo que «ello es más evidente si cabe en la vacunación infantil —enmarcada en el cuidado médico necesario de los más pequeños— porque lo peligroso no es la infección en sí, sino el estado de vulnerabilidad de los niños cuando las sufren. Cuanto más pequeño es el paciente, más grave es cualquier proceso



todo si nos situamos en el tiempo en que se dicta, con los activistas en contra de la vacunación en un momento de auge. Además, nos permite entrever, más allá de las circunstancias concretas que son objeto de las resoluciones judiciales, otras posibles situaciones: el consentimiento por representación en el ámbito sanitario y las consecuencias que, dentro del campo de la responsabilidad civil, podría tener una decisión de rechazo que pusiese en grave riesgo la vida o salud de los hijos menores y, yendo un poco más lejos, la salud colectiva, por la vía del contagio.

### **1. El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo de 20 de noviembre de 2018.**

El padre solicitó, por la vía de los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>13</sup>, que le fuese conferida la facultad de decisión sobre la vacunación de sus hijos menores, de 7 y 11 años, conforme al programa y calendario gallego de vacunación infantil, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo mediante Auto de 20 de noviembre de 2018<sup>14</sup>.

Para el Juzgado, la solución que mejor salvaguarda los prioritarios intereses de los menores es la de atribuir al padre la decisión sobre la administración de las vacunas a los hijos, y lo hace a la vista de la comparecencia de ambos progenitores, de las alegaciones vertidas y de los documentos aportados. La madre afirmó no ser «antivacunas», pues admitía la conveniencia de alguna de ellas y recordó, a este respecto, haber vacunado a su hijo mayor después de un accidente, pero relató sus dudas acerca de la seguridad de las vacunas, manifestando que el padre estaba, constante matrimonio, de acuerdo en no vacunar a los hijos, habiendo posteriormente cambiado de opinión. El Juzgado considera que las reticencias manifestadas por la madre no están avaladas por datos científicos

---

infeccioso y si la población infantil no recibe esa cobertura médica general de forma suficiente las enfermedades objeto de vacuna pueden reaparecer».

<sup>13</sup> El art. 85 es la disposición común del expediente de intervención judicial en relación con la patria potestad, mientras que el art. 86 trata, en concreto, de la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

<sup>14</sup> *La Ley* 247611/2018.

ni objetivos<sup>15</sup> y atribuye la facultad de decidir al padre, tras invocar el interés de los menores.

## **2. El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 2019.**

Notificada la resolución que acabamos de ver, la madre apeló, alegando que no se había tenido en cuenta el interés superior de los meno-

---

<sup>15</sup> «El informe vía email del cirujano Dr. Enrique o los comentarios sobre la sentencia del TSJ de Asturias, aportados como documentos 4 y 5, no pueden desvirtuar el criterio de las autoridades sanitarias al aprobar el calendario de vacunación infantil, que efectivamente se somete a continuas modificaciones y que difiere de unas comunidades autónomas a otras, objeción también efectuada por la Sra. Luisa. Pero las variaciones en el calendario de vacunación obedecen a estudios e informes científicos que buscan una mejor protección de la población y no a meras arbitrariedades o errores», añadiendo que «como expresa la Resolución de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección Xeral de Saúde Pública: “Os calendarios de vacunación infantil son unha das medidas de probada efectividade no control das enfermidades transmisibles e os programas de vacunación, que facilitan que as vacinas se utilicen da maneira máis eficiente posible dentro de un punto poboacional, achegaron unha das principais contribucións ao benestar dos cidadáns, reducindo a incidencia das enfermidades fronte ás cales protexen así como a mortalidades asociada a eles”», para concluir que «por último, señalar que la falta de vacunación de los menores podría también ocasionar a los menores el perjuicio de que se les impide acceder a centros de enseñanza o instituciones deportivas. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 28 de marzo de 2000, sobre impugnación de la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) dejando sin efecto la matrícula de una menor en una Escola Bressol vinculada a la UAB por la negativa de los padres a que se le inoculara cualquier tipo de vacuna, entendió que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación; en igual sentido resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala Contencioso Administrativo en Sentencia de 2 de abril de 2002, sobre la impugnación de la Resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los requisitos de vacunación necesarios para su admisión. En ambos supuestos, si bien no se puede imponer la vacunación al menor cuyos padres no prestaron su autorización, se declaraba ajustado a Derecho no permitir la incorporación del menor no vacunado a la actividad educativa».

res, que ambos progenitores adoptaron de mutuo acuerdo la decisión de no vacunar a sus hijos y que la vacunación es voluntaria en España.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, mediante Auto de 22 de julio de 2019<sup>16</sup>, viene a confirmar la decisión de primera instancia, con una fundamentación mucho más amplia, aun cuando vuelve a reiterar como base del fallo el superior interés de los menores. Pasamos a ver los argumentos manejados por la Audiencia.

Empieza recordando la Sala que nos encontramos ante una materia en la que es criterio primordial el interés superior del hijo, debiendo indagarse lo que le resultará más beneficioso, no solo a corto plazo, sino en el futuro, con base en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Tras reconocer que la vacunación de los menores es una cuestión controvertida en los últimos tiempos y que la discrepancia entre los padres es la que lleva al presente procedimiento judicial<sup>17</sup>, el Auto se ampara en los criterios de la Organización Mundial de la Salud a favor de la vacunación<sup>18</sup>, concluyendo que «lo expresado lleva a enunciar que no

<sup>16</sup> ROJ: AAP PO 1118/2019.

<sup>17</sup> «No se discute el derecho de los progenitores a defender las creencias que estimen oportunas o el sistema de educación y vida de sus hijos que consideren más adecuados, pero siempre que no resulta perjudicial para los mismos. En el tema de la vacunación de los menores nos encontramos ante una cuestión que está resultando controvertida últimamente. Ciertamente en España no existe la obligación de vacunar, sí hay un calendario de vacunación que puede variar de una comunidad autónoma a otra y que es una simple recomendación, por lo que la decisión final sobre si vacunar o no a los hijos corresponde a sus padres, pero en este caso se plantea la discrepancia sobre esta cuestión entre ambos progenitores — aun cuando inicialmente la misma pudiera no haber existido — lo que llega al planteamiento del presente procedimiento judicial».

<sup>18</sup> «En materia de vacunación la OMS — según se plasma en el apartado “Preguntas y respuestas sobre inmunización y seguridad de las vacunas” de su página web — declara que “Las vacunas son seguras. Todas las vacunas aprobadas son sometidas a pruebas rigurosas a lo largo de las diferentes fases de los ensayos clínicos, y siguen siendo evaluadas regularmente una vez comercializadas. Los científicos también siguen constantemente la información procedente de diferentes fuentes en busca de indicios de que una vacuna pueda tener efectos adversos. La mayoría de las reacciones a las vacunas son leves y temporales, tales como el dolor en el lugar de la inyección o la febrícula. Los raros efectos colaterales graves notificados son

solo no se ha acreditado desde el punto de vista médico que las vacunas causen perjuicio para la salud, sino que, por el contrario, la mayoría de los estudios científicos sobre la materia llevan a concluir que los beneficios de las vacunas son innegables tanto a nivel individual como poblacional, por lo que debemos concluir que el acuerdo adoptado en la instancia toma en consideración el superior interés de los menores, lo que nos lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar dicha resolución».

### III. POSIBLES ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES.

#### 1. El consentimiento por representación.

En realidad, la capacidad de decisión de los padres para el rechazo a la vacunación queda muy matizada, si entramos en el examen de la regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia

---

investigados inmediatamente”. Se afirma también que “Es mucho más fácil padecer lesiones graves por enfermedad prevenible mediante vacunación que por vacuna”, añadiendo que «de hecho la OMS publica una serie de documentos de posición en los que hace recomendaciones mundiales sobre las vacunas y la inmunización contra enfermedades que tienen repercusiones internacionales en la salud pública. Estos documentos siguen las recomendaciones del grupo de Expertos de la OMS en Asesoramiento Estratégico (SAGE) en materia de inmunización», y concluyendo que «en materia de Inmunización, Vacunas y Productos Biológicos la OMS aprobó un Plan de acción mundial sobre vacunas 2011-2020. El Plan de Acción Mundial sobre Vacunas (GVAP por sus siglas en inglés) es un marco que ha sido aprobado en mayo de 2012 por la Asamblea Mundial de la Salud para alcanzar los objetivos de la visión del Decenio de las Vacunas de hacer accesible la inmunización universal. Se señala en el plan que la misión indicada en el GVAP es sencilla: Mejorar la salud mediante la ampliación más allá de 2020 de todos los beneficios de la inmunización a todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, quienes son o dónde viven. La OMS llega a dicha conclusión al declarar que “Hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas”».

de información y documentación clínica<sup>19</sup>. Estamos dando un paso más respecto a la situación planteada en el caso de Galicia, por seguir con el ejemplo que nos sirve de desarrollo del tema, pues ya estaríamos ante un escenario de rechazo de un tratamiento, concretamente la vacunación de los hijos, siendo tal decisión adoptada por los dos progenitores y dentro del ámbito sanitario.

Tratándose de dos menores, de 7 y 11 años, se aplicaría el consentimiento por representación, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.3 c) LAP: «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<sup>20</sup>». Es decir, deciden los padres, pero los dos hijos menores deben ser oídos y escuchados en los términos del art. 9 LAP, en particular cuando prescribe en el número 2 que «se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos»<sup>21</sup>. Es cierto que, dada la edad de los menores (ninguno tiene 12 años), no

---

<sup>19</sup> En adelante, LAP.

<sup>20</sup> En adelante, LOPJM.

<sup>21</sup> Como ha señalado ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Pamplona, 2018, pág. 47, el art. 9.3 c) LAP establece con relación a los menores por debajo de 16 años atender a un criterio subjetivo de madurez para determinar si estos pueden o no prestar por sí solos el consentimiento a un determinado tratamiento médico, atendidas la trascendencia, efectos y riesgos de dicho tratamiento, así como las circunstancias del propio menor. En el caso de que no se le reconozca dicha capacidad, el consentimiento se prestará por los representantes legales, debiendo escucharse la opinión del menor desde que tenga suficiente madurez para ello (y siempre a partir de los 12 años), teniéndose en cuenta dicha opinión en la decisión que se adopte, conforme a su edad y madurez.

puede aplicarse la presunción, pero nada impide que se valore su madurez para ejercitar el derecho a ser oído y escuchado<sup>22</sup>.

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

A la vista de este art. 9.6 LAP, resulta difícil pensar en la hipótesis en que se lleve a efecto el rechazo a la vacunación cuando sea beneficiosa para el menor, porque el sistema prevé mecanismos para que pueda hacerse a pesar de la oposición del representante legal. El asunto se judicializa y, como demuestra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2019<sup>23</sup>, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación, y queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de proceder a la vacunación. Llegamos, pues, a la conclusión de

---

<sup>22</sup> Es lo que podría ocurrir con el hijo que tiene 11 años. Aunque el art. 9.2 LO-PJM presume la madurez a los 12 años, ello no implica que, por debajo de esa edad, se le pueda oír y escuchar si se considera que tiene madurez. Lógicamente, debe también el menor recibir información adaptada a sus capacidades de comprensión.

<sup>23</sup> ROJ: AAP B 137/2019. Como ya hemos visto, se autoriza judicialmente la vacunación de dos menores, con todas las vacunas recomendadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, conforme habían interesado el padre y el Ministerio Fiscal, frente al criterio de la madre, que pedía que se autorizasen solamente con previo análisis de los anticuerpos y si la analítica de recuento es negativa, en cuyo caso autorizaría la triple vírica y a partir de los 10 años y previo recuento las restantes.

que el inicial espacio para la autonomía de los padres se reduce<sup>24</sup> en la práctica por razón de la defensa del interés del menor (que se identifica con los bienes relativos a la vida y a la salud), pues el centro de decisión se traslada al ámbito judicial e incluso, en caso de urgencia, se resuelve dentro del sistema sanitario.

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

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

Las limitaciones de las facultades de los padres son evidentes, a la vista de la regulación tanto del art. 9 LAP como del art. 17 LOPJM. Se ve claramente cómo la intervención de los poderes públicos matiza la capacidad de decisión de los padres respecto a la salud de sus hijos. No hay reglas específicas en torno a la vacunación, por lo que deberá valorarse la aplicación de estas reglas generales al caso concreto que pueda plantearse. Fuera de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Mate-

---

<sup>24</sup> Se reduce, pero no desaparece totalmente, porque seguiría existiendo la posibilidad de que los progenitores puedan acudir a la autoridad judicial cuando no estuvieran de acuerdo con esta solución. Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: *op.cit.*, pág. 60, aun cuando el art. 9.6 LAP no lo prevea expresamente, sigue siendo posible que el representante legal acuda al Juez cuando la medida que se quiere implantar (y cuya omisión podría poner en riesgo la vida o salud del paciente) no se considere la más acorde con dicho interés.

ria de Salud Pública, que permite, por razones sanitarias de urgencia o necesidad, la vacunación forzosa en determinados casos bastante extraordinarios (entre otros, epidemia o brote epidémico)<sup>25</sup>, la vacunación obligatoria del menor vendrá justificada conforme a lo previsto en la LAP, a partir de constatar que el rechazo a la vacunación supone un grave riesgo para la vida o salud del menor.

## 2. Situaciones concretas.

Un hijo menor de edad que sufre daños en su salud como consecuencia de la negativa de los padres a ser vacunado, ¿puede demandarles en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil?<sup>26</sup> En un plano puramente teórico, cabe afirmar que tal demanda es posible<sup>27</sup>, sobre todo cuando el menor no ha formado parte del proceso de decisión, pues, lógicamente, otra cosa sería que la decisión sobre la vacunación estuviese, por razones de madurez, dentro de la autonomía del menor en el ámbito sanitario. Si vamos al plano práctico, las cosas cambian, porque razones de carácter estrictamente patrimonial nos pueden hacer ver la nula utilidad de presentar la demanda, al margen de los problemas que puede plantear el corto plazo de prescripción de la acción. En realidad, pisamos un terreno sin explorar, sin decisiones judiciales que nos ayuden a situar las cosas en su justa medida.

Otra situación posible sería la de una demanda de uno de los progenitores contra el otro que tenía atribuida la decisión sobre la vacunación y optó por no vacunar, causando daño al hijo. Normalmente estaremos

---

<sup>25</sup> Nos remitimos a lo visto en la nota 8.

<sup>26</sup> Formulamos la pregunta desde la óptica del ilícito civil, pero no cabe duda que el incumplimiento del deber que tienen los padres de cuidar la salud de sus hijos (y, por ello, garantizarles que reciban la prestación de la asistencia que sea necesaria), puede también determinar, si es de mayor gravedad, la existencia de infracción penal.

<sup>27</sup> Si la demanda se dirige contra los dos padres, siendo todavía menor el demandante, habría que proceder al nombramiento de un defensor judicial. Al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: «Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores», en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2012, pág. 288.



ante padres que viven separados. El art. 156.III C.c. permite pensar en diferentes supuestos: «En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, 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 al padre o a la madre. 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 padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años». El progenitor que no ha causado el daño estaría ejerciendo la acción en representación del hijo menor que sufrió el daño. Conviene matizar, para no confundir los casos, que fuera del art. 156.III C.c. (atribución de la facultad de vacunar a uno solo de los progenitores), la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no excluye al otro de la decisión sobre la vacunación, debiendo prestar ambos el consentimiento.

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

Hay que pensar, por tanto, en que la responsabilidad de los padres surge en circunstancias alejadas de una intervención médica y, consecuentemente, de la regulación del consentimiento de la LAP. Estamos ante un caso en que los hijos no son vacunados por decisión de los padres, al margen de todo control sanitario. Aquí sí podríamos visualizar, con una base sólida, una posible responsabilidad de los padres *ex art.* 1.902 C.c., e incluso tal responsabilidad se proyectaría más allá de los hijos, en la medida en que el rechazo a la vacunación es una decisión que

puede también afectar a la comunidad en general<sup>28</sup>, siendo igualmente de aplicación el art. 1.902 C.c. para este daño causado a terceros distintos de los hijos. Los hijos o los terceros, que sufren daños en su salud, pueden accionar contra los padres no vacunadores si logran demostrar el daño, el nexo causal y la actuación culposa o dolosa.

Estamos, en definitiva, ante una hipótesis de responsabilidad de los padres por daños a la salud de sus hijos que merece ser considerada y no hay razón alguna para excluirla si se dan los presupuestos y requisitos del art. 1.902 C.c. Todo dependerá, sin embargo, de la valoración del caso concreto<sup>29</sup>.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA

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

---

<sup>28</sup> Habría que probar el nexo causal, lo que no es nada fácil, sobre todo pensando en casos aislados. Otra cosa serían los daños producidos por un número significativo de personas que rechazan la vacunación y hacen que su decisión se convierta en un verdadero problema de salud pública.

<sup>29</sup> En este sentido, señala LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *op.cit.*, págs. 247 y ss., que «no siempre es fácil determinar si puede subsistir una responsabilidad de los padres por los daños sufridos por el hijo como consecuencia de la no sujeción a la vacuna; en concreto, podría considerarse legítima la conducta de los padres, con la consiguiente irresponsabilidad, en las hipótesis de rechazo ocasionado por un hecho objetivo que, en el caso particular, hiciera que la vacuna fuera peligrosa para el menor. Pero esta afirmación no justificaría una irresponsabilidad general, sino sólo en ese caso. En el resto habría que comparar la conducta de los progenitores con la del buen padre de familia que, atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, nos obligaría a descender algo más antes de apresurarnos a tomar una decisión en torno a la responsabilidad o irresponsabilidad de los padres. De entrada, si valoramos las circunstancias de lugar y tiempo, parece que en el momento actual un buen padre de familia seguiría las recomendaciones sanitarias y vacunaría al su hijo, máxime si se parte de una familia con un nivel socio educativo medio. Y si se atiende a las circunstancias personales, por ejemplo que el hijo sufriera alguna enfermedad que hiciera más aconsejable aún la vacuna, con más motivo los padres tendrían que responder en el caso de que el hijo les reclamara el resarcimiento de los daños, pues cualquier padre en esas circunstancias de tiempo, lugar y, sobre todo, personas, debería haber vacunado al menor».

analizar si contamos con una adecuada legislación, siendo fundamental, para dar respuesta correcta, conocer cómo se desarrolla en la práctica el importante papel que la LAP atribuye al profesional sanitario en estos casos jurídicamente complejos y acompañados de un fuerte componente emocional.

No puede caer en el olvido la influencia decisiva de la profesión médica y, más en particular, del pediatra, porque debe desplegar una importante función de información sobre las ventajas ofrecidas por las vacunas.

En un sistema de vacunación facultativa como el español, cobra especial relevancia toda acción basada en la educación y en la formación, para hacer frente a los discursos de los activistas en contra de las vacunas, que siempre han sido seductores. Aunque parezca que su influencia disminuye por efecto de la emergencia sanitaria del Covid-19, debemos seguir insistiendo en lo que hoy por hoy se considera recomendable, que es la vacunación. La negativa de los padres a la vacunación de los hijos plantea un conflicto de derechos: el de los padres a la crianza de sus hijos según sus opiniones, creencias y valores, y del hijo (y el de la sociedad en general) a la protección de salud. Entre la autonomía de los padres y el interés superior del menor, ligado a su vida y salud, hay que inclinar la balanza a favor de este último, teniendo, además, en cuenta que no solo se protege el interés individual, sino también el colectivo o comunitario, en una secuencia de este tipo: una bajada en las tasas de vacunación puede derivar en un brote y este a su vez en una epidemia. No parece cuestionable cuál es la primacía de valores y derechos en este conflicto; el art. 154.II C.c., dentro de las disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales, deja muy clara la solución: «La patria potestad, como responsabilidad parental, de ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental». Se puede considerar que cualquier forma de medicina preventiva, como lo es la vacuna, está dentro del ejercicio de la patria potestad en el mejor interés de los hijos.

Más allá de aplicar el art. 1.902 C.c. cuando el daño ya se producido, que sería la solución tradicional, en la línea con la función resarcitoria típica de la responsabilidad civil, convendría explorar otra posibilidad, la de la tutela civil inhibitoria, tema este que puede tener un campo de desarrollo en los casos de no vacunación de los hijos.

Nos encontramos, repito una vez más, fuera de los cauces de la LAP y de un tratamiento médico en curso en el que los padres se niegan a vacu-

nar y el asunto acaba teniendo solución en vía judicial o en la decisión del profesional sanitario si hay razones de urgencia.

A nuestro juicio, cabe plantear este otro escenario, poco explorado en España<sup>30</sup> en el que podría hacerse uso de la tutela inhibitoria ante la inminencia del daño que va a ser causado. Podría aplicarse este instrumento preventivo ante un daño amenazante, protegiendo así el derecho a la salud del menor y de la población en general<sup>31</sup>. Habría finalmente también una decisión judicial, pero instada fuera de los cauces de la LAP.

---

<sup>30</sup> Con alguna notable excepción, como la de LLAMAS POMBO, E.: «Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A., Madrid, 2007, págs. 445 y ss.

<sup>31</sup> Define LLAMAS POMBO, E.: *op.cit.*, pág. 469, la tutela inhibitoria como «una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado».